



## Liberdade de expressão tem de ocupar lugar de honra

*"Desde que eu não fale em meus escritos nem da autoridade, nem do culto, nem da política, nem da moral, nem das pessoas no poder, nem dos donos dos créditos, nem da Ópera, nem dos outros espetáculos, nem de quem quer que defenda alguma coisa, eu posso imprimir tudo livremente, sob a inspeção de dois ou três censores." Beaumarchais, in "As Bodas de Fígaro".*

Recentemente, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública contra o jornalista Diogo Mainardi e suas empregadoras com pedido de indenização por dano moral coletivo[1], sob o fundamento de que publicações de artigos de opinião do jornalista revelaram preconceito contra nordestinos e cuiabanos, conforme as citações abaixo:

“Ele não é pragmático. Ele é oportunista. O episódio do Pará agora é muito claro. Quer dizer, uma semana ele concede a exploração de madeira, na semana seguinte ele cria uma reserva florestal grande como Alagoas, Sergipe, sei lá eu... por essas bandas de onde eles vêm. Isso é oportunismo...” ( *Manhattan Connection*, 09/03/2005, sobre o Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva).

“Dutra não tem passado empresarial. Fez carreira como sindicalista da CUT e senador do PT pelo Estado de Sergipe. Não sei o que é pior (...)” (VEJA, 19/01/2005, sobre o Presidente da Petrobrás, José Eduardo Dutra).

“Minha maior ambição, hoje em dia, é jamais, em hipótese alguma, colocar os pés em Cuiabá (...) Seu principal artista é o comediante Liu Arruda. Além de protagonizar a memorável campanha publicitária do Supermercado Trento, Liu Arruda também se tornou conhecido por ter interpretado personagens como Creonice e Comadre Nhara. (...) Não gosto de me vangloriar. Creio, porém, que fui a notícia mais excitante da história de Cuiabá nos últimos vinte anos” (VEJA, 18/05/2005 e 25/05/2005, sobre a cidade de Cuiabá).

O procurador, a partir dos excertos citados, entendeu que a finalidade do jornalista seria “discriminar os cidadãos em razão de sua origem regional e de menoscabar as culturas das regiões menos favorecidas do país”. Afirmou que o deslinde da referida ação trata de colisão de direitos fundamentais, especificamente na questão dos limites da liberdade de expressão frente ao princípio da isonomia e à vedação dos preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Citou o professor português José Carlos Vieira de Andrade, ressaltando os seguintes exemplos de limites imanentes em matéria de direitos fundamentais[2]: “Por exemplo, poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? (...) Nestes, como em outros casos, não se deve falar propriamente de um conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais.(...) É o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situação.” Após concluir que “



nas três situações apontadas, o jornalista requerido ultrapassa os limites da liberdade de expressão e fomenta o preconceito e a discriminação contra nordestinos, sergipanos e cuiabanos”, pede ao juiz a procedência do pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos morais coletivos.

Mesmo que se parta da conclusão da Ação Civil Pública, de que as manifestações do jornalista são preconceituosas e discriminatórias, ainda assim, há que se decidir se o ordenamento jurídico possibilita a produção da consequência jurídica pretendida na ação. O autor da Ação Civil Pública entende que o completo aniquilamento do direito de livre expressão é a resposta. Advogo, neste texto, que não podemos ignorar a norma de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais pela qual há que se adotar as medidas menos gravosas possíveis ao limitar o exercício de direitos, bem como a necessidade de não se esvaziar o núcleo fundamental do direito ponderado.

A questão que se revela é a definição de limites, tanto para o exercício do direito de expressão e pensamento quanto do poder do Estado em reprimir tal liberdade. Afinal, conforme lição de Celso de Mello: “se é certo que não há direitos absolutos, também é inquestionável que não existem poderes ilimitados em qualquer ordem institucional fundada em bases democráticas[3]”. **Portanto, a questão aqui colocada não é apenas se o jornalista abusou do direito de falar, mas se o Estado não corre o risco de abusar do poder de calá-lo.**

Antes de tentar definir estes contornos, há que entender a função social da liberdade de expressão. Se o sistema político é moldado pela forma como pensamos (cultura) e pela forma como produzimos bens escassos (economia), ao mesmo tempo em que os influencia, é óbvio que a livre circulação de idéias é elemento estruturante na composição de um sistema político democrático. Trata-se da única forma de não engessarmos a nossa visão de mundo, de garantir que teremos o direito de mudar de opinião e dar vazão às nossas insatisfações.

Ocupa especial posição, quando falamos de liberdade de expressão, o papel da imprensa. Desde os primórdios do Estado de Direito, essa instituição vem desempenhando um papel essencial na formulação de reivindicações, na defesa de ideologias e na fiscalização de governos. Rui Barbosa, no início do século XX, já se ocupava da defesa da imprensa livre: “*Qual é o jornalista que se poderá gabar de não ter cometido injustiças? Qual o jornal que poderá fazer praça de não ter magoado a verdade?*”, para logo após lembrar a lição de Camillo Benso, Conde de Cavour, que considerava não ser possível reprimir os abusos da imprensa com leis repressivas, senão com mais imprensa livre. Assim, há que se ter cuidado ao restringir o exercício da liberdade de opinião. O contra-revolucionário francês Louis Gabriel Ambroise De Bonald, citado por Rui, expressou perfeitamente a idéia aqui defendida ao escrever: “*Em cada processo, com o escritor, comparece a juízo a própria liberdade, cuja sorte pende da sentença pendente, que, parecendo infligir apenas leve penalidade ao escritor, proferirá contra a liberdade a pena capital*”[4].

A importância política das liberdades de expressão, opinião e imprensa não podem ser obsidiadas por eventuais abusos. Nem todo abuso da liberdade de expressão implica em um ilícito que deva ser perseguido pelo sistema de justiça. Aqui, devemos antes considerar a importância do princípio da tolerância. É relativamente recente. Os primeiros a formular seus limites foram Locke e Voltaire, no bojo da discussão sobre a liberdade religiosa. Tanto na fundamentação da necessidade da tolerância, quanto em sua justificação filosófica, Locke enfatiza a igualdade, a paridade entre pessoas com



entendimentos e vivências divergentes. Ensina que não há qualquer superioridade, antes igualdade, quando se defende que ninguém pode se arvorar com mais autoridade que o seu semelhante em matéria de convicção filosófica.

Locke, sabiamente, lembra que tolerar não significa concordar. Ao contrário, pois não necessitamos tolerar pessoas com quem concordamos. Discordância com tolerância se funda na noção de que podemos defender convicções sem que isto implique em qualquer noção de superioridade[5]. Sobretudo na luta ideológica, típica de uma democracia jovem como a brasileira, devemos dar espaço para algum nível de transgressão, sob pena de criminalizarmos até mesmo divergências de botequim. Portanto, a tolerância é elemento essencial para convivermos com os maus-modos e a vulgaridade que, infelizmente, se tornaram comuns no convívio social e, por conseqüência, nos meios de comunicação social. Neste sentido, deve-se interpretar a seguinte lição de Robert Alexy, quando analisa os problemas de compatibilização entre os direitos fundamentais e a democracia: *“Direitos fundamentais são democráticos porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e de igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, no fundo, são capazes de manter o processo democrático com vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e as outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático[6]”*. **Ou seja, seria o caso de perguntar se o âmbito de proteção do direito fundamental de liberdade de expressão realmente contém apenas faculdades individuais ou se o ordenamento jurídico prevê, nesta mesma esfera de atuação do direito, a proteção de interesses coletivos.**

Ao lado da questão da tolerância, devemos lembrar que a conquista destas liberdades se deu em circunstâncias históricas específicas. Defender o direito de se expressar publicamente, portanto, politicamente, foi considerado subversivo por muito tempo. Ainda o é em muitos rincões. No Ocidente, a liberdade de expressão andou de mãos dadas com a luta pela participação política e liberdade religiosa. Alimentou revoluções e custou vidas. Devemos lembrar que idéias como a possibilidade de não professar a religião oficial em tempos idos configurou crime. A idéia de que o rei era mandatário de Deus e que, portanto, deveria ser obedecido cegamente fazia parte do senso comum e contrariá-lo também implicava em transgressão.

A razão da palavra é porque, eventualmente, certas expressões culturais são exatamente isto: transgressão. E o que foi transgressão no passado, muitas vezes deixa de sê-lo, passando a pertencer ao senso comum. Engessar a livre expressão de idéias significa querer controlar esta dinâmica histórica[7]. *Censurar manifestações da imprensa marcadas pelo mau-gosto ou até mesmo preconceito significa impor à sociedade um ônus maior do que a proteção alcançada contra as limitações intelectuais e emocionais da pessoa por detrás do texto. Isto porque, a finalidade deste direito fundamental não é proteger a pessoa que manifesta sua opinião publicamente, mas a própria sociedade, assim como as garantias da magistratura não têm como destino a pessoa do magistrado, mas o bom funcionamento da justiça.*

Há que se notar que os limites são claros. Nosso ordenamento veda discursos de ódio. Veda a discriminação, isto é, dar tratamento diferenciado ou injusto a um indivíduo ou grupo de indivíduos em razão de cor da pele, classe social, convicções políticas, origem nacional, etnia ou religião. Mas não veda a possibilidade, até porque impossível, das pessoas formularem pensamentos a partir de indícios reais ou



imaginários. É o que denominamos preconceito. Todos o temos, em maior ou menor grau. Trata-se de uma forma de nossa mente produzir decisões a partir da simplificação radical de uma realidade muitíssimo complexa. *Não tem relação de identidade com discriminação ou injúria racial*[8]. Discriminar, como já vimos, significa dar tratamento diferenciado a partir de determinados critérios, que podem ser preconceituosos ou não. Se tais critérios forem a cor da pele, a religião ou etnia estaremos falando de conduta proibida pelo nosso ordenamento jurídico, de crime. Já o crime de injúria racial diz respeito a toda atribuição de fato injurioso à pessoa ou grupo social identificado a partir de critérios biológicos.

Assim, podemos visualizar facilmente o papel da liberdade de expressão, com suas larguíssimas fronteiras, na acomodação do sistema político em crises constitucionais, na participação política como elemento integrante da idéia de cidadania, na evolução da ideologia e da cultura, e, como veremos adiante, como componente da dignidade humana. O esforço pragmático da jurisprudência constitucional norte-americana gerou, com o passar do tempo e de uma sucessão de conflitos políticos, um corpo de precedentes que confere extraordinária proteção à liberdade de expressão.

A moderna face desta jurisprudência se inicia com as celebradas opiniões dos *justices* Holmes e Brandeis na década de 1920. Suas idéias têm dominado, desde então, a formulação do direito aplicado a estas questões, por meio da observância de quatro enunciados: (1) o Estado jamais deve censurar manifestações de pensamento por discordância do ponto de vista apresentado. A verdade ou falsidade de uma idéia é matéria restrita ao julgamento individual de homens e mulheres livres, não do Estado; (2) a liberdade de expressão ocupa lugar de honra na hierarquia de valores. Por isso, o Estado deve demonstrar um interesse que transcenda as preocupações do dia-a-dia antes de se tornar censor; (3) deve existir um nexos causal extremamente evidente entre a manifestação de pensamento e o dano que alegadamente seria causado antes do Estado poder censurar. Mera especulação, ou mesmo medo plausível, não podem justificar censura. O discurso deve criar um claro e presente perigo de dano antes de poder ser suprimido; e, (4) o Estado deve adotar a alternativa menos restritiva possível, não podendo censurar se existirem formas alternativas de regulação que protejam adequadamente o interesse público [9].

Robert Alexy ensina que uma das linhas de desenvolvimento do sistema de direitos fundamentais na Alemanha durante o século XX foi o fortalecimento de todos aqueles direitos fundamentais que são imediatamente importantes para o processo democrático[10]. Enfatiza a aplicação deste entendimento à liberdade de expressão lembrando, ao analisar a constituição brasileira quanto às possíveis colisões entre liberdade de opinião e direitos de personalidade, que não podem ser proibidas manifestações de opinião, que de alguma maneira molestem um concidadão ou membro de uma determinada raça, se o resultado for a atrofia da liberdade de manifestação de opinião[11]. Na Alemanha, destaca a decisão “soldados são assassinos”[12], pela qual o Tribunal Constitucional considerou inconstitucional a condenação de pacifistas que qualificaram soldados de assassinos.

A aplicação sem parcimônia de cláusulas abertas, como, por exemplo, do princípio da dignidade humana, que permitam ao Judiciário manter a imprensa sob controle, sobretudo em momentos de crise constitucional, pode gerar danos irreparáveis ao debate público. Kelsen demarcou o problema no congresso de 1928 da Associação Alemã dos Professores de Direito do Estado, ao condicionar a defesa de um tribunal constitucional à exigência de que a constituição deva determinar “tão precisamente



quanto possível os preceitos, linhas diretas e barreiras” materiais a serem controladas pelo tribunal constitucional.

Lembrou o “papel extremamente perigoso” que valores e princípios, como liberdade e igualdade, podem desempenhar, “por falta de uma determinação mais circunstanciada”, justamente no âmbito da jurisdição constitucional, levando à concessão de uma plenitude de poderes que “absolutamente deve ser sentida como insuportável”. Portanto, força de validade formal extrema é, segundo Kelsen, somente suportável, sob a condição de densidade de normalização material suficientemente limitada e determinável[13]. Daí a necessidade da doutrina fornecer critérios de balizamento que possibilitem o controle da atividade do juiz ao restringir o exercício de direitos fundamentais.

A doutrina, sobretudo a alemã, vem trabalhando neste campo. Canaris cita, como parte do esforço no desenvolvimento de critérios mais precisos, a Fórmula de Schumann[14]. Esta técnica prescreve que se analise o ato particular objeto de exame, que contém uma consequência jurídica possivelmente violadora de direito fundamental, como sendo lei hipoteticamente promulgada. Se esta lei hipotética resistir ao juízo de constitucionalidade, então, não se deve restringir a prática do ato[15].

Se os direitos fundamentais são *princípios*, portanto, mandamentos de otimização, então, devem sofrer *ponderação*; enquanto as *regras*, mandamentos definitivos, têm por forma de aplicação a *subsunção*. Enquanto a subsunção de regras só conhece duas alternativas: adequação ou inadequação da regra ao silogismo da qual participa o fato jurídico, a ponderação de princípios possibilita um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade[16].

Vários caminhos foram desenvolvidos. Dentre eles, dois refletem posições absolutamente antagônicas na doutrina: (a) o indicado por Robert Alexy[17], que se baseia em sentenças racionais sobre intensidades de intervenção e graus de importância, nos moldes do sistema inaugurado com a sentença Lüth, de 1958, e, (b) o indicado por Habermas, que afirma faltar critérios racionais para a ponderação, devendo esta se realizar arbitrariamente, segundo modelos hierárquicos, pois no exame de proporcionalidade em sentido estrito somente a subjetividade do examinador faz valer-se. Habermas alega, ainda, que, na ponderação de valores, o direito é retirado do âmbito do correto e do falso e transferido para um espaço definido pela conveniência e discricionariedade[18].

Devo esclarecer que não tenho dúvida quanto às vantagens do primeiro caminho. Isto porque, é o único que garante o controle sobre os fundamentos da decisão judicial exigido por um Estado de Direito. Se há técnica jurídica que escalone a decisão em pontos discerníveis e compreensíveis para os cidadãos, proporcionando, assim, o controle sobre a legitimidade da decisão, seria um contra-senso não exigir a sua utilização por parte do aplicador do direito.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional alemã, se inaugura com a decisão no caso Lüth. Em 1958, um cidadão chamado Erich Lüth convocou o público alemão, além dos proprietários de cinema e distribuidores, a boicotarem os filmes de Veit Harlan, importante diretor de filmes de propaganda do regime nazista. O tribunal de segunda instância de Hamburgo condenou Lüth, que recorreu ao Tribunal Constitucional Federal. Este tribunal considerou insuficiente a subsunção da regra contida no § 826 do Código Civil ao caso concreto, como fizera o tribunal de Hamburgo, pois sempre que a aplicação de uma norma leva à limitação de um direito fundamental deve-se efetuar a



ponderação dos princípios constitucionais colidentes. Assim, o boicote convocado por Lüth estava protegido pela liberdade de manifestação de opinião. Esta decisão paradigmática deixou três marcas importantes: (a) os direitos fundamentais têm caráter dúplice: são simultaneamente regras e princípios, (b) os direitos fundamentais se irradiam por todo sistema jurídico e (c) a única forma de solucionar uma colisão de princípios é por meio da ponderação de valores.

Logo, a primeira pergunta a ser feita em casos como o analisado no presente texto é se há colisão de princípios. Os exemplos citados pelo signatário da ação civil pública (liberdade religiosa X sacrifícios humanos, *et cetera*) não são casos de colisão de direitos fundamentais, pois para que estes aconteçam um direito individual deve afetar diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual. Gilmar Mendes explica que, “embora se cogite, não raras vezes, de uma suposta colisão de direitos, é certo que a conduta questionada já se encontra, nesses casos, *fora do âmbito de proteção do direito fundamental*” [19]. Ou seja, devemos ressaltar que a fundamentação da ação civil pública usou exemplos em que o ordenamento jurídico sequer protege a esfera jurídica pretensamente objeto de limitação (por exemplo, a possibilidade de sacrificar uma vida humana em nome da liberdade religiosa).

Voltando à questão da técnica da ponderação de valores, há que aplicar o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios. Se aceitarmos a idéia de que princípios exigem uma realização tão ampla quanto possível, tanto em relação às possibilidades fáticas quanto jurídicas, então podemos concluir que: (a) os subprincípios da adequação e da necessidade expressam mandatos (mandados) de otimização relativamente às possibilidades fáticas[20], e, (b) o subprincípio da proporcionalidade estrita trata da otimização relativamente às possibilidades jurídicas, por meio da ponderação de valores que se concretiza a partir da seguinte máxima: “quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. O reconhecimento desta regra se dá da seguinte forma: (a) o primeiro passo é a comprovação do não cumprimento ou prejuízo de um princípio[21], (b) o segundo passo é a comprovação de importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, e, por fim, (c) o terceiro e último passo é comprovar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou o não cumprimento do outro.

Alexy oferece como exemplo da aplicação desta técnica o caso dos produtores de tabaco, que são obrigados a colocar mensagens de advertência sobre o risco do fumo em seus produtos. Trata-se de uma intervenção relativamente leve na livre iniciativa dos produtores de tabaco, enquanto que uma intervenção grave seria a completa proibição de todos os produtos de tabaco. Entre tais pontos classificamos os casos como de intervenção média, como por exemplo, a proibição de venda de tabaco para menores de idade.

Alexy continua, mostrando que a partir de uma escala com os graus leve, médio e grave é possível fazer associações válidas entre os valores ponderados e seus fundamentos. No exemplo citado, o fundamento para o dever de advertir sobre os riscos do tabaco é a proteção à saúde da população e a correspondente onerosidade aos cofres públicos. O peso de tais fundamentos é alto. Sendo a intervenção analisada leve, fácil constatar que o fundamento de intervenção grave justifica uma intervenção leve, não violando, assim, a liberdade de profissão e iniciativa econômica dos produtores de tabaco.



Oportuno, ainda, estudar a aplicação dos mesmos critérios no exemplo de colisão entre liberdade de expressão e o direito de personalidade. O autor cita o exemplo de revista humorística que designou um militar, oficial da reserva hemiplégico, como “nascido assassino” e “aleijado”. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha efetuou ponderação entre a liberdade de expressão dos participantes da revista e o direito de personalidade do oficial da reserva. Para esta finalidade, foi determinada a intensidade do prejuízo desses direitos e posta em relação.

A condenação, em juízo de 1º grau, ao pagamento de indenização por dano moral foi considerada de “efeito forte e duradouro”, portanto, intervenção grave na liberdade de opinião, ainda mais quando ela não se realizou por meio de decisão judicial penal, mas civil. *Isto foi fundamentado, sobretudo, pelo fato de uma indenização poder ter o efeito de diminuir a disposição futura dos afetados de fazer a sua revista como a fizeram até o momento, afetando claramente a liberdade de expressão.* O tribunal considerou que o veículo de comunicação, pelo seu caráter humorístico, se refere às pessoas de um modo “reconhecidamente não sério”, por meio de “jogos de palavras até a parvoíce”.

Este contexto impossibilitou enxergar em “nascido assassino” uma violação grave, proibida e antijurídica do direito de personalidade, já que foi atribuído prejuízo de intensidade mediana ao direito de personalidade, talvez mínimo. Daí a constatação de que o pagamento de indenização por dano moral foi desproporcional, o que significa que a designação do reclamante de “nascido assassino” não deveria ser ter sido sancionada do modo como foi no juízo de 1º grau.

De outro modo, todavia, deve ser tratado o termo “aleijado”, usado pela revista para designar o mesmo reclamante. Segundo o tribunal, esta expressão violou o hemiplégico gravemente em seu direito de personalidade. Isto porque, a designação de pessoa que sofreu grande mutilação como aleijado foi entendida como humilhante e geradora de desprezo. O fundamento da grave intervenção na liberdade de expressão residiu justamente na gravidade da violação ao direito de personalidade. Nesta situação, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu o termo “aleijado” como uma violação ao direito de personalidade grave, proibida e antijurídica[22].

Ao mesmo tempo, como já afirmado acima, a experiência da Suprema Corte norte-americana oferece alguns parâmetros de aplicação interessantes quanto ao tema da liberdade de expressão. Parte do princípio de que a Primeira Emenda não permite ao Estado decidir quem pode ter a palavra no debate público, sequer moderá-lo. Afinal, preservar a civilidade é uma coisa, insistir que o debate público seja realizado segundo os ideais de debate ordenado é outra bem diferente. Diante de possíveis abusos da liberdade de expressão, devemos lembrar que freqüentemente a audiência pode antecipar o tom polêmico do autor. Foi a conclusão da Suprema Corte no caso em que um “pantera negra[23]” foi acusado de linguagem ofensiva em uma reunião política a que havia sido convidado. Notem que, aqui, temos um ponto de inflexão.

O modelo de sociedade com um debate público formado por uma assembléia de cidadãos que calmamente discutem as matérias do dia confrontando suas idéias logicamente é certamente inadequado para entender a realidade[24] Logo, se a ofensividade da linguagem usada em um protesto político freqüentemente molda a reação do Estado, a proteção ao uso de linguagem ofensiva torna-se não um luxo, mas uma necessidade em uma sociedade democrática. No caso analisado, evidentemente, o que se



---

espera do citado jornalista é o tom polêmico, típico de quem pretende apimentar o debate político[25].

Ainda no âmbito do direito norte-americano, não podemos esquecer que a liberdade de expressão deve ser protegida não apenas para garantir o bom funcionamento do Estado, mas porque a possibilidade de se exprimir livremente é um componente essencial da dignidade humana, conforme ensina Thomas Emerson, autor de um marco nos estudos sobre a Primeira Emenda daquele país[26].

No Brasil, recentemente, o Supremo Tribunal Federal analisou o caso Ellwanger[27], no qual lhe foi oportunizado formar entendimento acerca dos conceitos de raça e suas implicações quanto à liberdade de opinião. O Supremo Tribunal Federal considerou que a existência ou não de raça não é essencial para valorar a conduta, pois o dolo subjetivo do crime de racismo é atribuir a alguém uma raça e, por este motivo, impingir uma situação de inferioridade à vítima. A partir daí, colocou-se o princípio da liberdade de opinião e seus limites.

O Supremo acolheu a idéia de que, neste caso, ao se ponderar os valores pertinentes ao princípio da dignidade da pessoa humana e à liberdade de opinião, há que se preservar a dignidade humana, visto que “o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo”. Ou seja, nosso ordenamento jurídico, ao consagrar a liberdade de opinião e expressão, não avaliza manifestações de ódio. Há uma limitação representada pela incidência do princípio da dignidade humana, justificada pelo tamanho do risco imposto à sociedade pelas manifestações anti-semitas do réu.

Não se trata de censura prévia, mas do primado da responsabilidade pessoal, tão cara aos liberais. *Portanto, se, com base na ponderação de valores, permite-se a avaliação, passo a passo, de quais princípios constitucionais devem prevalecer no caso concreto, devemos afirmar, contundentemente, que não é qualquer manifestação de opinião que eventualmente atinja a dignidade de pessoas que será limitada na via judicial. O juiz deverá, no caso concreto, ao exercer o juízo de ponderação, fundamentar a restrição com a demonstração de que a limitação à atividade da imprensa é um mal que não pode ser evitado, tamanho o gravame imposto pela manifestação de opinião. Assim, podemos concluir que o juiz, em respeito ao princípio pelo qual o Estado deve utilizar-se da menor força possível, fixará medidas que sejam compatíveis com a gravidade da violação do direito de personalidade causada pela manifestação de opinião. A imposição de medida menos gravosa poderá ser alcançada, na maioria dos casos, com um simples direito de resposta. Afinal, sanções que maximizem a troca de idéias podem oferecer o desagravo buscado pela vítima cujo direito de personalidade foi atingido, ao mesmo tempo em que resguardam a liberdade de expressão, evitando-se o esvaziamento completo do núcleo essencial do direito de manifestação de opinião.*



Assim, ao ponderar os valores no caso em questão, o juiz não pode deixar de considerar que, pelo menos em duas situações, as manifestações do jornalista se deram no âmbito do debate político. Seria interessante lembrar que a Suprema Corte americana tem entendimento pacífico de que a crítica ao governo e aos agentes públicos é o propósito central da Primeira Emenda[28]. A Corte lembra que quando cidadãos são refreados em vociferar seu descontentamento por medo de retaliação do Estado, este fica menos propenso a prestar contas dos seus atos. Para muitos, este é o motivo porque alguns governos caem na tentação de suprimir a liberdade de expressão.

Evidentemente, os precedentes da Suprema Corte americana não devem ser simplesmente adotados em nossos tribunais. Todavia, devemos reconhecer que oferecem critérios interessantes de razoabilidade no caso de colisão entre a liberdade expressão e outros direitos fundamentais, afinal, esta corte tem sido chamada a resolver os grandes debates políticos nos Estados Unidos e continua atualizando o significado da doutrina a partir dos novos problemas apresentados[29].

Por fim, se consideramos que a liberdade de expressão, ao lado de outras liberdades políticas, é capaz de assegurar as condições funcionais do processo democrático, podemos concluir que a imposição de constrangimentos sérios às manifestações da imprensa, por meio da condenação ao pagamento de indenização por dano moral em casos não alcançados pela Lei de Imprensa, com o possível efeito de “diminuir a disposição futura dos afetados de fazer a sua revista como a fizeram até o momento, afetando claramente a liberdade de expressão”, consubstancia gravíssima intervenção, apta a proporcionar prejuízos importantes ao debate público.

Ora, se aceitamos que a verdade ou falsidade de uma idéia é matéria restrita ao julgamento individual dos cidadãos, que a liberdade de expressão ocupa lugar de honra na hierarquia de valores e que o Estado não pode impor restrições graves se existirem formas alternativas de regulação que protejam adequadamente o interesse público, há que buscar uma resposta do ordenamento jurídico que seja proporcional à violação decorrente da manifestação da imprensa. Logo, se a manifestação da imprensa se insere no debate público, visando o controle do governo, o direito de resposta parece ser a melhor saída, pois configura intervenção leve que amplia o direito de informação, reconstitui os direitos de personalidade lesionados e não afeta a disposição da imprensa em continuar exercendo a sua atividade sem medo.

[1] Resp 598.281. Ementa. Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso Especial improvido.

[2] Estes exemplos foram originalmente desenvolvidos por Wolfgang Rüdner, em Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, v. II, 1976, p. 452, conforme informação de Gilmar Ferreira Mendes em “Colisão de Direitos Fundamentais”, Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª quinzena de março de 2003, p. 185.



---

[3] STF, MS 23576/DF.

[4] BARBOSA, Ruy. República: teoria e prática. Petrópolis: Vozes, 1978.

[5] LOCKE, John. Letter Concerning Toleration. Indianápolis:Hackett Publishing, 1983. Vale lembrar que, se Locke foi a referência filosófica da liberdade de opinião, sua doutrina jurídica foi formulada por William Blackstone (1723-1780), autor de “Commentaries on the Laws of England”.

[6] ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. RDA, v. 217, pg. 55-66, jul/set 1999.

[7] Referência sem qualquer conotação de determinismo histórico.

[8] O crime de discriminação está previsto na Lei 7.716/89 e a injúria racial na Lei 9.459/97.

[9] Schenck vs. U.S., 249 U.S. 47 (1919), Abrams vs. U.S., 250 U.S. 616, 627 (1919), Whitney vs. Califórnia, 274 U.S. 357, 372-8 (1927).

[10] BverfGE 7, 198 (212); 81, 1; 93, 266.

[11] ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. RDA, v. 217, pg. 55-66, jul/set 1999.

[12] BVerfGE 7, 198 (212).

[13] KELSEN, Hans. Wesen der Staatsgerichtsbarkeit. VVDStRL 5 (1929), 53 ff. apud ALEXY, Robert. Direito Constitucional e Direito Ordinário. RT, vol. 799, pg. 33-51, maio 2002.

[14] O autor enfatiza que o Tribunal Constitucional alemão utiliza tal fórmula na resolução de quatro quintos dos casos em que são apresentadas queixas constitucionais contra decisões judiciais sobre direitos fundamentais.

[15] CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina, p. 42.

[16] ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. RDA, v. 217, pg. 55-66, jul/set 1999.

[17] ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

[18] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: Entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

[19] MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais. São Paulo: Repertório de



---

Jurisprudência IOB, 1ª quinzena de março de 2003, p. 185.

[20] Na verdade, não se trata de ponderação, mas de evitação de intervenções indevidas em direitos fundamentais.

[21] MENDES, Gilmar. Colisões de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª quinzena de março de 2003, p. 185. Neste trabalho o autor cita decisões do Tribunal Constitucional alemão [BVerfGE 30, 173 (195) e 67, 213 (228)], onde demonstra que “uma tentativa de sistematização da jurisprudência mostra que ela se orienta pelo estabelecimento de uma ponderação de bens tendo em vista o caso concreto, isto é, de uma ponderação que leve em conta todas as circunstâncias do caso em apreço”.

[22] BVerfGE 86,1.

[23] O Black Panther Party foi uma organização de afro-americanos fundada para promover os direitos civis e a auto-defesa. Foi extinta em meados dos anos 70.

[24] RUTZICK, M.C., Offensive Language & the Evolution of First Amendment Protection, 9 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 1 (1974) apud TRIBE, Lawrence. American Constitutional Law, The Foundation Press, 1988, p. 836.

[25] TRIBE, Lawrence. American Constitutional Law. The Foundation Press, 1988, p. 835-837.

[26] EMERSON, Thomas. The System of Freedom of Expression. New York: Random House, 1970.

[27] STF, HC 82.424/RS.

[28] New York Times vs. Sullivan (1964), 376 US 254-270.

[29] Street vs. New York (1969), Cohen vs. California (1971), R.A.V. vs. City of St. Paul (1992).

### **Date Created**

24/02/2008