

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

MARCELO GUILHERME DE ARO FERREIRA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
COMO O DIREITO BRASILEIRO PODE ENFRENTAR O ILÍCITO DE EXPRESSÃO
NOS DIAS ATUAIS?

BRASÍLIA - DF

2021

MARCELO GUILHERME DE ARO FERREIRA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
COMO O DIREITO BRASILEIRO PODE ENFRENTAR O ILÍCITO DE EXPRESSÃO
NOS DIAS ATUAIS?

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho e apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA - DF

2021

MARCELO GUILHERME DE ARO FERREIRA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO:

COMO O DIREITO BRASILEIRO PODE ENFRENTAR O ILÍCITO DE EXPRESSÃO
NOS DIAS ATUAIS?

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre(a) em Direito Constitucional

Data da defesa: 22 de dezembro de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador

Filiação

Prof. Avaliador 1

Filiação

Prof. Avaliador 2

Filiação

Prof. Avaliador 3 (Se houver)

Filiação

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado todas as oportunidades que tive na vida: de estudar, de perseguir meus sonhos e de contribuir com a sociedade. À minha família, por sempre ter me apoiado nesses dois anos de pesquisa, em que nem sempre pude estar presente. Ao meu orientador, Prof. Ilton, por ter me ajudado a enxergar o Direito de uma forma diferente. Por fim, dedico meu trabalho aos que abusaram criminosamente da liberdade de comunicação para tentar me intimidar, sem sucesso. Lutar contra abusos: o que me move; meu objetivo maior.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEU CONTEÚDO | 14 |
| 1.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEU CARÁTER DE DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 | 20 |
| 1.2 PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS PRÓPRIOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO | 30 |
| 1.3 A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO | 39 |
| 1.4 VEDAÇÃO À CENSURA E LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO | 47 |
| 2. ILÍCITO DE EXPRESSÃO E SEUS REMÉDIOS | 59 |
| 2.1 DIREITO DE RESPOSTA | 60 |
| 2.2 PERDAS E DANOS | 65 |
| 2.3 TUTELAS INIBITÓRIAS E DE REMOÇÃO DO ILÍCITO | 70 |
| 3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO SUPREMO | 80 |
| 3.1 O PARADIGMA DA ADPF 130 | 83 |
| 3.1.1 Tese prevalecente na ADPF 130 | 84 |
| 3.1.2 A divergência na ADPF 130 | 90 |
| 3.2. LIBERDADE DE IMPRENSA NO SUPREMO, APÓS ADPF 130 | 97 |
| 3.2.1 Sarney vs. Estadão – Reclamação nº. 9.428/DF de 2009 | 97 |
| 3.2.2 Diploma de jornalismo – Recurso Extraordinário nº. 511.961/SP de 2009 | 99 |
| 3.2.3 Biografias não autorizadas – ADI nº. 4.815/DF de 2015 | 103 |
| 3.2.4 Rodeios – Repercussão Geral no Rext. nº. 662.055/SP de 2015 | 105 |
| 3.2.5 Criação humorística nas eleições – ADI nº. 4.451/DF de 2018 | 107 |
| 3.2.6 Sigilo das fontes – Ag.Reg. na Reclamação n.º 19.464/SP de 2020 | 108 |
| 3.2.7 Inquérito das fake-news – ADPF n.º 572/DF de 2020 | 110 |
| 3.3 CASO ELLWANGER E A QUESTÃO DO DISCURSO DE ÓDIO | 113 |
| 3.4 DAS INFLUÊNCIAS EXTERNAS NO SUPREMO | 117 |
| 3.4.1 Direito norte-americano | 118 |
| 3.4.2 Direito alemão | 123 |
| 4. NOVAS DIMENSÕES DA COMUNICAÇÃO: FAKE-NEWS, DESCENTRALIZAÇÃO DA MÍDIA E O PROBLEMA DA PÓS-VERDADE | 131 |
| 4.1 BOLHAS E O PROBLEMA DAS FAKE-NEWS | 134 |
| 4.2 NOVAS PONDERAÇÕES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO | 137 |
| CONCLUSÃO | 145 |
| REFERÊNCIAS | 154 |

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar, com base na doutrina e nos entendimentos firmados pelo STF, a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, qual o cabimento dos remédios que buscam tutelar conflitos que envolvam o exercício ilícito da liberdade de expressão, aqui denominados "Ilícitos de Expressão", em especial diante das novas configurações da comunicação social. Por meio do aprofundamento em conceitos doutrinários e jurisprudenciais sobre a liberdade de expressão e quais são seus fundamentos estruturadores, pretende-se delimitar algumas balizas hermenêuticas que justifiquem uma alteração de paradigma no entendimento atual do Supremo quanto à aplicação do direito de resposta, da compensação por perdas e danos e, principalmente, das tutelas inibitórias e de remoção do ilícito no controle da expressão ilícita. Ao final, busca-se confrontar uma resistência que a doutrina e o direito têm reservado à atualização do entendimento vigente sobre os limites da liberdade de expressão.

Palavras-chave: liberdade de expressão; Tutelas Inibitórias; ADPF 130; Vedação à Censura.

ABSTRACT

The present work aims to study, based on the doctrine and on the understandings reached by the STF, from the judgment of ADPF 130, the applicability of the remedies that seek to protect conflicts involving the unlawful exercise of Freedom of Expression, herein called "Unlawful Expression", especially in view of the new configurations of social communication. By deepening the doctrinaire and jurisprudential concepts about the Freedom of Speech and what are its structuring foundations, we intend to delimit some hermeneutic boundaries that justify a paradigm shift in the current understanding of the Supreme Court regarding the application of the right of reply, compensation for losses and damages and, especially, the inhibitory injunctions and removal of the illicit injunctions in the control of unlawful expression. At the end, it is intended to confront a resistance that the doctrine and the law have reserved for updating the current understanding on the limits of Freedom of Expression.

Key-words: Freedom of Expression; Inhibitory Injunctions; ADPF 130; Prohibition of censorship.

INTRODUÇÃO

Após as eleições de 2018, ficou patente um fato que já vinha se anunciando publicamente desde o pleito americano de 2016, na eleição do então presidente Donald Trump, que é o efeito revolucionário das redes sociais na comunicação em massa. A incorporação profunda das redes sociais – *Whatsapp, Instagram, Facebook, Twitter, YouTube* etc. – na vida das pessoas alterou, não apenas a forma como os sujeitos interagem e realizam trocas, mas também a forma como passou a ocorrer o diálogo democrático.

Se, em um momento da história, a comunicação social se deu exclusivamente por meio da chamada “mídia tradicional” – TV, rádio e jornais –, hoje, pessoas físicas de grande influência, sozinhas, ou redes de sujeitos comuns orbitando uma mesma linha de pensamento nas redes sociais conseguem comunicar ideias em uma escala que era, antes, exclusiva da grande mídia¹. Paralelamente, se antes a replicação crescente de uma ideia indicava sua adesão pelas pessoas, hoje, algoritmos, robôs e perfis falsos inflam, direcionam e interferem na expressividade de determinados pensamentos e opiniões. Nesse contexto de alteração dos *players* e da forma com a qual a comunicação social se dá, torna-se necessário apreciar, com base nas mudanças no modo de se relacionar com o mundo, os limites jurídicos dos direitos que respaldam a liberdade de opinião e de manifestação, a saber as liberdades de expressão e de comunicação².

Acompanhando esses fenômenos, a instrumentalização de narrativas, em especial, das narrativas falsas e da desinformação, a desconstrução dos papéis históricos de “informador” e “informado” e a despersonalização dos comunicadores no fluxo de informações pela rede mudaram, não apenas a forma como as pessoas se informam, mas também os desdobramentos da livre expressão ativa na sociedade e o processo de formação do pensamento político.

Atento a esse contexto, o estudo aprofundará nos elementos inerentes e constitutivos das liberdades de expressão e de comunicação – com remissão tanto às suas bases normativas quanto principiológicas –, e buscará compreender quais são

¹ DANTAS, Melina; GRACIOSO, Luciana. **Influenciadores digitais e as novas configurações de produção e uso da informação na sociedade**. São Carlos. Seminário Informação, Inovação e Sociedade. 2018. p.4.

² ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017, 205 p. 45.-47.

os remédios legais existentes no Direito, hoje, para tentar tratar das consequências do exercício ilícito da liberdade de expressão e confrontar a forma como eles são abordados pelas instâncias jurisdicionais. Ao final, pretende-se entender se o Direito e suas teses paradigmáticas, quanto aos limites da liberdade de expressão, conversam com a nova realidade da comunicação social e se bastam para solucionar, satisfatoriamente, os danos decorrentes do ilícito de expressão.

Para tanto, a pesquisa utiliza, como “marco zero” jurisprudencial e paradigmático, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, do ano de 2009, na qual o Supremo, aproveitando a discussão sobre a compatibilidade da Lei de Imprensa com o ordenamento jurídico pátrio, pós Constituição Federal de 1988, propôs-se a balizar alguns limites sobre o que é possível e o que não é possível na matéria de controle da liberdade de expressão.

No julgamento da ADPF 130, os ministros firmaram algumas teses – seja na corrente prevalecente ou na divergência –, no sentido de que a liberdade de expressão e de imprensa, em muitos casos, poderiam ser entendidas como direitos preponderantes sobre outros direitos fundamentais³. Nesse sentido, restou delimitado pela corte que os conflitos que envolvam a colisão desses com demais direitos fundamentais devem ser tratados, preferencialmente, por meio do exercício do direito de resposta do ofendido e, não sendo sanado o dano ou satisfeito o ofendido, por meio da compensação por perdas e danos. Subsidiariamente – para não dizer marginal ou remotamente –, a corte também contempla a utilização de tutelas específicas para a supressão ou inibição do ilícito⁴, sugestionando uma espécie de hierarquia entre as ferramentas legais que o Direito reserva ao controle do ilícito de expressão.

Como será demonstrado com mais profundidade ao decorrer do estudo, mesmo após 12 anos, a jurisdição constitucional ainda recorre, formulaicamente, às balizas firmadas no julgamento da ADPF 130, especialmente àquelas consignadas em sua ementa, para cuidar do que este trabalho fará referência como: ilícito de expressão – entendido como a conduta ilícita praticada sob a égide de um pretense direito à liberdade de se expressar.

Ocorre que, conforme indicado, o mundo, desde 2009, passou por uma expressiva alteração na forma como a comunicação ocorre e, portanto, em parcela

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130**. Rel. Min. Carlos Britto, Brasília/DF, abr. 2008. p. 4.

⁴ Ibid, p. 47-48.

substancial do que se pode compreender como liberdade de expressão. Isso cria uma alteração profunda em como a comunicação – *lato sensu* – funciona e quais resultados ela é capaz de imprimir no mundo, seja com relação a indivíduos ou à coletividade. Ao que tudo indica, no entanto, essa alteração de fato não tem sido acompanhada por alterações de Direito na mesma agilidade.

O que se observa é que, a jurisdição, ao replicar os fundamentos da ADPF 130, foge de equacionar, com profundidade, a importância jurídica de questões como: a descentralização da comunicação de massa; a facilitação do anonimato no ambiente digital; a massificação da desinformação nos noticiamentos falsos – *fake news* – e seu potencial nocivo para a sociedade como um todo; o apagamento do direito ao esquecimento, frente a perpetuação dos conteúdos na rede; a desproporção entre a propagação de notícias falsas e verdadeiras; a facilitação ao fomento do discurso de ódio; ou a subversão do debate público com o uso de robôs e algoritmos.

O tema problema é entender se as linhas firmadas a partir do julgamento da ADPF 130: (a) ainda orientam a tutela dos ilícitos de expressão; e (b) são bastantes na tratativa dos conflitos que envolvam a liberdade de expressão, após mais de 12 anos. Como consectário, o objetivo também é entender a adequação dos remédios legais existentes e disponíveis para a tutela do ilícito de expressão, assim como se a forma como eles são tratados satisfazem a intenção de solucionar ou reparar os desdobramentos dos ilícitos de expressão contra a sociedade.

Com a atualização, tanto do modelo de comunicação quanto da capilaridade da informação *on-line*, temos as seguintes perguntas: (a) o direito de resposta atende ao propósito de amenizar eventuais ilícitos praticados pela mídia? (b) Perdas e danos bastam para reparar os danos resultantes dos ilícitos de expressão? (c) É legítimo ao judiciário proceder à remoção ou inibição de manifestações potencialmente, ou comprovadamente, ilícitas? Para tanto, parte-se de um contexto em que, no ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal, julgando a validade de uma lei de 1967, sob a ótica de uma constituição de 1988, firmou algumas teses sobre a tutela dos ilícitos de expressão que, conforme se demonstrará, até hoje vigem para solucionar conflitos de 2022.

Para conduzir os trabalhos, o estudo fará uso de uma pesquisa empírica direcionada a duas esferas: legislativa e judicial. Dentro da primeira, pretende-se analisar o embasamento normativo – constitucional e infraconstitucional –, já existente, que dá sustentação ao direito à livre expressão e, subsidiariamente, à

análise orientada de pretensões legiferantes em trâmite para tratar do tema no âmbito do Congresso Nacional. Nesse ponto, o estudo indicará uma proporção entre as proposições que buscaram restringir ou elastecer a tutela desse direito e adentrar nas razões de mérito que adiram à problemática do trabalho. Na esfera jurídica, o estudo recorrerá à análise de casos paradigmáticos da corte constitucional brasileira, utilizando como eixo a tese firmada por meio da ADPF 130 e caminhando até as discussões mais atuais sobre o tema, recorrendo, pontualmente, também, a sinalizações de modernização de entendimento no Superior Tribunal de Justiça. Ato contínuo, uma vez que os debates acerca dos direitos fundamentais são transnacionais, o trabalho também fará remissão às raízes de direito internacional utilizadas pelo Supremo na construção do seu entendimento sobre o assunto.

Nessa etapa, pretende-se, por meio da análise de decisões judiciais paradigmáticas, identificar os argumentos cervicais que levaram o Supremo a elencar a liberdade de expressão como “direito fundamental preponderante” e, uma vez identificados esses fundamentos chave, discutir se eles são perenes diante das novas configurações do mundo ou se são anacrônicos com relação a elas. Por exemplo, quando o Supremo decide restringir o uso da tutela inibitória sob o fundamento de que a livre circulação de ideias é elemento central ao amadurecimento da democracia, essa reflexão dialoga com a massificação das *fake news* e com a descentralização da figura dos comunicadores no processo democrático? Para além, essa reflexão compreende as ameaças que o exercício ilícito da liberdade de expressão impõe ao processo democrático da forma que ocorre hoje?

A análise de julgados não se dedicará à apreciação de decisões de primeira e segunda instância, essencialmente por duas razões: 1) a vastidão de instâncias compromete a análise profunda dos dados e a delimitação de uma orientação com alguma lógica geral; 2) por tratar diretamente do âmbito de proteção de um direito fundamental e da colisão com outros direitos constitucionalmente tutelados, fatalmente, os litígios sobre a matéria espalhados pelo país, ou chegarão até as instâncias especiais e extraordinárias para revisão, ou simplesmente seguirão a orientação dos tribunais nos juízos *a quo*.

Como termômetro de uma disposição social de mudança de paradigma, o trabalho recorrerá a uma triagem sobre os processos legislativos instaurados no Congresso Nacional, que buscam ou buscaram, de algum modo, intervir – para elastecer ou restringir prerrogativas – na liberdade de expressão.

A partir dessa abordagem, traçaremos se: (a) a posição da corte constitucional evoluiu com relação a matéria e; (b) como, no legislativo, as discussões sobre o assunto têm levantado novas teses sobre os limites da liberdade de expressão.

Ademais, o trabalho abordará teorias da interpretação e fará uso de estudos teóricos, vez que parte fundamental da hipótese de trabalho passa pelas compreensões doutrinária e jus-filosófica do que pode ser entendido como liberdade de expressão, qual o seu âmbito de proteção enquanto direito fundamental e como ela se relaciona com outros direitos fundamentais. Para tanto, faz-se uso das teorias gerais dos direitos fundamentais que se dedicam à sistematização de como e por que determinados fatos sociais transformam – ou não – o núcleo essencial e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

O estudo também fará uso das doutrinas que abordam o valor e os processos de significação dos direitos fundamentais, a fim de posicionar as especificidades de uma liberdade de expressão enquanto direito fundamental. No mesmo passo, recorrerá às doutrinas técnicas que se prestam a delimitar o escopo dos remédios legais e processuais existentes para tentar solucionar os ilícitos de expressão – direito de resposta, perdas e danos, tutelas inibitórias e de remoção do ilícito. Em suma, o trabalho recorre a autores que abordam conceitos chave, como: direitos fundamentais, liberdade de expressão, censura, imprensa, direito de respostas, compensação por danos morais e tutelas inibitórias.

Dessa forma, o trabalho está dividido em uma introdução para posicionar o problema central, passando imediatamente para os capítulos de delimitação de conceitos, nos quais serão definidos, técnica e cientificamente, os panos de fundo e os objetos que sustentam a pesquisa. Feito isso, será apresentada a análise concreta de como esses direitos e institutos são vistos e aplicados pelo Supremo. Na sequência, serão demonstradas as novas situações sociais que alteram a balança do Direito e que demandam soluções personalizadas às suas novas dimensões.

Ao final, espera-se demonstrar que, para as novas configurações sociais da comunicação de massa, a hierarquia dos remédios legais construída pelo Supremo, no julgamento da ADPF 130, não está atenta às consequências práticas dessas mudanças na ponderação dos conflitos que envolvam ilícitos de expressão. Assim, dentro da hierarquia de soluções tacitamente ordenada pelo Supremo: direito de resposta, perdas e danos e tutelas inibitórias ou de remoção do ilícito, a fuga de estruturar uma forma adequada e ajustada para recorrer a esta última, sob o receio

de uma ameaça fantasma inerente ao seu uso, tem, não apenas periferizado instrumentos processuais legítimos à proteção contra um abuso de direito, como também perpetuado uma série de desamparos processuais aos bens e direitos comprometidos pelos ilícitos de expressão.

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEU CONTEÚDO

Conforme apresentado, e será tratado mais adiante, no ano de 2009, a Lei de Imprensa de 1967 foi removida do ordenamento jurídico pátrio, pelo pleno do Supremo, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 130. Na ocasião, a Suprema Corte formou seu convencimento da forma mais avessa possível a qualquer ícone que remetesse ao período histórico no qual a lei de imprensa foi redigida – regime militar. Esse diálogo entre fatos, Direito e signos resultou em uma posição que, até hoje, dialoga perfeitamente com fatos da vida de mais de 30 anos atrás, mas que não parece se comunicar tão bem com a realidade de hoje. Parte desse problema, dentre outras coisas, vem de uma imprecisão técnica com relação àquilo que se compreende como a liberdade fundamental à livre expressão e comunicação. Como resultado, as discussões jurisprudenciais sobre a matéria repetidamente se omitem quanto à necessidade de se planejar, de fato, em que consistem as liberdades de expressão e de comunicação.

Liberdade de expressão, mais do que um vocábulo dotado de significado teórico e filosófico próprios, é uma expressão com sentidos objetivos dentro da perspectiva do Direito. Como garantia, historicamente lapidada até o entendimento de ser inerente aos homens, dentro do ordenamento jurídico constitucional, ela possui elementos próprios de “direito espécie”, assim como elementos típicos de “direito gênero” – direito fundamental.

Em sua concepção intuitiva e literal, liberdade de expressão pode ser concebida como uma liberdade geral que envolve o ato de pensar e de se expressar, indissociavelmente relacionada à ideia reflexa de comunicação. Para Márcio Schusterschitz da Silva Araújo, liberdade de expressão pode ser identificada de forma quase romântica, consistindo em uma liberdade de espírito, de crença ou de saber que comunica significados, inserida em uma determinada lógica que mede a vontade imediata do falante, mas que também reconhece um grupo de interesses e valores que lhe integram sentido⁵. Por sua vez, liberdade de expressão, da forma em que está consagrada na Constituição Federal, também é direito fundamental estruturador e

⁵ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017, p.27

inerente a todos os seres humanos e prerrogativa do ser, de papel central à proteção da dignidade da pessoa humana e à evolução democrática⁶.

Como se pode perceber, ao falar em liberdade de expressão, existe um elo indissociável com as ideias de comunicação e pensamento, como se esta integrasse aquela, mas não lhe partilhasse sentido idêntico. Extrapolada a ideia doutrinária, esta é a mesma inferência que traz a leitura dessas duas garantias, quando positivadas no texto constitucional. De um lado, existe a normatização sistemática da liberdade de expressão, consumada por meio do art. 5º, IV, V, IX, X, XIV da constituição federal, do outro, existe o regramento próprio destinado à comunicação social, no art. 220⁷, que reforça a ideia de garantias primas e não siamesas.

Como estudado por Edilson Farias, a discussão sobre esses dois conceitos, invariavelmente deriva em uma chave de outras expressões associadas e de significados volúveis dentro da doutrina e da jurisprudência – liberdade de pensamento, liberdade de palavra, liberdade de opinião, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de informação jornalística, direito à informação, liberdade de manifestação, dentre muitas outras⁸ –, sobre as quais as tratativas pormenorizadas seriam dignas de um trabalho próprio.

Quanto a essa especificidade, Jónatas Machado apresenta que liberdade de expressão seria, na verdade, um direito fundamental de dupla concepção: a primeira, em sentido estrito, de um direito fundamental específico à expressão, como liberdade ativa e pessoal de se expressar – *stricto sensu* –; a outra, de natureza ampla – *lato sensu* –, é compreendida como a reunião de direitos fundamentais denominados genericamente como liberdades comunicacionais⁹. Desse referencial, falar em liberdade de expressão faz referência a dois objetos diferentes: o primeiro, um único direito fundamental específico – liberdade de se expressar/opinar; o segundo, uma reunião de diversos direitos fundamentais com a mesma temática, denominados: liberdades comunicacionais, que reunidas, formam aquilo que se pode nomear como liberdade de expressão.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 95.

⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁸ ARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação**: Teoria e proteção constitucional. 2001. Tese (Programa de Pós Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. p. 47.

⁹ MACHADO, Jónatas **Difamação de Figuras Públicas**: Tutela Jurídica e Censura Judicial à Luz do Direito Português. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 371.

Dentro da perspectiva sugerida por Jónatas Machado, no entanto, a liberdade guarda-chuva é devidamente integrada por apenas um restrito rol de liberdades comunicacionais, como: liberdade de expressão em sentido *stricto* – também podendo ser referenciada como liberdade de opinião –; liberdade de informação; liberdade de imprensa dos jornalistas e a liberdade de radiodifusão¹⁰. Cada uma destinada à proteção de valores e prerrogativas pessoais específicas, enquadradas em um mesmo gênero tratado como liberdade de expressão em sentido amplo. Aqui, a liberdade de expressão é vista por um “prisma multissistêmico (...), que encontra seu fundamento legitimador na dignidade da pessoa humana – tal como os demais direitos fundamentais – e dirige-se à persecução de um conjunto diversificado de finalidades substantivas”¹¹.

Tanto o constructo em sentido *lato* quanto a integralidade de todas as liberdades comunicacionais cerca o mesmo raio de proteção – quando avaliadas em conjunto. Portanto, ao menos de uma premissa metodológica, sem os devidos ajustes, a concepção ampla de liberdade de expressão não atende a utilidade de cercar com, ao menos precisão temática, os diferentes agrupamentos de liberdades comunicacionais. Isso porque, apesar de Jónatas Machado resumir as liberdades comunicacionais em um rol relativamente curto, como observado por Farias, pensar em liberdades comunicacionais desdobra-se em uma infinidade de pequenas liberdades fundamentais que demandam um trabalho próprio.

Corroborando esse pensamento, Ingo Wolfgang Sarlet delimita que a percepção da liberdade de se expressar e de se comunicar precisa ser aquela de calibre mais amplo o possível.

Para assegurar a sua máxima proteção e sua posição de destaque no âmbito das liberdades fundamentais, o âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser interpretado como o mais extenso possível, englobando tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos. Neste sentido, em princípio todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão, incluindo “gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem como as manifestações veiculadas pelos modernos meios de comunicação, como as mensagens de páginas de relacionamento, blogs etc.”¹²

¹⁰ Ibid. p. 371.

¹¹ Posteriormente, na obra intitulada “Difamação de Figuras Públicas”, o autor incorpora ao rol de liberdades de comunicação o princípio da vedação à censura e liberdade de criação artística.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 457-458.

A definição percorre caminhos difíceis que transitam por sua justificação e sentido. A expressão, quando diante dos diversos conceitos que pode agregar, prova-se essencialmente heterogênea. No entanto, é perceptível que, por mais que muitas vezes o direito passe por expressões distintas que qualificam direitos específicos sem muito em comum – liberdade de pensamento e liberdade de atuação jornalística, por exemplo –, todos eles se preservam com base em uma liberdade central: liberdade de se expressar¹³.

Não estaríamos falando apenas da liberdade do pensamento em si, mas também da comunicação, divulgação e da transmissão de fatos. É liberdade de crença e de construção de ideias? Sim. Mas não está adstrita a isso e tem seu caráter ativo e externalizado como elemento sem o qual perde seu sentido prático¹⁴.

Adotar a noção de liberdade de expressão enquanto superconceito ajuda a sintetizar, em um primeiro momento, essa virtual infinidade de direitos derivados que dela decorrem, desdobram e agregam sentido com base em linhas doutrinárias diversas, sob a égide de um mesmo guarda-chuva. Nesse pensamento, apesar de ainda existir um direito fundamental singular de liberdade de expressão – quando em referência à liberdade de expressão *stricto sensu* –, com valor e sentido próprio, a aceitação de liberdade de expressão como direito fundamental composto, soluciona, em parte, o problema da investigação virtualmente impossível de todos os direitos relacionados que, aqui, poderão ser agrupados como um grande gênero: direitos comunicacionais, de natureza semelhante e adstritos à consecução do superprincípio da liberdade de se expressar. Nessa orientação, ao tratar das particularidades específicas possuídas pela liberdade de expressão, estamos impingindo a todos os direitos comunicacionais uma homogeneidade – que sabemos não existir.

Em abordagem similar, mas ligeiramente diversa da compilada por Jónatas Machado, Edilson Farias propõe que liberdade de expressão e de comunicação não desenvolvem uma relação de simbiose, mas, na verdade, tratam-se de duas constelações distintas de liberdades, incorporadas por seus próprios conjuntos de liberdades associadas ao livre pensamento e à comunicação/informação, respectivamente, mas que se agrupam por uma semelhança temática pré-

¹³ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017. p. 7.

¹⁴ *Ibid*, p. 25.

determinada. Por essa razão, elas não poderiam ser reunidas em um mesmo “superdireito”¹⁵.

Aqui, liberdade de expressão – mesmo que em sentido *lato* – e liberdade de comunicação não se confundem como um mesmo gênero de direitos¹⁶. Liberdade de expressão faz parte de um conjunto integrado pelas liberdades de opinião, crença, pensamento e demais direitos fundamentais derivados, de caráter subjetivo e interno aos sujeitos. Liberdade de comunicação, de modo distinto, refere-se ao conjunto das liberdades jornalísticas, de manifestação expressa, de informação e demais direitos fundamentais relacionados à expressão ativa, mas que sejam permeados de uma natureza externalizada no mundo. A primeira, como de conteúdo subjetivo, abstrato, e a segunda, de conteúdo objetivo e concreto, por isso, reunidas em conjuntos distintos, comumente separadas como “liberdade de opinar” e “liberdade de informar”, respectivamente¹⁷.

Curioso perceber que, ao adotar a separação desses dois grupos: liberdade de expressão e liberdade de comunicação, pouca pertinência prática restaria ao primeiro. Ao se pensar nos remédios para controle dos ilícitos de expressão é difícil relacionar em quais hipóteses o exercício da liberdade de expressão, enquanto conjunto de direitos subjetivos de opinião e identidade, demandaria de tutela contra o ilícito.

Não se observa influência prática dos institutos de direito de respostas; perdas e danos ou das tutelas inibitórias e de remoção do ilícito, aplicadas ao processo de pensar e formar opinião. Ainda que inconformista ou disruptivo, o pensamento, por si só, é incapaz de gerar efeitos jurídicos no mundo passíveis de intervenção ou, até mesmo, capazes de gerar dano¹⁸. No entanto, tal liberdade de pensamento, de capacidade psíquica irreprimível tem conteúdo útil, na medida em que influencia os processos típicos do exercício das demais liberdades de comunicação¹⁹. Por mais que não seja fim, é meio. Afinal, a formulação de um contexto prévio que antecede o exercício ativo da liberdade de pensamento e de manifestação é nutrido por meio da

¹⁵ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação**: Teoria e proteção constitucional. 2001. Tese (Programa de Pós Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. p.46.

¹⁶ *Ibid*, p. 46.

¹⁷ *Ibid*, p. 46.

¹⁸ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz. **Liberdade de expressão**. e-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017. p. 28.

¹⁹ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p.417.

liberdade de pensar. Liberdade de expressão, como tratado nesse ponto, não é capaz de satisfazer o Direito tão somente com um relacionamento de ideias ou adesão a estas²⁰, mas muito interessa ao mundo jurídico no passo em que o cuidado com esta que irá determinar abusos derivados por meio das liberdades comunicacionais.

Além de se tratar de um direito de dupla concepção, ampla e estrita, em sua concepção restrita também desempenha papel de dupla dimensão, uma substantiva – o pensar, construir opiniões e externá-las – e uma instrumental, que se adere a possibilidade fática de se utilizar os mais diversos meios disponíveis à expressão do pensamento²¹.

Este trabalho é orientado por uma linha ao meio no posicionamento da liberdade de expressão. Para fins deste estudo, liberdade de expressão e liberdade de comunicação serão tratadas como dois conjuntos diferentes de direitos, mas concêntricos. As Liberdades de comunicação serão referenciadas como o grupo dos direitos inseridos no super conceito liberdade de expressão, mas com natureza objetiva e externalizada. Liberdade de expressão será referenciada como super conceito guarda-chuva, agregador de todas as liberdades fundamentais relacionadas à expressão, no qual o conjunto das liberdades comunicacionais se insere. Excluído o primeiro conjunto, os demais direitos comunicacionais seguem sob a cobertura desta ideia de liberdade de expressão ampla.

Por mais que Jónatas Machado critique expressamente a opção de deixar as liberdades de comunicação – como colocado – inseridas no sentido da liberdade de expressão, por entender que isso esvaziaria parte do conteúdo daquelas, essa opção é conveniente ao trabalho²². Primeiro, pela forma como esses direitos foram positivados constitucionalmente, faz-se inferir que esse jogo de grupos com pertinências temáticas distintas, mas com as mesmas garantias, é a interpretação mais adequada. A Constituição trata de sistematizar, no título denominado: “Da comunicação social”, uma linha tema específica para os direitos e garantias que estão mais relacionados à expressão ativa e à informação. Em segundo, porque o próprio título que trata da comunicação social vincula-se sistematicamente aos valores do art. 5º, já sugerindo uma ideia de integração, mas também de separação temática.

²⁰ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz. **Liberdade de expressão**. e-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017. p. 27.

²¹ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p.417.

²² Ibid. p. 373.

Essa distinção facilita a exposição dentro do estudo, sendo necessária a ressalva da liberdade de expressão apenas no momento de referenciar a liberdade de expressão em sentido estrito. Quando não, a liberdade de expressão estará se dirigindo a todos os direitos típicos à expressão ativa ou passiva, no passo em que a liberdade de comunicação estará sempre fazendo referência aos direitos de expressão ativos – liberdade jornalística, informar, publicar e distribuir manifestação etc.

Nesse ínterim, liberdade de expressão se refere a reunião de todo e qualquer direito fundamental implícito ou expresso do texto constitucional que busque garantir todo e qualquer direito que tenha associação com a liberdade de pensar, falar, formar opinião, expressar-se publicamente, informar e ser informado, dentre outros. Delimitado o objeto do direito em estudo, partir-se-á para a análise das condições que lhe conferem conteúdo e as garantias inerentes a essa constelação de direito. Tal como os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão tem qualidades que são comuns a todo e qualquer direito fundamental – e sua aferição lhe confere validade –, assim como elementos típicos e próprios da sua natureza específica, que abordaremos na sequência.

1.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEU CARÁTER DE DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ao decorrer dos anos, em especial no contexto do constitucionalismo contemporâneo, historicamente responsivo às iniquidades originárias dos Estados de Direito Liberais e sucessor a uma onda totalitária que atravessou o século XX, a civilização ocidental cravou bandeiras importantes na positivação de direitos e garantias fundamentais. Hoje, por meio de tratados internacionais, pelos marcos civilizatórios da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e pelo direito interno, cujos valores estão transcritos na Constituição Federal de 1988, a proteção dos direitos fundamentais se mostra um valor indissociável dos Estados Democráticos de Direito.

A raiz da consolidação dos direitos fundamentais como fundamentais e da liberdade de expressão como um direito fundamental parte do contexto no qual se deu

a redemocratização de 1985 e reconstitucionalização de 1988²³. O país ficou por mais de duas décadas à mercê de um regime militar autoritário, vastamente reconhecido, dentre outras coisas, pela instrumentalização política da censura estatal, tanto à vida privada, quanto à atividade jornalística.

No regime antecessor à Constituição de 1988 – Regime Militar –, foi outorgada a Constituição de 1967, que reuniu em seu corpo e estrutura uma série de vilipêndios a garantias básicas do ser humano que vinham sendo institucionalizados pelos regentes militares desde o golpe de 1964²⁴. Seu texto incorporou quatro atos institucionais, anteriores à sua outorga, conferindo autoridade constitucional a abusos que, hoje, seriam encarados como distópicos²⁵. Esse contexto é de extrema relevância para entender parte substancial dos votos e posições exaradas no julgamento da ADPF 130, uma vez que era em correspondência com esse módulo constitucional que a Lei de Imprensa de 1967 também foi editada e promulgada – razão pela qual boa parte dos votos faz remissão à questão do valor e do peso histórico.

Foi por meio desta díade normativa, criada para dar sequência a todo um processo de estrangulamento institucional das liberdades individuais, dentre elas, a de se expressar, que parte substancial dos abusos mais expressivos praticados pelo Estado durante o período de vigência do regime militar ocorreram. A promulgação da Lei de Imprensa ocorreu com alguns objetivos claros, dentre eles, o controle "lícito" da liberdade de manifestação, como objetivo delimitado na própria ementa lei, ao dispor seu objeto como o de "regular a liberdade de manifestação do pensamento e de informação"²⁶.

Nesse contexto, impossível dissociar que a Constituição Cidadã de 1988, sucessora à queda do regime militar para as demandas da sociedade civil por democracia e liberdades constitucionais plenas, tenha sido redigida com base em signos que rejeitaram veementemente tudo que fizesse remissão ao regime anterior. Da perspectiva de um movimento pendular dos processos políticos, com quase a mesma força autoritária que o regime militar cerceou direitos e garantias, a

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 64-67.

²⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Constituição promulgada em 1967**: Constituição que buscou legitimar o governo militar autoritário. Rádio Câmara.

²⁵ BRASIL, **Atos Institucionais**. 1964 - 1969.

²⁶ BRASIL, Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. **Lei de Imprensa**, 1967.

Constituição de 1988 entrou em vigência, enfática e extremamente analítica na construção de ferramentas para garantia da dignidade da pessoa humana, integrada pela eficácia e pleno gozo dos direitos fundamentais no estado constitucional²⁷.

Direitos fundamentais, dentro do nosso modelo de Estado Democrático de Direito, podem ser compreendidos, objetivamente, como a classe de direitos por meio dos quais se defende, garante e preserva um valor antecessor, mas indissociavelmente relacionado a estes, entendido como “dignidade da pessoa humana” e que possuam forma prescrita em fonte constitucional²⁸. Nessa pré-definição objetiva e sintética trazida pelos professores Paulo Gonet e Gilmar Ferreira Mendes, direitos fundamentais exercem papel central em uma missão preestabelecida de garantia e proteção de uma condição inalienável e própria da existência humana, tida como “dignidade”, respaldada hierarquicamente dentro de um sistema constitucional e positivado no texto constitucional.

De certo que essa noção binômica não esgota as nuances da matéria apesar de ser assertiva em apresentar o que é e para que servem os direitos fundamentais. Em noção mais extensiva, direitos fundamentais também são legatários de outras características integradoras de sentidos, valores e qualidades que lhes coroam como prioritários à proteção da humanidade. Nas lições de Peter Haberle, direitos fundamentais são aqueles dedicados à satisfação das exigências humanas para a vida em comunidade – elemento sociológico de extrema relevância nas ponderações que serão feitas ao decorrer do estudo –; ao ajuste das relações entre indivíduos e indivíduos e o Estado; e decorrentes da dignidade da pessoa humana, de modo a trabalhar o equilíbrio das relações entre grupos majoritários e minoritários, dentre outros²⁹.

O rol filosófico e doutrinário para as múltiplas qualidades e funções integradoras dos direitos fundamentais é extenso e possivelmente infinito, uma vez que está bastante atrelado a uma condição volátil de valores sociais que lhes integram o sentido. Dentro de uma teoria pluridimensional, não existem direitos fundamentais estáticos ou inseridos em listagem taxativa e isso vai ao encontro da pré-concepção

²⁷ SARLET, Wolfgang Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 67.

²⁸ MENDES, Gilmar; GONET, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 95.

²⁹ HABERLE, Peter. **La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional**. Granada: Biblioteca Comares de Ciencia Juridica, 2003. p. 204.

de que sua existência deriva meramente de sua constitucionalização. Sua formatação constitucional, em verdade, ocorre de forma dialética com os fatos e elementos da vida, em resposta a contextos de ameaça à existência do homem na sociedade, que demandem de proteção institucional ou estatal^{30 31}.

Se considerarmos que sua positivação não constitui condição indispensável ao seu reconhecimento³², as fontes desses direitos, além de se embasarem em elementos sociais e culturais, subordinam-se, também, à posição de seus intérpretes – agente político, jurídico, científico e usufrutuário³³. Não por acaso, a conferência aqui proposta, acerca da atualidade das teses da ADPF 130, parte da premissa de que, em um momento pretérito, sob um enfoque social bastante específico, o Supremo Tribunal Federal, em uma análise, dentre outras questões de valores, deu uma forma específica para o direito à liberdade de expressão, conferindo-lhe sentido dialético com um contexto de redemocratização, que pode não ter a mesma relevância que tinha no ano de 2009.

Dentro de uma teoria mais extensiva dos direitos fundamentais, o raio de ação e seus elementos definidores ainda podem percorrer um extenso rol dialético associados a elementos processuais, que viabilizam a participação do indivíduo no processo de formatação de sentido do direito³⁴; ser cooperativo/coletivo, que trata dos direitos fundamentais que não se atrelam à preservação de uma liberdade individual – sindicato, partido, associação etc. –³⁵ ; ser geracional, que se relaciona aos direitos fundamentais que não se estabelecem pensando em condições presentes, mas em uma geração de sujeitos indeterminada do futuro – nascituro, herdeiro etc. –³⁶ cultural, delimitada pelos elementos subjacentes à sociedade estabelecidos por meio de uma correspondência cultural e sistemática, que dialoga com elementos e fontes diversas

³⁰ Ibid, p. 22.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. P..73.

³² HABERLE, Peter. **La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional**. Granada: Biblioteca Comares de Ciência Jurídica, 2003. P. 214-222.

³³ Ibid. p. 223-237.

³⁴ Aqui compreendido como ferramenta por meio da qual o sujeito titular de um pretenso direito provoca a jurisdição e o sistema jurídico, para se posicionar sobre uma concepção particular do que significa ou até onde alcança esse direito pretendido por esse sujeito particular. Ex: alguém que vai a juízo na intenção de retirar uma matéria difamatória de circulação – compreensão sobre liberdade de expressão e de imprensa –, sob o fundamento de isso causar danos demasiados à sua personalidade.

³⁵ HABERLE, Peter. **La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional**. Granada: Biblioteca Comares de Ciência Jurídica, 2003. p. 255

³⁶ Ibid, p. 262

de compreensão do direito – direito internacional, tratados, experiências estrangeiras etc³⁷.

Mais do que direitos simplesmente positivados, direitos fundamentais ganham sentido e integram o Direito por meio de uma troca sistemática com as demais esferas não jurídicas da sociedade, possuindo valor e entendimento flutuante e dinâmico – nunca estático. Apesar de se traduzirem em valores jurídicos necessários para a existência da comunidade, eles também resultam das experiências e valores típicos de um determinado período social, de um pensamento comunitário e das cicatrizes de cada povo³⁸. Possuem duplo valor, um que traduz os interesses maiores de uma sociedade e outro que busca permitir aos homens que encontrem e atualizem valores sociais reforçadores da liberdade³⁹. Esse entendimento será indispensável no momento de explicar os redesiñios sociais experienciados nas últimas décadas e como eles possuem o potencial de remodelar o que o Estado entende por limites a determinados direitos fundamentais – como a liberdade de expressão.

A despeito das diferentes origens e das funções desempenhadas pelos direitos fundamentais em um Estado Constitucional, o assunto, desde as concepções mais enxutas, até as teorias mais extensivas apresentadas, parece convergir para uma questão essencial: a proteção de direitos mínimos e inalienáveis dos seres humanos, objetivamente entendido como a consecução de um estado de dignidade da pessoa humana.

Dignidade da pessoa humana delimita uma condição e um titular, respectivamente – dignidade e ser humano⁴⁰ –, mas, para além disso, estabelece uma relação condicionante entre esses dois elementos, de modo que “ser pessoa humana” é uma existência legatária de dignidade e, portanto, de direitos fundamentais. No âmbito do sentido, a relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais acaba por ser bivalve, no passo em que a segunda garante a primeira e a primeira tem seu sentido socialmente determinado pelo entendimento que cada ordenamento jurídico dá para a segunda – a eficácia dos direitos fundamentais garante que os sujeitos de direito tenham dignidade e são dotados de dignidade aqueles que fruem substancialmente de seus direitos fundamentais.

³⁷ Ibid, p. 267.

³⁸ Ibid, p. 43.

³⁹ Ibid, p. 30.

⁴⁰ MENDES, Gilmar; GONET, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p.130.

No caso do nosso constitucionalismo, direitos fundamentais, dentro da CF/88, são aqueles formalmente apresentados na constituição, em seu Título II, distribuídos pelos 78 incisos do art. 5º – em que as liberdades de expressão estão localizadas – até o art. 17º. A leitura do rol deixa patente a preocupação dos constituintes com a construção de um texto comprometido com a proteção dos sujeitos de direito e seu recrudescente esforço para se distanciar, ao máximo, de qualquer armadilha que autorize a repetição dos abusos de direito praticados no período imediatamente antecedente à sua promulgação.

Em seu preâmbulo, a Constituição de 1988 delimita seu objetivo geral de modo a “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”⁴¹. Posteriormente, em seu Título I, a Constituição Federal prescreve todos aqueles princípios considerados centrais à edificação de um Estado democrático, livre, solidário, justo, soberano, plural e absolutamente comprometido com a garantia de um valor humano de dignidade.

Por óbvio, o estudo não tem a pretensão de esgotar cada particularidade e cada interação sistemática de todos, ou até mesmo de outros direitos fundamentais, que não, especificamente, a liberdade de expressão. Até mesmo porque, trabalhar exclusivamente com a liberdade de expressão, já é trabalhar com um coletivo de direitos fundamentais.

Fato é: a liberdade de expressão é um direito fundamental positivado na Constituição Federal. Seu peso, seja da perspectiva da consecução da dignidade da pessoa humana ou da abordagem pluridimensional da matéria, dá-se, dentre outras maneiras, com base em valores alheios ao próprio Direito. Do contrário, o ponto de partida de todos os direitos fundamentais em conflito viria de uma posição equânime, da qual já se sabe que não existe, uma vez que o Supremo atua, desde 2009, com uma ideia de direito preferencial.

O posicionamento desses direitos como os valores e prerrogativas mais importantes do Estado e da condição humana foi uma construção histórica, na qual a liberdade de se manifestar e de informar desempenharam protagonismo no curso de todos os processos sociais e históricos da civilização humana. São esses valores e prerrogativas que garantem, viabilizam e por meio das quais são construídas todas as

⁴¹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

dinâmicas sociais de troca e revolvimento de ideias nas quais o homem está inserido⁴².

Os Títulos I e II da Constituição de 1988 estabelecem o piso axiológico no qual todo Estado Democrático de Direito brasileiro se edifica, tratando, respectivamente: (a) dos princípios pelos quais se orientam o Estado brasileiro; e (b) por meio de quais direitos estruturadores é possível a consecução de um Estado Democrático de Direito alinhado com a questão dos direitos do homem. Princípios e direitos estes, adjetivados como fundamentais, compreendidos como o conjunto de decisões políticas com os valores mais elevados dentro do Estado⁴³ e dos quais a livre manifestação faz parte.

Especificamente com relação à liberdade de expressão, a ordem constitucional brasileira traz a matéria, em seu Capítulo II, por meio do art. 5º e seus incisos, IV, V, IX, X e XIV.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)
 IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
 V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;(...)
 IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
 X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
 XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;[...]⁴⁴

Não há dúvida, então, que são direitos fundamentais a livre manifestação do pensamento, a expressão ativa e o direito de informar e ser informado, assim como não existem dúvidas de que também são direitos fundamentais o direito de resposta, a reparação por agravos e a personalidade. Ainda, da perspectiva normativa, a liberdade de expressão – em sentido *lato* – no Brasil não decorre apenas da sua positivação constitucional, mas também de uma interação sistemática entre o art. 5º e mais um capítulo da Constituição Federal, no caso, o capítulo que trata da comunicação social – arts. 220 a 224.

⁴² MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 14.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os Conceitos Fundamentais e a Construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 379.

⁴⁴ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Ao falar da “comunicação social”, a Constituição Federal é clara ao delimitar que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição.”⁴⁵. Em seu art. 220, delimita um dever de não intervenção, no passo em que também veda qualquer censura de natureza “política, ideológica e artística”, ilidindo que haja, por iniciativa infraconstitucional, qualquer lei que constitua embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV⁴⁶.

Todas as expressões supramencionadas são dotadas de significados próprios e serão abordadas com detalhamento ao avançar deste trabalho. Com fonte não apenas no diálogo constitucional, a garantia da liberdade de expressão também é consequência de uma série de tratados e compromissos globais adotados e incorporados pelo Estado brasileiro.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, foi o primeiro tratado a positivar de forma geral a matéria de direitos humanos mínimos, atrelados a valores de dignidade humana e também se prestou a tutelar, em seu artigo 19, a questão da liberdade de expressão. Segundo a declaração, “todo indivíduo tem o direito à liberdade de expressão e de opinião, o que implica no direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar receber e difundir, sem consideração de fronteira, informações e ideias por qualquer meio”⁴⁷, o que, dali em diante, pavimentou o caminho por meio do qual as doutrinas jus-filosóficas do mundo entenderam os direitos fundamentais.

Essa mesma liberdade fundamental também foi reiterada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, assinado pelo Brasil em 1992, no qual o nosso país firmou o compromisso de reconhecer que:

toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.^{48 49}

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. art. 19.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. 1966.

⁴⁹ Digno de nota que o parágrafo 3º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU indica que o direito à expressão implica em deveres de responsabilidade especiais e poderá ser sujeito a

No mesmo ano, 1992, o Brasil também ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que recebeu o aval pátrio para concordar com os princípios indicados no artigo 13 da convenção e trouxe que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.⁵⁰

Não apenas, como bem rememorado por Luís Roberto Barroso, com a CF/88 o conteúdo do texto constitucional passou a ser entendido como norma jurídica de fato e não apenas como convite político à construção suplementar das instituições e dos sistemas infraconstitucionais. Segundo o autor, os esforços constitucionais anteriores à CF/88 eram “meros repositórios de promessas vagas e exortações ao legislador infraconstitucional”⁵¹, no passo em que, na Constituição de 1988, especialmente em razão do disposto no §1º do art. 5º, as normas e princípios passaram a ter eficácia imediata garantida no nosso modelo de Estado Democrático de Direito.

Tem-se, então, que a liberdade de expressão é, de fato, dentro do Direito brasileiro, verdadeiro direito fundamental, uma vez que está positivada no texto constitucional e foi recepcionada por meio de tratados internacionais de hierarquia

certas restrições, caso se proponha a assegurar direitos e reputação das demais pessoas e a proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.

⁵⁰ PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. **Convenção Americana dos Direitos Humanos**. 1969. PGE/SP.

⁵¹ Ibid, p. 303.

análoga. Por derradeiro, desempenha papel central na realização da dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, a liberdade de expressão carrega consigo as peculiaridades estruturadoras de valor comum que se destinem a todo o gênero “direito fundamental”, como por exemplo: (a) a necessidade de satisfação de exigências humanas para a vida comunitária; (b) ser ajustadora da relação entre indivíduo e Estado; (c) promover equilíbrio entre grupos minoritários e majoritários.

Esse apontamento é de extrema importância para o desenvolvimento das proposições sugeridas pelo trabalho. Conforme antecipado, apresentou-se um problema no direito que pode ser setorizado em duas vertentes: 1) segundo a ementa da ADPF 130, a liberdade de expressão tem natureza de direito preferencial – o que naturalmente já lhe confere um tipo de blindagem especial quando colocada em confronto com demais direitos. Essa predileção, por sua vez, se comunica com a situação 2, que é o fato de o Direito brasileiro reservar três tutelas típicas para tentar combater ilícitos de expressão – direito de resposta; perdas e danos; tutelas inibitórias e de remoção do ilícito específicas. Esses dois marcos colidem.

Delimitar que, mesmo aos direitos de maior valor ao Estado Democrático de Direito, existem fundamentos de validade para sua perfeição é uma forma de sugerir, reflexamente, que o exercício de uma liberdade fundamental que contrarie seus fundamentos de existência talvez não deva ser mantido em um *status* de sobredireito, especialmente contra outros de mesma espécie.

A título de exemplo e estritamente para suscitar o debate quanto aos elementos justificadores de tamanho poder, genericamente conferido à liberdade de expressão acriticamente, seria razoável fazer prevalecer uma manifestação pública – liberdade de expressão –, que prejudique as exigências humanas para a vida comunitária ou desequilibre a relação entre grupos minoritários e majoritários ou que desajuste as relações entre indivíduos e o Estado? Ainda mais fundo na raiz legitimadora da liberdade de expressão, é razoável a proteção da liberdade de expressão, como direito preferencial, quando ela está na contramão da proteção e da consecução da dignidade da pessoa humana?

Essa análise de propósito do direito deixa, não apenas essas perguntas, mas também evidencia o problema do ementismo baseado em princípios extrajurídicos, em detrimento das análises técnicas dos elementos integradores das liberdades fundamentais. Qual a dimensão jurídica que merece um direito que não satisfaz suas

razões de existência? Em aparte às palavras de Luís Roberto Barroso, se princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados⁵², por que o cumprimento desses princípios não tem integrado a atividade jurisdicional nos conflitos entre direitos fundamentais com tanta força?

Ao decorrer do trabalho perceberemos que à liberdade de expressão é destinada uma série de fundamentos e objetivos precípuos que, sim, quando respeitados, justificariam a posição que vem sendo adotada pelo Supremo, no entanto, o que se observa é a evasão da apreciação dessas peculiaridades nos casos concretos – como se observará mais à frente.

1.2 PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS PRÓPRIOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No mesmo sentido trabalhado na última seção, se, de um panorama, a liberdade de expressão possui funções predeterminadas, relacionadas à sua natureza geral de direito fundamental, neste item buscaremos evidenciar que, para além dessas utilidades próprias de direito fundamental, a liberdade de expressão e de comunicação também possuem missões acessórias ao seu lícito e otimizado exercício. Além de presumidamente existir em benefício da consecução da dignidade da pessoa humana e demais funções tratadas anteriormente, a liberdade de expressão também serve aos princípios da pluralidade, da democracia, da república e da igualdade⁵³, dentre outros.

Como demonstrado até o momento, o exercício coerente da liberdade de expressão obedece – ou deveria obedecer – a função do seu gênero “direito fundamental”, em um compromisso natural para a proteção da dignidade da pessoa humana, “como instrumento de autodefinição e autodeterminação individual”⁵⁴. Não haveria como ser diferente, uma vez que, apenas por meio dessa liberdade geral é viável, não apenas que a sociedade vivencie trocas essenciais ao seu amadurecimento, como a circulação de tudo aquilo de paralelo que torna as pessoas, pessoas e, portanto, dotadas de dignidade humana.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada dos Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, 2004. p.4

⁵³ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 362-370.

⁵⁴ Ibid, p. 359.

Quanto a isso, Jónatas Machado traz uma série de princípios recorrentemente trabalhados no estudo da liberdade de expressão⁵⁵, no passo em que Márcio Schusterschitz Araújo setoriza alguns fundamentos que a liberdade de expressão e de comunicação deveriam cumprir⁵⁶ e que serão tratados na sequência.

Orientada pelo princípio da igualdade, a liberdade de expressão desempenha a missão de promover a igualdade entre sujeitos, especificamente relacionada a uma igualdade comunicacional que garanta a todas as pessoas o mesmo direito de ouvirem, serem ouvidas e nutrirem opiniões e as expressarem, sem que o Estado ou nenhuma outra forma de intervenção, institucional ou não, exerça poder, discriminação ou crie estrutura que desvele a liberdade, ao menos material, de se falar⁵⁷. Aqui, trata-se da garantia de que todos tenham o mesmo direito em potencial, de serem ouvidos e de serem informados, a despeito de algumas disparidades. Um bom exemplo disso é a neutralidade da rede, garantida por meio do Marco Civil da Internet⁵⁸, no ano de 2014, que proibiu a discriminação no fluxo de dados disponibilizados pelos provedores de internet aos usuários, garantindo isonomia entre qualquer usuário ao conteúdo *on-line* – direito de informação

A liberdade de expressão também se vincula ao princípio do pluralismo, diretamente relacionado às liberdades democráticas. Falar em pluralismo é falar em defesa à diversidade de ideias e dos pontos e contrapontos, dentro de uma sociedade que "exclui liminarmente soluções de tipo totalitário e integrista"⁵⁹. Da perspectiva do princípio pluralista, a liberdade de expressão deve ser avessa à utilização dos meios de comunicação para uma formatação social autoritária com o condão de obstar a utilização da comunicação social para articular ou se consolidar politicamente ou para consumir privilégio privado⁶⁰. É, essencialmente, o princípio da liberdade de expressão pelo qual ela preserva o diálogo democrático e que nos ambientes, principalmente de comunicação social, ideias diversas possam ser defendidas e ventiladas.

⁵⁵ Ibid, p. 359-370.

⁵⁶ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017. p.7-18.

⁵⁷ Ibid, p. 366.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**.

⁵⁹ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 367.

⁶⁰ Ibid, p. 367.

A liberdade de expressão também é percebida, tanto pelos autores mencionados, como pela Suprema Corte, como liberdade cervical à consecução dos princípios democrático e republicano⁶¹. Seguindo as considerações de Jónatas Machado, sem liberdade de expressão e de comunicação, torna-se impossível que as sociedades floresçam e efetuem as trocas necessárias ao amadurecimento pessoal do povo enquanto povo e da sociedade enquanto comunidade⁶². Na condição de direito edificante, a liberdade de expressão também protagoniza o desenvolvimento de todos os processos políticos e de produção de conhecimento inerentes à sociedade, visto que é por meio desta que a informação se propaga. Não apenas, ainda desempenha papel central na construção da individualidade e da intersubjetividade das pessoas, valores, princípios, moral e tradições de um determinado povo.

Como mencionado, além de um direito fundamental orientado por uma principiologia própria, Márcio Schusterschitz Araújo sugere também que a liberdade de expressão sirva a alguns fundamentos de validade que dialogam com as funções esperadas do hígido exercício dessa liberdade em um Estado Democrático de Direito. Apesar de ser uma sugestão metodológica, a separação proposta pelo autor é de extrema importância para avaliar a questão dos limites da expressão, em especial frente às hipóteses de ilícitos de expressão, sendo estes fundamentos: fundamento político; fundamento democrático cultural; fundamento da autonomia; e fundamento progressista⁶³.

Por fundamento político, entende-se a existência de uma missão para a liberdade de expressão justificada pela necessidade de publicização das ações do poder público e de controle social do Estado. O fundamento político da liberdade de expressão se ampara na premissa de que a ampla liberdade comunicacional é veículo pelo qual a sociedade recebe informação e desenvolve suas percepções políticas do mundo. Nesse processo de formação da crítica e da exposição da realidade política e pública, a liberdade de expressão serve ao efetivo exercício do controle social. De um lado, adere-se à missão de alertar a vigilância da população sobre o Estado e, do

⁶¹ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017, p. 25.

⁶² MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 14.

⁶³ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017. p. 7.

outro, viabiliza o amadurecimento de ideias e posições políticas inerentes ao próprio desenvolvimento político⁶⁴.

Como sintetizado por Jónatas Machado, ao remeter à teoria da justiça da liberdade de comunicação, a liberdade de expressão é o meio próprio pelo qual se obtém as condições materiais para a educação cívica e política dos cidadãos⁶⁵. É perceptível o papel edificante da liberdade de expressão e de comunicação como prerrogativas umbilicalmente relacionadas, não apenas à preservação de uma dignidade da pessoa humana – por ser direito fundamental –, mas também à construção de um modelo de Estado funcional, seguro e autovigilante.

Questão relevante, quanto a esse fundamento, diz respeito à dúvida se sua consequência prescinde da expressão da verdade. Se um veículo de comunicação, alegadamente atuando em benefício do controle social da política, que se valha de mentiras comprovadamente desmascaradas, poderia ser tratado como em cumprimento do fundamento político de sua liberdade comunicacional?

Doutrinariamente, faz sentido entender que o cumprimento do fundamento político passe por esse filtro, uma vez que a formação do pensamento político não deveria se orientar por mentiras. Em análise de bom senso, ao menos no que diz respeito às inverdades intencionais, a expressão da verdade precisa ser tratada como qualificadora, sob pena de se estar institucionalizando a relevância política da hipocrisia ou do cinismo. À liberdade de comunicação convém uma contrapartida condicionante para a aferição de sua função pública, a fim de garantir a perseguição ideal de um jornalismo cívico, resistente a pressões e irreduzível⁶⁶. Nesse sentido, talvez seja mais crucial à análise dos fundamentos da liberdade de expressão, não a aferição de seu cumprimento perfeito ou não – dado que equívocos ocorrem --, mas sim a hipótese da conduta ilícita ser ativamente em oposição à esses fundamentos.

Na sequência, existe o fundamento cultural. Esse fundamento delimita que o livre e desimpedido exercício da liberdade de expressão e de comunicação têm uma responsabilidade cultural acessória e deveria obedecer a alguns marcadores culturais de cada sociedade. Paralelamente, assim como o fundamento político, o fundamento cultural também cumpre papel de meio, pelo qual ocorre a construção da

⁶⁴ Ibid, p. 8

⁶⁵ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002 p. 175.

⁶⁶ Ibid, p. 175.

intersubjetividade do povo e, por conseguinte, dos traços culturais de um lugar. Tem-se a formatação de padrões de tolerância social, construção identitária, formulação de preferências, hábitos, gostos e, por derradeiro, opiniões, juízos e demais formas de ver o mundo⁶⁷. Por meio da garantia de se informar e construir convencimentos livremente, a sociedade é capaz de dialogar com si própria, reforçar ou mudar padrões e, por esse motivo, caberia ao exercício da liberdade de expressão um relativo respeito aos valores da cultura.

Diz-se “caberia” e “relativo” pois, rememorando os estudos de Peter Haberle sobre os direitos fundamentais, os marcadores culturais e os direitos fundamentais têm relação “bivalve”, no passo em que o exercício destes assegura a proteção daqueles, mas a alteração daqueles muda o sentido destes⁶⁸. No caso específico da liberdade de se expressar e de comunicar, é por meio destas que valores culturais são dispersados, mas é também por meio delas que os valores dissonantes ganham espaço a ponto de ressignificar marcadores da cultura e a ponto de alterar o objeto ao qual serve o fundamento cultural da liberdade de expressão.

Diferentemente do fundamento político, a questão do valor, aqui, é extremamente subjetiva. Como qualificar se um exercício da liberdade de expressão está ou não associado e em diálogo amistoso com a cultura?

Para aferir se um exercício da liberdade de expressão é feito em aversão à dialética cultural é preciso assumir uma perspectiva de máxima universalizável quase impossível de alcançar, como na hipótese de se encontrar um valor cultural estático e quase unanimemente reconhecido. Um valor que pode ser trazido como valor cultural homogêneo é, por exemplo, o repúdio ao Nazismo. Tomando como base que a aversão ao nazismo é um traço cultural homogêneo incorporado pelas sociedades pós segunda guerra, seria razoável pensar que um discurso feito nesse sentido, por mais que alegadamente protegido pela liberdade de expressão, não estaria exercendo a função cultural estruturadora dessa liberdade.

Quanto a isso, vale um breve destaque para a posição levantada pelo ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF 130 ao delimitar que “a incitação ao ódio

⁶⁷ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017. p. 12

⁶⁸ HABERLE, Peter. **La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional**. Granada: Biblioteca Comares de Ciência Jurídica, 2003, p.236.

público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão⁶⁹.

Extrapolando a noção dos marcadores culturais homogêneos, é razoável entender o fundamento cultural, também, como uma espécie de fundamento de licitude e legalidade. Se uma sociedade organizada, especialmente em um Estado Democrático de Direito, por meio do legislativo, traduz e incorpora no ordenamento jurídico valores que seriam prevaletentes e caros ao Estado, a comunicação exercida em afinção com a lei poderia, para fins objetivos, muito bem ser entendida como uma expressão atenta ao seu fundamento cultural. A legalidade, por si só, é um marcador, ao menos num Estado democrático, de quais valores sociais são e não são caros à cultura de um povo e pode ser objetivamente utilizada como termômetro.

Outro dos fundamentos sugeridos por Araújo é o fundamento da autonomia, que trata da preservação e segurança da autonomia dos sujeitos, para construírem suas opiniões e tecer suas subjetividades de forma livre. É o fundamento pelo qual se deve respeitar as expressões individuais de cada pessoa e por meio do qual as pessoas podem exercer as suas mais diversas liberdades dentro do conjunto da liberdade de se expressar⁷⁰ – informar, ser informado, criar, formar opinião. Nas palavras de Araújo, “a importância da expressão para a autonomia deve ser radical o suficiente para distinguir a autonomia como condição da liberdade de expressão, para além da liberdade em geral⁷¹”.

Diferente dos demais, aqui, o fundamento da autonomia remete à condição individual das pessoas, mas também é aquele que garante às pessoas o direito de externalizar o que, tipicamente e sem a liberdade de expressão, seriam apenas ideias e sentimentos -- “destacando a importância da expressão para a condição individual, sua realização e identificação⁷²”. Um exemplo disso seria a expressão artística em que um sujeito, por meio da liberdade de expressão e seu fundamento de autonomia pode veicular amplamente algo que é da sua expressão mais pessoal.

Levar para a fundamentação jurídica o descumprimento ou não do fundamento da autonomia, em primeira análise, parece tarefa quase impossível ou apócrifa, visto que a todo momento em que alguém manifesta qualquer coisa ela está em exercício

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130**. Rel. Min. Carlos Britto, Brasília/DF, abr. 2008. p. 15.

⁷⁰ Ibid, p.14.

⁷¹ Ibid, p. 14.

⁷² Ibid, p. 14.

de sua autonomia e, portanto, devidamente protegida pela liberdade de expressão. Ocorre que isso não é uma constante. Segundo um estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), que analisou os debates políticos e as interações *on-line* entre “pessoas” na internet, cerca de 20% dos debates políticos *on-line* da rede são movimentados por robôs⁷³. Ao que parece, a automatização das relações e a incorporação das redes sociais na vida das pessoas permitiu que nem todas as manifestações de “expressão” ou subjetividade na internet sejam expressões “de alguém”. Isso frustra frontalmente o fundamento da autonomia e poderia servir de justificativa, por exemplo, para a remoção de “expressões” que não sejam de pessoas reais. Nesse cenário, poderia ser pertinente a exclusão de um conteúdo, possivelmente atentatório quando este não pertencer a ninguém real.

O quarto e último fundamento da liberdade de expressão proposto pelo autor é o fundamento progressista e se relaciona à importância da livre expressão na evolução das dinâmicas da sociedade, na ampliação de conhecimentos e no aperfeiçoamento científico dos povos. É o fundamento que sustenta o direito à circulação livre de ideias, patrocina a evolução social ou, como o nome sugere, o progresso de ideias científicas, desenvolvimentistas e inovadoras⁷⁴. A possibilidade de se expressar, mas, mais ainda de informar e de ser informado, sem ressalvas e restrições prévias, é o motor pelo qual a ciência evolui e a sociedade se aperfeiçoa. Hoje, em um contexto de fronteiras de conhecimento quase inexistentes em que as trocas intercontinentais de conhecimento acontecem sem embargo e com casuais pedágios, o fundamento progressista se mostra ainda mais presente na garantia da liberdade de expressão. Conseqüência, o desserviço a este fundamento seria acarretado de desnaturação do amplo e irrestrito direito à livre expressão.

É controverso pensar na hipótese de limitar a liberdade de expressão com base em declarações “tolas”, mas a negativa do fundamento do progresso não se pauta pelo raso. Em um exercício de tese e contra tese, cumprir com o fundamento progressista é agregar na evolução científica e técnica de uma sociedade. Contudo, seu descumprimento se consuma em manifestações que sejam objetivamente desagregadoras, anticientíficas, teratológicas ou obscurantistas. Um exemplo que

⁷³ RUEDIGER, M. A. (Coord.). **Robôs, redes sociais e política no Brasil: casos de interferências ilegítimas no debate público por automação de perfis** [Caderno de referência] .Vol. 2. Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2018.

⁷⁴ *Ibid*, p.18.

podemos pontuar é a questão dos movimentos antivacina e o risco à saúde pública que isso implica. Uma pesquisa publicada pelo Acervo Científico denuncia a iminência do mundo voltar a viver com epidemias de doenças que já haviam sido erradicadas. Segundo o levantamento, casos como o de Sarampo estão em severo crescimento nos EUA, em especial por conta de um forte e crescente movimento alimentado na internet, que desacredita na eficácia da vacinação para o controle de doenças e ainda atribui às vacinas a responsabilidade por morte de crianças e de “desenvolvimento de autismo” em pessoas vacinadas⁷⁵.

Não existe nada eminentemente ilícito em pensar que vacinas não funcionam, a despeito de todas as comprovações científicas. É apenas estúpido e, até então, respeitável pelo fundamento da autonomia. O cenário muda quando o discurso obscurantista se dá como meio de conversão e decomposição expressa de avanços sociais, às vezes ao ponto de colocar em risco a vida de milhares ou milhões de pessoas. A fala de autoridade que sugere que uma vacina para o combate à pandemia pode “transformar a pessoa vacinada em jacaré”⁷⁶ ou que desestimula a prática de protocolos sanitários de saúde indispensáveis, do ponto de vista da autonomia, pode até sustentar o pensamento absolutamente ignorante de quem pensa, mas é indefensável do ponto de vista do fundamento progressista, quando é transmitida para as outras pessoas por uma autoridade e trabalha na desagregação de consensos científicos.

Todos os fundamentos supramencionados possuem correlação direta com o princípio democrático e ainda asseguram e desenvolvem ferramentas para, por meio do desinibido exercício da liberdade de expressão, preservar direitos e garantias fundamentais, proteger e fomentar traços culturais, sociais e identitários. Esses fundamentos não esgotam a matéria da composição dos direitos de expressão, mas sugerem uma linha condutora pertinente para a análise do valor atribuído a esse grupo de direitos fundamentais. Por óbvio, tampouco sugere-se que esses fundamentos sejam tratados como pré-requisitos para conceder a um indivíduo sua liberdade de fala, pensamento e expressão, mas sim que o descumprimento ativo deles possa ser usado como fundamento nas hipóteses de ponderação entre princípios conflitantes

⁷⁵ CARDOSO, Vivian et. al. Vacinas e movimentos anti vacinação: origens e consequências. **Revista Eletrônica Acervo Científico**. 2021.

⁷⁶ ISTO É. **Bolsonaro sobre vacina da Pfizer: ‘Se você virar um jacaré, é problema seu’**. São Paulo. 19 de dez. de 2020.

que envolvem ilícitos nascidos na expressão. A regra sempre será a liberdade e os fundamentos são os meios pelos quais se pode justificar os casos de exceção.

Se, em uma situação hipotética, uma postagem *on-line* se espalha ferindo a honra de uma pessoa, antes de se aplicar o predicado: “a liberdade de expressão é direito preferencial, portanto defira-se resposta e compensação pecuniária”, talvez seja interessante trazer ao âmbito do debate jurídico se a declaração está sendo replicada por pessoas de verdade; se o conteúdo da declaração atenta contra a lei ou valores culturais; se essa manifestação contradiz fatos comprovados; ou se ela ataca as instituições ou a república de alguma forma. Por meio desse juízo objetivo, talvez se demonstre mais pertinente à satisfação do direito, uma tutela que exclui o conteúdo ofensivo e preserva o ofendido, do que uma compensação por perdas e danos ou um processamento criminal. Caberia tratar a liberdade de expressão, não enquanto liberdade constitucional, mas sim no contexto de um caso concreto, como direito preferencial quando ela ofende seus próprios fundamentos de validade e princípios?

Além de apresentar sua proposta de fundamentos de existência intrínsecos à liberdade de opinião, Márcio Schusterschitz Araújo também faz remissão a um valor da liberdade de expressão que, assim como em parte da doutrina e no Supremo, elevou-lhe ao *status* de direito preferencial. Com base em um fundamento sistemático que ele chama de fundamento “basilar”, o autor explica que a liberdade de expressão também cumpre função de sustentação para o livre exercício de diversos outros direitos fundamentais⁷⁷. Nas palavras do autor, “apesar de sua tendência para competir com outros interesses, a liberdade de expressão tem também fundamento essencialmente basilar, de condutor de outros direitos e outras liberdades, ou de estruturante para institutos diversos⁷⁸”.

Por se tratar de garantia por meio da qual as pessoas exercem suas individualidades, a liberdade de se expressar acaba sendo o meio pelo qual se garante: a personalidade, o direito de ir e vir, a liberdade profissional, o amadurecimento do regime democrático por meio da informação, a fiscalização do Estado, em mais um rol virtualmente inesgotável de possibilidades. O valor elevado e até mesmo diferenciado da liberdade de expressão é notório, mas não seria essa mesma lógica aplicável a outros direitos fundamentais que também são basilares? A personalidade, por exemplo, se removida ou suprimida não sustaria projetos de vida

⁷⁷ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017, p.33

⁷⁸ *Ibid*, p.34.

e qualquer outra realização individual? Limitar o acesso à jurisdição, dentro das liberdades positivadas no sistema legal, por exemplo, não seria aleijar uma garantia fundamental que, em sua função precípua, é a garantidora de todas as demais garantias?

Apesar de ser integrado por um conjunto aberto e não taxativo de direitos vinculados à expressão, sem adentrar nas particularidades de cada um deles e já havendo a distinção que cabia entre liberdade de expressão e liberdade de comunicação, é possível triar a existência de uma principiologia comum a todos os direitos de expressão e um rol subsidiário de fundamentos que lhes legitimam.

Em nenhuma linha do presente estudo serão ventiladas hipóteses para se perceber a liberdade de expressão como um direito menor. A importância da liberdade de discurso, de acessar informações, de divulgar, produzir é, de fato, incalculável ao Direito e imensurável no leque de garantias mais caras às pessoas e à sociedade. A despeito disso, de uma perspectiva técnica, voltada para elementos jusfilosóficos e principiológicos do direito, a liberdade de expressão é tão direito fundamental quanto diversos outros já mencionados até o momento.

1.3 A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

Dentro do conjunto das liberdades de expressão, reside o subconjunto das liberdades de comunicação, sintetizadas, até o momento, como liberdades de expressão de natureza ativa, nas quais se inserem o direito de informar, publicar, se manifestar abertamente e, na mais tradicional de suas concepções, liberdade de imprensa. Em sua natureza ativa, pautada nas trocas essencialmente informacionais, a liberdade de comunicação concentra todas as declinações de direitos fundamentais que podem ser derivados ou extraídos do binômio: “liberdade de informar e de ser informado”, também podendo ser tratada como a liberdade de expressão em sentido útil⁷⁹.

Por adereçar objetivamente a liberdade de imprensa e de produção jornalística, o estudo da liberdade de comunicação carrega todos os estigmas, considerações e preocupações históricas que foram nutridas sobre o dever de responsabilidade e o papel social da mídia e dos informadores de massa. Ter isso em

⁷⁹ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 474.

mente é importante, visto que a construção do conteúdo nuclear de um direito fundamental, seu peso, valor e até mesmo âmbito de proteção transitam pela formatação de sentido de natureza cultural, sociológica e multissistêmica, já abordada neste trabalho⁸⁰.

O estudo que se dedica a entender os limites técnicos da liberdade de expressão para entender o cabimento jurídico e social de medidas como, por exemplo, tutelas inibitórias e de remoção do ilícito, também precisa abordar a questão dos limites da liberdade de comunicação. Por mais que o fato condutor do presente trabalho seja o comportamento das informações na rede e a resignificação da figura do informador na sociedade, é importante destacar que a preocupação com os limites e com os perigos de uma comunicação de massa irrestrita remontam períodos imemoriais. Em toda história da humanidade, quem monopolizou a palavra esteve em posse de um poder central em qualquer sociedade. Ruy Barbosa, um dos maiores sociólogos políticos e acadêmicos da história nacional, dois séculos atrás já registrava publicamente suas preocupações com o que sofreria a sociedade frente uma imprensa irrestrita e possivelmente corrupta.

Entre as sociedades modernas, esse grande aparelho de elaboração e depuração reside na publicidade organizada, universal e perene: a imprensa. Eliminaí-a da economia desses seres morais, eliminaí-a, ou envenenai-a, e será como se obstruísseis as vias respiratórias a um vivente, o pusésseis no vazio, ou o condenásseis à inspiração de gases letais. Tais são os que uma imprensa corrupta ministra aos espíritos, que lhe respiram as exalações perniciosas. Um país de imprensa degenerada ou degenerescente é, portanto, um país cego e um país miasmado, um país de ideias falsas e sentimentos pervertidos, um país, que, explorado na sua consciência, não poderá lutar com os vícios, que lhe exploram as instituições.⁸¹

Não por acaso, nas próprias palavras do autor, “nada é mais útil às nações do que a imprensa na lisura de sua missão, mas também nada é mais nefasto do que ela mesma, na transposição de seu papel”⁸².

Muito antes, na história do Brasil, o primeiro registro institucional de apreensão com a imprensa e com a comunicação social trazia, sob a assinatura de Dom Pedro II, a afirmação de que “a liberdade da imprensa é um dos mais firmes sustentáculos

⁸⁰ HABERLE, Peter. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Granada: Biblioteca Comares de Ciência Jurídica, 2003. p. 220

⁸¹ BARBOSA, Ruy. *A Imprensa e o dever da verdade*. V. 272. Brasília: Senado Federal, 2019, p. 36-39

⁸² *Ibid*, p. 39

dos Governos Constitucionaes, tambem o abuso della os leva ao abysmo da guerra civil, e da anarchia”⁸³.

A última “Lei de Imprensa” do país é datada de 1967, subtraída de sua influência, sistematicamente, em 1988, pela Constituição Federal e expressamente, em 2009, com o julgamento da ADPF 130. Desde então, na legislação, o único dispositivo legal existente no ordenamento jurídico, diretamente estruturado para impor algum tipo de restrição à comunicação social é a Lei do Direito de Resposta, promulgada em 2015, regulamentando, especificamente, o direito constitucional de resposta ao agravo contra determinadas manifestações da imprensa.

Essa digressão serve para ilustrar que, historicamente, sempre que a comunicação social evolui, o Estado e, portanto, o Direito, organiza-se para acompanhar o objeto da evolução. Ocorre que, as revoluções comunicacionais que antes aconteciam a cada punhado de décadas – como os quase 30 anos que separaram a televisão do rádio –, hoje se dão em questão de poucos anos.

Com a incorporação das plataformas *on-line* e a migração da vida para os ambientes digitais, a ideia tradicional de imprensa toma outro formato, uma vez que, objetivamente, hoje, qualquer pessoa conectada à rede não desempenha apenas papel passivo de receptor de informação, mas também atua, favorece e impulsiona o papel de comunicador, seja ativamente ou passivamente com a alimentação dos algoritmos⁸⁴. Pedro Frederico Caldas, ao pensar sobre o que representa “mídia” nos dias de hoje, conclui acertadamente que é mais pertinente ao direito e à sociedade entender a “Imprensa” em uma acepção ampla, que abraça todo e quaisquer meios de divulgação de informação ao público do que apenas os agentes da imprensa tradicional⁸⁵.

Aos jornalistas, empresas de comunicação e mídia e demais comunicadores – tratados aqui de forma mais genérica, dada a proeminência crescente dos influenciadores digitais – é reconhecido um direito subjacente fundamental de informar, corolário da função democrática da informação mas, conforme destaca José Afonso da Silva, “sobre ele incide o dever de informar à coletividade tais

⁸³ BRASIL. **Decreto de 22 de novembro de 1823**. Manda executar provisoriamente o projecto de lei da Assembléa Constituinte sobre liberdade de imprensa.

⁸⁴ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017, p.45.

⁸⁵ CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 200.

acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original; do contrário, se terá não informação, mas deformação”⁸⁶.

Jónatas Machado apresenta como deveres laterais ao exercício da liberdade de comunicação os compromissos de atuar em coerência com a igualdade, imparcialidade, justiça (*fairness*) e reciprocidade⁸⁷. Edilson Farias, por sua vez, complementa esse rol trazendo o elemento da transcendência pública, como parte integrante do âmbito de proteção de um ativo e pretensão exercício de imprensa e mídia⁸⁸. Não somente, uma vez que a liberdade de comunicação pode ser entendida como subconjunto concêntrico ao super conceito: liberdade de imprensa, a ela se aderem, os fundamentos progressistas, publicistas, culturais e democráticos – típicos da liberdade de expressão – e, também, seus próprios elementos como a universalidade, imparcialidade, contraditório e paridade de armas⁸⁹. E não poderia ser diferente.

As propostas de fios condutores para a liberdade de imprensa apresentados supra, por sua vez, estão muito bem traduzidos e sintetizados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e são devidamente trabalhados por Bruno Miragem, restando doutrinária e jurisprudencialmente separados como: o dever de cuidado, o dever de pertinência pública e, principalmente, o dever de verdade⁹⁰. Este último é nuclear à liberdade de imprensa e de comunicação e talvez hoje seja mais valioso do que nunca, uma vez que vem sendo flagrantemente ignorado em prol de um pretensão direito ao dizer livre descomprometido em absoluto com o objetivo de informar, que corou a problemática das *fake news* na mídia⁹¹.

O dever de cuidado é aquele que se impõe como um dever lateral de prudência, diligência e responsabilidade do exercício de informar e de desempenhar uma liberdade de expressão ativa. É dever que consagra a indispensabilidade de que o exercício da liberdade comunicacional se dê em atenção a uma série de provimentos,

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 246.

⁸⁷ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 392

⁸⁸ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação**: Teoria e proteção constitucional. 2001. Tese (Programa de Pós Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. p.73.

⁸⁹ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 391.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 896.635/MT**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília/DF. mar. 2008.

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. Liberdade de imprensa e proteção da personalidade no direito brasileiro: perspectiva atual e visão de futuro. **Revista Forense**. 2021.

como por exemplo: a atenção minuciosa às diversas versões de um mesmo fato; à ausência de juízo de valor prévio ou de condução parcial ou passional da narrativa e a ponderação responsável dos efeitos que a opção por divulgar ou não determinada narrativa podem causar às partes envolvidas⁹². É um dever preparatório que dialoga bastante com noções de boa-fé e tem o condão, justamente, de caso cumprido com responsabilidade, elidir pretensões supressivas da veiculação. Quando a atividade de imprensa é realizada com responsabilidade, buscando as fontes com garantias mínimas e ponderando a “utilidade vs. Impacto” pessoal da notícia, além de isso aperfeiçoar a qualidade da atividade informativa, fortalece esta contra eventuais necessidades de controle.

Se de um lado o dever de cuidado delimita os atos preparatórios e os deveres prévios das ações comunicacionais, quando exercido *a posteriori* também é aquele que impõe e justifica o dever de retificação, retratação e, até mesmo, de “autocensura” e supressão espontânea de fatos desproporcionalmente danosos ou perigosos à sociedade ou aos protagonistas das notícias. O mesmo instrumento de dever que trabalha para impedir a mancha pelo ilícito de expressão é aquele que moralmente demanda do informante a reparação ou a retirada de circulação de notícias falsas.

O dever de veracidade, por sua vez, trata daquilo que, idealmente, deveria ser o objeto central da liberdade de comunicação: a transmissão de fatos e informações verídicas. Não por acaso, dentre as elementares destinadas às liberdades jornalísticas e à comunicação social do art. 220 da Constituição Federal, consta a proteção da comunicação, vinculada a uma expressão com propósito determinado e significado determinado: informação.

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

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.⁹³

O ato de informar, por sua vez, demanda o aspecto da verdade, do contrário se converteria em ato de desinformar⁹⁴. Nesse mesmo sentido, a própria liberdade de

⁹² Ibid.

⁹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.331.098/GO.** Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília/DF. out. 2013.

crítica, por mais que possua independência quanto à formação de opinião e de concepções pessoais, também se prende a um esforço apriorístico de interpretação de fatos que devem ter um compromisso com o filtro da verdade.

A questão é um desdobramento sistematicamente lógico, uma vez que não existe, no ordenamento jurídico e social, uma resguarda de direito à prática da mentira e o próprio sistema que trata da comunicação social e da imprensa – livre dentro de suas limitações – impõe o direito reflexo à resposta e à correção de agravos vindos de publicações inverídicas. Dentro da esfera penal e processual penal, no capítulo que trata dos crimes contra a honra, está disposta a defesa do acusado de abuso na liberdade de informar e de se expressar, com base no escudo da exceção da verdade. Para a legislação penal, é isento da prática de pretensão ilícita capaz de lesar a honra aquele que apenas comunica a verdade comprovada dos fatos.

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.⁹⁵

Isso, por óbvio, não impõe licitude absoluta à veiculação de qualquer fato comprovadamente verdadeiro. A ilicitude aqui se afasta daquilo que trata da essência do fato comunicado e certamente não afasta o caráter ilegal de fatos noticiados em rompimento de outras garantias pessoais, como por exemplo, o direito à intimidade, à honra e demais aspectos da personalidade.

O dever de verdade, no âmbito da liberdade de comunicação e, em especial, no exercício da atividade de imprensa, não possui caráter autônomo e precisa estar

⁹⁵ BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de dezembro de 1940. Código Penal.

relacionado a outros deveres anexos – cuidado, pertinência, boa-fé, imparcialidade, ética etc⁹⁶.

Decerto, a verificação da veracidade das informações é desejável, tanto quanto possível, anteriormente à sua propagação, justamente para evitar que haja danos a terceiros, como na hipótese da imputação leviana de condutas ilícitas ou imorais a outrem.

Contudo, na sociedade contemporânea, em que a imediatividade das relações é a marca – o que contamina inclusive, e infelizmente, a mídia – nem sempre é possível que a investigação completa de um fato preceda sua publicização. Por vezes, é no curso de reportagens que se chega à verdade, inclusive mediante agregação de informações vindas de fontes novas, obtidas graças à publicação da matéria.⁹⁷

Isso de modo algum limita o exercício da liberdade de comunicação que se comprometa ativamente com a busca da verdade e com a divulgação proba daquilo que seja hígido e digno. À imprensa cabe um cuidado redobrado em seus deveres laterais de verdade, cuidado e pertinência⁹⁸.

Por fim, existe a necessidade de cumprimento do “dever de pertinência”, que se relaciona à utilidade intrínseca da liberdade de comunicação para informar e publicizar assuntos de interesse social, tradicionalmente relacionados a pessoas célebres – reconhecidas em razão de esforço notório ou alcance da fama – e pessoas públicas – que desempenham funções públicas e políticas de interesse social⁹⁹. Dever de pertinência é atrelado a um questionamento sempre de cunho social: é desejável – pertinente – que essa informação seja divulgada?

Por óbvio, nesse contexto, não se pode revestir de toda sorte de subjetividades. O que é desejável para um não é para outro e esses dissensos caminham por todo o espectro: do fútil ao essencial. O dever tratado aqui, assim como a verdade, deve ser encarado de forma sistemática, com base no caráter do agente e no escopo da informação, em que se tente construir um equilíbrio ideal entre: o que as pessoas precisam saber e os danos que essa necessidade acarreta. Quão mais um, menos o outro.

⁹⁶ MIRAGEM, Bruno. Liberdade de imprensa e proteção da personalidade no direito brasileiro: perspectiva atual e visão de futuro. **Revista Forense**. 2021.

⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 28.747/PR**. Relator: Alexandre de Moraes. 05 jun. 2018. p. 19.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.576.988/PR**. Diário de Justiça. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília/DF. 2015, p. 5.

⁹⁹ MIRAGEM, Bruno. Liberdade de imprensa e proteção da personalidade no direito brasileiro: perspectiva atual e visão de futuro. **Revista Forense**. 2021.

Lima Sobrinho também tece algumas observações com relação ao direito comunicacional à informação no qual entende que as infrações ao direito de informação devem ser vinculadas a ponderações que levem em consideração: a *ratione personae*, pela qual se aprecia os limites da vida privada como a honra e demais liberdades subjetivas em jogo; a *ratione republicae*, que abrange os interesses de proteção do Estado, como a segurança, proteção aos valores da República paz e ordem; a *ratione gentium*, pela qual pondera os efeitos da informação, diante do disposto em pactos internacionais; a *ratione materiae*, que avalia a natureza ou qualidade do que foi escrito; a *ratione auctoris*, que avalia o cumprimento do dever de verdade e dos princípios de boa-fé e por fim, a *ratione lectoris*, que avalia o grau de interferência dos próprios autores no valor naquela notícia que estaria sendo noticiada¹⁰⁰.

Externo à esfera normativa, outro elemento que corrobora a noção de uma responsabilidade acentuada no exercício da liberdade de comunicação, em comparação às liberdades de expressão passivas, é a existência de um extenso código de ética no qual o jornalismo deveria se embasar para desenvolver suas atribuições. Apesar de ser fonte infralegal, os ditames éticos que sustentam a liberdade de imprensa e de comunicação determinam uma série de compromissos profissionais para que se garanta que a atividade jornalística, em seu exercício pleno, seja de fato jornalística e informativa¹⁰¹. É um direito que, antes do “ser”, carrega um “dever ser” que lhe dá sentido real ou plenitude, justamente em razão da sua potencialidade *sui generis* para influenciar e modelar a sociedade. Sobre esse ponto, o relator da ADPF 130, ministro Britto, destaca:

18. Sequencial imediatamente o raciocínio: a modalidade de comunicação que a imprensa exprime não se dirige a essa ou aquela determinada pessoa, nem mesmo a esse ou aquele particularizado grupo, mas ao público em geral. Ao maior número possível de pessoas humanas. Com o que a imprensa passa a se revestir da característica central de instância de comunicação de massa, de sorte a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Opinião pública ou modo coletivo de pensar e sentir acerca de fatos, circunstâncias, episódios, causas, temas, relações que a dinamicidade da vida faz emergir como respeitantes à coletividade mesma. Incumbindo à imprensa o direito e ao mesmo tempo o dever de sempre se postar como o olhar mais atento ou o foco mais aceso sobre o dia-a-dia do Estado e da sociedade civil. O que enseja a tomada de posições, a feitura de escolhas e a assunção de condutas igualmente

¹⁰⁰ LIMA SOBRINHO, Barbosa. Direito de informação. **Revista de Informação Legislativa**, n. 67, Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, Julho- setembro 1980, p. 182-183.

¹⁰¹ BRASIL. **Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros**. FENAJ. 2014.

massivas, que são direitos elementares de todo grupamento humano o agir e o reagir como conjunto mesmo. Donde a imprensa, matriz por excelência da opinião pública, rivalizar com o próprio Estado nesse tipo de interação de máxima abrangência pessoal.¹⁰²

Digno de nota mais um elemento inerente à liberdade de comunicação indicada na própria Constituição, que é a proibição do anonimato – art. 5º, IV da Constituição Federal de 1988. A lógica sistemática não precisa ir longe no passo em que, se existe um direito subjetivo à reparação de agravos, é necessário que se garanta ao ofendido saber quem lhe ofendeu. A questão de destaque, nesse momento, para essa elementar da comunicação será relevante quando o trabalho adentrar nas novas características da comunicação, para mostrar que, especialmente no ambiente da internet, o anonimato muitas vezes é regra, o que subverte a dinâmica da livre expressão.

Posto isso, tanto de um prisma doutrinário quanto jurisprudencial, a liberdade comunicacional, em especial a liberdade de imprensa, para além de ser direito fundamental com elementares próprias de seu gênero – liberdade de expressão – também subordina-se a valores e princípios típicos de suas espécie – liberdade comunicacional –, que também precisam ser apreciados no momento de ponderar a respeito de sua prevalência, ou não, em demais conflitos que envolvam a liberdade de expressão frente aos demais direitos.

1.4 VEDAÇÃO À CENSURA E LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Partindo da perspectiva de que nenhum direito é absoluto, é preciso compreender que até mesmo a liberdade de expressão, em algum momento, será passível de controle. Ocorre que, especialmente no que tange à demanda por controle de exposição da opinião, a doutrina e a jurisprudência são muito aguerridas, especialmente em razão de um princípio disposto na Constituição Federal, tratado neste tópico, que é a vedação à censura.

Censura, pelo que consta dicionarizado na língua portuguesa, é o ato ou efeito de censurar¹⁰³, que, por sua vez, consiste em proibir a apresentação, divulgação ou publicação de algo, com base em valores diversos – religião, moral, ideologia etc¹⁰⁴.

¹⁰² Ibid, p. 24.

¹⁰³ CENSURA *in*: MICHAELIS dicionário brasileiro da língua portuguesa.

¹⁰⁴ Ibid.

O significado aberto de censura para o português, infelizmente, acaba incorporando à expressão um valor semântico que não necessariamente corresponde ao que o Direito, a doutrina e, em especial, a Constituição compreendem da expressão. Sem essa distinção prévia do que significa censurar para o Direito, é impossível avaliar em quais termos e sob quais circunstâncias o princípio da incensurabilidade opera.

Apesar da Constituição possuir dispositivo expresso para proibir a prática de censura, é patente que a carta maior não entrega esse significado jurídico expressamente. Por conta disso, debates e conflitos profundos se dão para delimitar, até que ponto e em quais situações restringir ou controlar a expressão deixa de ser mero ato regulatório e passa a ser ato censor.

Limites – em especial institucionais – à liberdade de expressão sempre existiram na história e no constitucionalismo brasileiro. Restringir, afinal de contas, é consequência lógica da existência de uma liberdade não absoluta – tal qual a de expressão. Quanto a isso, pontua o ministro Gilmar Ferreira Mendes que:

É inegável que, no atual ritmo das discussões sobre a constitucionalidade dos diversos dispositivos que são objeto desta ação, outra questão mais ampla se impõe: a de saber se o art. 220 da Constituição, com sua redação literal aparentemente indicativa de uma liberdade de imprensa praticamente absoluta, admite conformações e restrições legislativas; ou, em outros termos, se o significado constitucional da liberdade de imprensa é compatível com uma lei específica reguladora de aspectos diversos da atividade, das funções e da responsabilidade (civil e penal) dos comunicadores em geral no Brasil.¹⁰⁵

Dentro de sua acepção restrita, como expõe Jónatas Machado, “censura” é representada pelas modalidades de controle anteriores à expressão, chamadas de “censura prévia”. Aqui, censurar diz respeito, especificamente, a uma empreitada estatal direta ou transversa, que busque impedir a manifestação de alguma opinião, publicação, fala, ou demais condutas comunicativas, antes que elas ocorram. É o ato de impedir que uma informação chegue a público ou alcance as pessoas de algum modo¹⁰⁶. A expressão “censura prévia”, por sua vez, também é dicionarizada como vocábulo jurídico que consiste no “exame antecipado, de caráter proibitivo, que o

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130**. Rel. Min. Carlos Britto, Brasília/DF, abr. 2008. p. 130.

¹⁰⁶ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 490.

Estado faz em obras, geralmente de cunho artístico, a fim de proibir suas apresentações”¹⁰⁷.

Para Márcio Schusterschitz da Silva Araújo, no mesmo sentido, censura se delimita pela restrição anterior da informação, exercida de maneira forçada, que impeça a publicação ou sua existência para além do sujeito que pretende se expressar e que esteja interessado na tutela do conteúdo da expressão¹⁰⁸. Nesse sentido, parece, em um primeiro momento, incontroverso que o controle prévio da expressão é e deve ser entendido, invariavelmente, como censura para os fins da Lei, mas a questão vai além.

O conflito surge no passo em que, como bem delineado por Jónatas Machado, os debates sobre a capacidade censora do Estado se fixam em uma corrente mais liberal da doutrina, que passa a trabalhar com a ideia de “censura em sentido amplo”. Como apresentado pelo autor, existiria uma segunda modalidade de censura que não estaria presa à ideia de controle prévio da livre manifestação, mas sim posterior. Dentro dessa corrente de pensamento, exercer censura significa controlar de qualquer forma a livre manifestação, mesmo que por meio de medidas *ex post facto*, como “a condenação a uma sanção penal, civil ou de mera ordenação social, ocorrida em um momento previsível e posterior à comunicação”¹⁰⁹.

Para essa corrente, prender um jornalista que comete ilícito de expressão, com base no processo penal; conceder uma tutela inibitória para suspender uma publicação difamatória e injusta; deferir pedido de remoção de conteúdo com base no direito ao esquecimento; ou, até mesmo, condenar um comunicador a compensar um sujeito lesado, em perdas e danos, observando a natureza punitiva dos danos morais, seriam atos tipicamente censórios. Com o devido aparte a essa linha doutrinária, Machado rememora que, apesar de “atos censores”, uma vez que, de fato, buscam coibir de alguma forma a expressão ativa, esses recursos *ex post facto* não estariam submetidos ao princípio da proibição da censura, mas sim ao regime de reservas legais de restrição.

Araújo comunga desse entendimento, ao postular que as duas únicas alternativas à censura seriam: (a) a liberdade de expressão absoluta, maculada pelo

¹⁰⁷ CENSURA *in*: MICHAELIS dicionário brasileiro da língua portuguesa.

¹⁰⁸ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017, 205 64

¹⁰⁹ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, P. 4942

defeito de ser leniente com todo e qualquer abuso de direito relacionado à expressão, independentemente de seu caráter destrutivo – posição afastada pelo Supremo, ao afirmar que não existem direitos absolutos; ou (b) um sistema de responsabilidade legal, no qual o controle do ilícito de expressão se submete à lei e às demais balizas sistemáticas que a constituição permite¹¹⁰. Apesar de categórico na delimitação de censura como ato prévio à expressão e às demais medidas *a posteriori* de restrição como reservas legais, a posição do autor sugere uma contradição ao afirmar que, “quando um juiz determina a não publicação de algo ou sua retirada de circulação, ele está operando como censor”¹¹¹.

O mesmo problema se observa no conceito proposto por Mathiesen, quando apresenta qual a sua definição de censura para o Direito:

censura é o que restringe ou limita [injustamente]¹¹² o acesso a uma expressão, parte de uma expressão, ou categoria de expressão, que foi tornada pública pelo seu autor, baseada na convicção de que será uma coisa ruim se as pessoas acessarem seu conteúdo.¹¹³

Mesmo diante dessas imprecisões, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet afirmam, categoricamente que, para fins da reserva do art. 220 da Constituição Federal, censura significa a “ação inibitória realizada pelos Poderes Públicos, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem”¹¹⁴.

A definição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet atende, não apenas a questão da censura no tempo – inibir –, como ação prévia à manifestação de vontade e também endereça a questão do agente competente para qualificar censura como censura, no caso, o “Poder Público”. Quanto a esse tópico, Machado aponta que censura não se restringiria apenas ao poder público, mas também aos entes privados, subordinados aos interesses individuais e específicos¹¹⁵, podendo haver, plenamente, casos interessantes ao direito de censura privada, como é o caso das

¹¹⁰ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.I.]: Amazon, 2017, 205, p. 66

¹¹¹ Ibid, p. 64

¹¹² O autor faz um adendo à questão da natureza de injustiça, a fim de tornar sua definição coerente com as hipóteses de censura lícita, como por exemplo, o caso da pornografia infantil.

¹¹³ MATHISEN, Kay. Censura e Acesso à Expressão. In: SAMPAIO, José *et al.* **Liberdade de expressão no Século XXI**. Belo Horizonte. Del Rey, 2016, p. 10.

¹¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p.225.

¹¹⁵ Paralelamente, também existe a figura da censura colateral, em que um ente privado exerce censura privada, coagido por um temor ou motivado por um gatilho de natureza pública – como receio de ser sancionado.

remoções de conteúdo sumárias promovidas por algumas plataformas de rede social.

Quanto às censuras públicas, a censura pode ser entendida como de origem: político-administrativa, legislativa ou judicial¹¹⁶. A primeira, político-administrativa, refere-se à censura política clássica, em que o Estado, em monopólio do poder, impede a livre manifestação do pensamento e exerce juízo de moderação na liberdade de pensamento ativa das pessoas. A censura legislativa, por sua vez, diz respeito a todos os esforços legiferantes que limitem, por meio de lei ou reserva legal, tipos específicos de manifestação do pensamento. Por fim, a censura judicial se refere a todos os mandamentos judiciais inibitórios que objetivem impedir alguma modalidade de manifestação do pensamento.

Ainda no espaço da censura em sentido restrito ou “censura prévia”, também é pertinente fazer uma distinção quanto à natureza dos atos censores, que podem ser praticados com natureza definitiva ou cautelar. Na primeira, se está diante de uma censura de proibição ou de ausência de autorização para determinadas manifestações. Nesse tipo de censura estão, tipicamente, atos normativos com poder de regulação cujos objetos são matérias específicas da expressão e da manifestação¹¹⁷. Por exemplo, quando o Estado, em caso de estado de sítio, determina que jornais e periódicos não possam publicar sobre política, sob pena de intervenção ou qualquer outra sanção, está se falando de censura prévia definitiva.

Em outro cenário, existe a censura de natureza cautelar¹¹⁸, que remete automaticamente à questão da censura judicial. A censura cautelar é aquela que surge de maneira interveniente, pontual e transitória. Tipicamente, as tutelas supressivas ou inibitórias seriam aquelas que tipicamente trabalhariam as censuras cautelares. Se um juiz defere liminar mandando proibir, cautelarmente, que um determinado jornal divulgue vazamentos de um processo sigiloso, sob pena de multa, se está diante de censura judicial *a priori* cautelar e se tem, então, uma censura de natureza precária.

Situado os entendimentos diversos de censura, cabe analisar no que consiste o princípio constitucional da “vedação à censura” e quais seriam seus elementos institucionais e doutrinários. Quanto a isso, a Constituição Federal traz que:

¹¹⁶ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 494.

¹¹⁷ Ibid, p. 493.

¹¹⁸ Ibid, p. 493.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente".

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.¹¹⁹

No *caput* do art. 220, reside a determinação de que a livre manifestação, informação e pensamento não sofrerão nenhum tipo de restrição, ressalvado o disposto na Constituição Federal. A leitura desse trecho, por questões lógicas, delimita, no esforço inaugural da proteção à comunicação social, que a livre manifestação é sistematicamente passível de restrições, contanto que a raiz para essas restrições possua fundamento constitucional.

A posição adotada no *caput* remete diretamente à ressalva feita por Jónatas Machado, quanto à interpretação devida à censura em sentido amplo. Quando a Constituição fala em impedimento absoluto de intervenção – “nenhum tipo de restrição” –, subordinado às permissões constitucionais próprias – “ressalvado o disposto na Constituição Federal” –, ela parece ratificar a vigência de um princípio de incensurabilidade relativo e condicionado, apresentado por Jónatas Machado como “reserva de restrição”¹²⁰ e por Araújo como “sistema de responsabilidade legal”¹²¹.

O §1º do art. 220, por sua vez, adentra na esfera da vedação à censura legislativa contra a liberdade de “informação jornalística”, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV da Constituição Federal. Importante notar que, mais uma vez, a

¹¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Grifos nossos.

¹²⁰ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 492.

¹²¹ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017, 205, p. 66

vedação à censura – nesse contexto normativo – subordina-se aos princípios constitucionais que se buscam assegurar por meio dos incisos constitucionais que acompanham o parágrafo. No mesmo passo, a Constituição delimita que essa reserva de proteção se adere exclusivamente à informação jornalística, que conforme tratado no capítulo sobre os elementos típicos da liberdade de comunicação, são duas expressões com significados relevantes ao direito. Esse ponto também é corroborado por Carlos Frederico Bentivegna ao interpretar que:

a teor do que dispõe do §1º do art. 220 da CF/88, **só está imune** a qualquer embaraço criado por norma infraconstitucional a informação que **não seja anônima**; que **assegure direito de resposta** e a que **não viole intimidade, vida privada, honra e imagem de outrem**. Ocorrendo o malferimento de uma dessas garantias, o ordenamento jurídico **poderá sim** prescrever medidas que constituirão embaraço à plena liberdade de informação, mas que terão o intuito de tutelar preventivamente direitos da personalidade.¹²²

A vedação à censura, por sua vez, é tipicamente representada pelo §2º do art. 220, uma vez que é o único trecho de norma que fala abertamente de “censura”, sendo absolutamente proibida a censura de natureza política, ideológica ou artística. Censura, aqui, compreendida em seu significado jurídico, como os atos de controle praticados anteriormente à expressão.

Essa posição também é ratificada por Vitor Medrado, que após se debruçar sobre as posições tomadas pelo Supremo, no decorrer dos anos, consolida que o entendimento da corte constitucional, além de afirmar que liberdade de expressão é um direito preferencial, delimita que a incensurabilidade absoluta se impõe apenas aos casos de censura prévia¹²³. A despeito disso, o parágrafo 4º do art. 220 apresenta uma reserva de censura apriorística e constitucional, quando trata da propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

Retomando as palavras do ministro Gilmar Ferreira Mendes, no que tange ao disposto do §1º do art. 2020, a Constituição traz:

[...] a formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa, tendo em vista, sobretudo, a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se

¹²² BENTIVEGNA, Carlos. **Liberdade de expressão, Honra, Imagem e Privacidade**: os limites entre o lícito e o ilícito. Manole. 1ª edição. Barueri/SP. 2020. p.303-304.

¹²³ MEDRADO, Vitor. **A liberdade de expressão e a justiça brasileira**: Tolerância, discurso de ódio e democracia. 2ª ed. e-pub. Dialética. p.152

mencionassem expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa.

Tem-se, pois, aqui expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral¹²⁴.

Conforme já foi mencionado, não existe ineditismo na Constituição Federal de 1988, quanto ao assunto das reservas legais e possibilidades de controle institucional da comunicação e, tampouco, esse tipo de artifício é exclusivo da Constituição de 1967. A pretensão constitucional de regulação da expressão sempre existiu em todo o constitucionalismo brasileiro – Constituição de 1824¹²⁵ – art. 179, IV; Constituição de 1891¹²⁶ – art. 72, § 12 –; Constituição de 1934¹²⁷ – art. 113, 9 –; Constituição de 1937¹²⁸ – art. 122, 15 –; Constituição de 1946¹²⁹ – art. 141, § 5º.

Em outro paralelo, a “censura institucional” também pode ser percebida no contexto do Estado de Sítio que, em caso de comoção grave ou guerra, referendado pelo Congresso Nacional, passa a compor as prerrogativas do chefe do executivo o cerceamento apriorístico ou posterior à liberdade de expressão e de Imprensa¹³⁰ – art. 139, III. Curioso notar que, nesse exemplo, a censura, integra as estruturas do que concerne à “Defesa do Estado” na Constituição Federal, restando claro que, a depender do contexto, a liberdade de expressão – sentido *lato* – é capaz de pôr em risco a segurança do país como um todo¹³¹. Isso, por si só, é capaz de desmistificar a ficção da regulação da liberdade de expressão como algo inerentemente “bom” ou “ruim” e permite o entendimento de que o valor da ação de controle se fundamenta com base nas razões que levaram à sua aplicação e nos casos concretos.

Ao contrário do que faz crer uma parte considerável dos debates jurídicos, censura e regulação institucional não são confundíveis no Direito, ao menos não com base no sentido restrito de censura. Contudo, mesmo no entendimento de que os atos de regulação *ex post facto* seriam, sim, ferramentas censoras, esses casos de

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130**. Rel. Min. Carlos Britto, Brasília/DF, abr. 2008.

¹²⁵ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824.

¹²⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**.

¹²⁷ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**.

¹²⁸ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**.

¹²⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**.

¹³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹³¹ MENDES, Gilmar; GONET, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 95.

“censura” não seriam subordinados ao princípio da incensurabilidade, uma vez que se baseiam em hipóteses legais, constitucionais e institucionais de intervenção.

Em um cenário que se considere a figura das “censuras *ex post facto*” e “censuras prévias”, lícitas – como é o caso do §4º da Constituição –, Jónatas Machado comenta a pertinência de uma análise multissistêmica da liberdade de expressão¹³². Em algum grau, chama-se de censura ou de regulação, a depender do caso e do contexto, as ações de cerceamento, inibitórias ou supressivas à liberdade de expressão que terão espaço na jurisdição e nos caminhos legítimos à proteção de demais direitos fundamentais. O autor rememora, ainda, que estão completamente excluídas dessas exceções a censura político-administrativa, sendo as hipóteses legítimas de regulação, aquelas de reserva legal ou de reserva judicial – intervenções institucionais¹³³.

Corroborando uma percepção multissistêmica da liberdade de expressão, Carlos Bentivegna afirma que as limitações à liberdade de expressão também se vinculam à forma como essas liberdades são encaradas do ponto de vista jusfilosófico. Segundo o autor, a liberdade de expressão pode ser enxergada: (a) pelo viés do individualismo liberal – pautado pela percepção da liberdade individual dos sujeitos, como máxima inafastável e na qual está inserida, também, a liberdade de dizer e pensar sem represálias e nenhum tipo de censura; (b) pelo viés utilitarista – pautado por uma preocupação de bem-estar coletivo, na qual caberia o cerceamento da liberdade de dizer no intuito de preservar a sociedade e os indivíduos, legitimando o controle *ex post facto*; e (c) pelo viés comunitarista – pautado em uma percepção de que o estado precisa ser um tutelador ativo do status de bem-estar social desejável, compatível com uma ideia de censurabilidade ampla justificada¹³⁴.

As abordagens do individualismo liberal e do comunitarismo representam extremos ideológicos doutrinários em que, o primeiro perde por tapar os olhos às hipóteses de necessidade de intervenção e, o segundo, peca por tentar suplantar a vontade individual pela estatal. Ao que tudo indica, a posição moderada parece ser a mais adequada para tratar da “censurabilidade” da expressão. Uma abordagem permeada por matérias de relevância social diversas e extremamente contundentes,

¹³² MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 496.

¹³³ Ibid, p. 500.

¹³⁴ BENTIVEGNA, Carlos. **Liberdade de expressão, Honra, Imagem e Privacidade**: os limites entre o lícito e o ilícito. Manole. 1ª edição. Barueri/SP. 2020, p.249-250.

como: a proteção da criança, o combate ao nazismo e ao racismo e a preservação de segredos de Estado colocam em xeque até mesmo as correntes mais libertárias sobre a liberdade e a proibição da censura, no passo em que posições intervenientes no âmbito político-administrativo são absolutamente avessas ao nosso Estado Democrático de Direito¹³⁵.

O debate público tende a reduzir a questão da intervenção na liberdade de expressão – entendida pelo grande público sempre como “censura” – pois há poucos vocábulos que mascaram os contextos nos quais sua aplicação pode ser legítima e republicana. Censura tem conteúdo jurídico e extrajurídico, resultante de uma luta política pela liberdade, mas, também, que dialoga com um valor subjacente de preservação do Estado Democrático de Direito e da república, que não podem ser ignorados no momento de apreciar suas hipóteses de cabimento¹³⁶.

Ainda com relação às hipóteses de controle da expressão – ou censura –, Kay Mathiesen traz alguns elementos de ponderação que podem ser pertinentes no momento de apreciar se determinada situação, *ab initio*, pode sofrer “censura em sentido amplo” ou não. Para o autor, a justificativa para a regulação é legítima diante de situações em que o acesso à informação seja inerentemente prejudicial, como no caso de manifestações objetivamente ofensivas e degradantes¹³⁷.

Noutro passo, o autor também sugere que cabe cerceamento à expressão, não apenas quando seu conteúdo carregar a pretensão prévia de ofender ou degradar, mas também quando for prejudicial à coletividade como um todo, sendo socialmente desejável quando: (a) criar um mercado, em que se estruture um interesse econômico em prol da exploração de uma pauta inerentemente prejudicial à sociedade – como o mercado de pornografia infantil; (b) criar um ambiente social hostil, em que determinados comportamentos alegadamente hostis sejam normalizados – como, por exemplo, a normalização de passeatas supremacistas e racistas; (c) influenciar, ativamente, a sociedade a praticar comportamento nocivos e prejudiciais à própria sociedade – como a ignorância de medidas sanitárias; e (d) instruir, ensinar e capacitar

¹³⁵ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 499.

¹³⁶ *Ibid*, p. 490.

¹³⁷ MATHIESEN, Kay. Censura e Acesso à Expressão. In: SAMPAIO, José *et al.* **Liberdade de expressão no Século XXI**. Belo Horizonte. Del Rey, 2016. p. 15-17.

as pessoas à prática de condutas não desejáveis e inerentemente ameaçadoras à sociedade e ao Estado – como ensinar um cidadão a fabricar uma bomba¹³⁸.

Não existe um princípio absoluto à proibição da censura e muito menos um direito absoluto à expressão livre e irrestrita. A censura prévia, em sentido estrito, possui, sim, vínculo umbilical com o princípio da proibição da censura, uma vez que é desta que o texto constitucional fala ao positivar a incensurabilidade. A censura a que se refere o Direito é a censura exercida em caráter anterior à livre manifestação e, diante do contexto histórico que sistematizou as garantias sociais contra a censura estatal, faz todo o sentido que, a esse tipo de intervenção, sejam reservadas todas as barreiras constitucionais possíveis. A despeito disso, conforme demonstrado, mesmo a censura em sentido estrito possui hipóteses de cabimento, expressamente indicadas na Constituição de 1988, em especial para as atividades legiferantes e judiciais, mantendo-se uma quase absoluta proibição à censura político-administrativa – possível, apenas e tão somente, em Estado de Sítio.

Com relação à chamada “censura em sentido amplo”, existe reserva doutrinária e constitucional para a sua aplicação orientada no dia a dia. Por se tratar de intervenções institucionais, pautadas por reserva constitucional e legal, a análise da “censura ampla” vai culminar em três premissas: (a) se é ferramenta de um sistema de responsabilidade legal, não é censura e, portanto, não se submete ao princípio da proibição à censura; (b) se é censura em sentido amplo, mas não é o tipo de censura que tutela a Constituição, é tratada como reserva de restrição e, portanto, não se submete à proibição à censura; (c) se é censura e for tratada como censura subordinada ao princípio da incensurabilidade, institui paradoxo jurídico de direitos absolutos, alheio ao resto do texto constitucional.

Fato é que, existe uma presunção de inconstitucionalidade para as intervenções de regulação da expressão que sejam apriorísticas, no passo em que, o que se chama de “censura ampla” é, na verdade, reserva para controle legítimo da liberdade de expressão. A Constituição Federal veda a censura prévia político-administrativa e o sistema é reticente contra aplicação de limitação de expressão judicial prévia. A despeito disso, a Constituição autoriza essa última para os casos indicados no próprio texto constitucional e na lei.

¹³⁸ Ibid, p. 18-19

O princípio da proibição à censura, apesar de ser garantia imprescindível à proteção da liberdade de expressão, se utilizado à revelia do significado que o sistema jurídico-constitucional dá à expressão censura e em extrapolação aos seus limites constitucionalmente postos, subverte o seu âmbito de proteção¹³⁹. No entendimento de que qualquer intervenção supressiva na liberdade de expressão possa ser tratada como um ato censor, o princípio da incensurabilidade passa a ser fundamento para a proibição do processo legislativo e, mais ainda, para o impedimento do regular exercício da jurisdição. Sua aplicação ampla cria incongruências sistemáticas, no passo em que revalida uma noção equivocada de liberdade de expressão como direito prevalecente e suprime-se até mesmo às tutelas jurisdicionais constitucionalmente garantidas, convalida-se com “quase absoluto”.

Isso cria um outro contrassenso, que é a imposição de um constrangimento à corte constitucional, a fim de que se busque as mais exóticas brechas casuísticas de modo a justificar a aplicação de uma tutela inibitória ou supressiva, que é institucionalmente validada pelo sistema constitucional, civil e processual civil. O que se observa é que, mesmo em casos crassos de desinformação e risco social, existe uma resistência severa e, quando não, o importe de uma ginástica hermenêutica morosa para fundamentar a inibição de conteúdo, ao mesmo tempo em que se tenta não fugir do mantra: “a liberdade de expressão é um direito preponderante”. A aplicação passional de tal percepção não apenas inflou a Liberdade Fundamental à expressão, como também impôs a outras garantias constitucionais a proibição que deveria estar relacionada, tão somente, à censura clássica, que a Constituição buscou combater.

¹³⁹ BENTIVEGNA, Carlos. **Liberdade de expressão, Honra, Imagem e Privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. Manole. 1ª edição. Barueri/SP. 2020, p.305

2. ILÍCITO DE EXPRESSÃO E SEUS REMÉDIOS

Uma vez delimitado o escopo e as elementares próprias da liberdade de expressão, em suas mais diferentes concepções e mapeada a existência de elementos estruturadores dessas, cabe partir para a análise de quais são os remédios processuais que o Direito reserva aos ilícitos de expressão, hoje separados entre: direito de resposta, compensação por perdas e danos e as tutelas inibitórias especiais e de remoção do ilícito. Como adiantado previamente, o que se enxerga na linha adotada pelo Supremo é uma espécie de hierarquização dos remédios processuais cíveis típicos para o controle dos abusos de direito praticados sob o fundamento da liberdade de expressão.

Essa discriminação de valor, no entanto, não encontra respaldo constitucional. Ao contrário, a Constituição Federal, no mesmo artigo 5º que positiva os direitos fundamentais à expressão e à comunicação, também determina, em seu inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça ao direito”¹⁴⁰. O direito de resposta, a reparação por danos e a tutela do judiciário com base no ordenamento legal são todos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, tal como a liberdade de expressão em si – art. 5º, incisos V, X e XXXV.

Essas três providências se dedicam a objetos específicos. As tutelas, por sua vez, podem ser concedidas cumulativamente, mas, como se observará, jamais cumprem as funções umas das outras. A tutela jurisdicional tem que ser entendida não somente como um direito de buscar o judiciário, mas sim como um direito a um procedimento e um provimento de meios que sejam adequados às peculiaridades de cada direito posto em discussão¹⁴¹. Para ter seu espaço de esclarecer a desinformação, direito de resposta. Para tentar compensar, em algum grau, um dano à personalidade inquantificável, perdas e danos. Para impedir que um ato ilícito venha a ocorrer ou interromper a permanência de um ilícito de expressão no mundo, tutelas inibitórias e tutelas de remoção do ilícito. Seria uma irresponsabilidade sugerir que qualquer uma dessas tutelas suprimiam a falta da outra, não por acaso, o código civil, em seu art. 75,

¹⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas de Processo Civil.** São Paulo: RT, 1992. p. 139.

estabelece que: a todo direito deve corresponder uma ação que o assegure – e não que o compense¹⁴².

Por esse motivo, o trabalho parte para as especificidades de cada uma dessas tutelas, a fim de delimitar seus objetos e evidenciar, não apenas que, de fato, elas não são permutáveis, mas também que a utilidade que tem sido dada a uma delas, em especial, compensação por danos morais, não tem nenhum potencial de tutelar com relevância os ilícitos de expressão.

2.1 DIREITO DE RESPOSTA

O direito de resposta, além de um direito fundamental delimitado no art. 5º, V da Constituição Federal, é um procedimento processual sistematizado em lei, que confere ao ofendido uma prerrogativa legal em casos de abuso da liberdade de comunicação e, entre os três remédios processuais típicos ao controle dos ilícitos de expressão. É aquele de caráter menos interventivo ao livre exercício das liberdades de expressão e de comunicação.

O primeiro regramento a tratar do direito de resposta no Brasil foi o Decreto 4.743 de 1923, chamado, também, de Lei Adolfo Gordo. A norma, reguladora da Liberdade de Imprensa, compilava em 37 artigos uma série de molduras e limites para a Liberdade de Imprensa, tratando dos crimes de comunicação e demais modalidades de ruptura ao exercício legítimo da atividade comunicativa na República Velha. Quanto ao direito de resposta, tratava a matéria nos seguintes moldes:

Art. 16. Os gerentes de um jornal ou de qualquer publicação periodica são obrigados a inserir, dentro de tres dias, contados do recebimento a resposta de toda a pessoa natural ou juridica que fôr attingida em publicação do mesmo jornal ou periodico por offensas directas ou referencias de facto inveridico ou erroneo, que possa affectar a sua reputação e boa fama.

§ 1º O direito de resposta poderá ser exercido pela propria pessoa assim mencionada, por seu representante legal ou por seus herdeiros, e quem o exercer será o unico juiz do conteúdo, forma e utilidade da resposta.

§ 2º A inserção da resposta será feita gratuita e integralmente em edição correspondente, no mesmo lugar e com os mesmos caracteres da publicação que a tiver provocado, e não excederá á extensão desta. Si exceder, a parte excedente será paga pelos preços ordinarios.

§ 3º A inserção só poderá ser recusada:

- a) quando não tiver relação alguma com os factos referidos na alludida publicação;
- b) quando contiver expressões que importem abuso de liberdade de imprensa;

¹⁴² ARENHART, Sérgio. **A tutela inibitória da vida privada**. Vol. 2, Ribeirão Preto. Revista dos Tribunais. 2000, p.39.

c) quando affectar direitos de terceiros de modo a dar a estes igual direito de resposta.

§ 4º Si os gerentes deixarem de inserir a resposta, quando lhes for entregue directamente pelo interessado ou remetida por via postal, poderá este requerer ao juiz competente para processar os crimes referidos no art. 1º, que mande notificar os mesmos gerentes para fazerem a inserção no prazo e sob a pena de multa constante do § 5º do presente artigo. O requerimento será instruído com um exemplar do jornal a que se referir, e com o texto da resposta, em duplicata, para que fique um exemplar arquivado em cartório. A decisão será proferida no prazo de vinte e quatro horas, e della não haverá recurso.

§ 5º Sendo a decisão contrária ao gerente do jornal ou periodico, impor-se-lhe-á a multa de 200\$ a 2:000\$, ficando sujeito a pagar o triplo dessa multa o requerente que tiver instruído sua petição com uma resposta em termos diversos da recusada.

§ 6º Si a resposta sahir com alteração que lhe deturpe o sentido, os gerentes serão obrigados a inseril-a de novo, escoimada desse erro; e, si na reprodução o mesmo ou outro apparecer, será considerado proposital e punido com a multa de 200\$ a 2:000\$, por dia, e o dobro na reincidencia, até inserção exacta do escripto.

§ 7º Os gerentes terão o direito de haver do autor do escripto que provocar a resposta todas as despesas com a publicação desta.

§ 8º O autor da resposta ou rectificação recusada tem o direito de repetil-a, modificando-a.¹⁴³

Como se observará, pouca coisa mudou em termos de modulação legal do direito de resposta a agravos. Em verdade, conforme se notará, as mudanças mais substanciais são meramente procedimentais, uma vez que não existem muitas variações possíveis a um direito dessa natureza. Hoje, o direito de resposta está sistematizado por meio da Lei 13.188 de 2015 e, no microcosmo eleitoral, é assegurado e garantido aos candidatos e partidos políticos, desde 1997, pela Lei das Eleições¹⁴⁴. Antes destas, o último regramento brasileiro para exercer defesa contra eventuais inverdades criadas pela mídia foi a Lei de Imprensa de 1967, removida do nosso ordenamento jurídico por meio da ADPF 130.

Em termos de inovação jurídico sistemática, tem-se a incorporação desse direito como um direito fundamental na Constituição de 1988, após o regime de exceção anterior à sua promulgação, garantindo que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”¹⁴⁵ para todos aqueles atingidos pela imprensa.

Com a remoção da Lei 5.250/67, o direito de resposta passou a ser exercido por meio da aplicação direta do texto constitucional, com base na garantia de eficácia

¹⁴³ BRASIL. Lei nº 4.743, de 16 de julho de 1965. **Dispõe sobre as comemorações do centenário do nascimento do Marechal Rondon.**

¹⁴⁴ BRASIL. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Estabelece normas para as eleições.**

¹⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

imediate dos direitos e deveres individuais coletivos, delimitada pelo §1º do art. 5º. Esse cenário permaneceu até a edição da Nova Lei do Direito de Resposta, no ano de 2015¹⁴⁶. Pouca coisa foi incorporada ao instituto, que simplesmente passou a delimitar de forma mais objetiva os prazos e os procedimentos para se demandar judicial ou extrajudicialmente o direito de responder aos excessos da mídia, nos seguintes termos:

Art. 1º Esta Lei disciplina o exercício do direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

Art. 2º Ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se matéria qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação.

§ 2º São excluídos da definição de matéria estabelecida no § 1º deste artigo os comentários realizados por usuários da internet nas páginas eletrônicas dos veículos de comunicação social.

§ 3º A retratação ou retificação espontânea, ainda que a elas sejam conferidos os mesmos destaque, publicidade, periodicidade e dimensão do agravo, não impedem o exercício do direito de resposta pelo ofendido nem prejudicam a ação de reparação por dano moral.¹⁴⁷

A primeira peculiaridade que salta aos olhos é o agente exclusivo contra o qual insurge o direito de resposta, no caso, os veículos de comunicação social. Apesar de, tal qual os demais direitos fundamentais, consistir em um direito à prestação oponível tanto contra o Estado quanto contra outrem, o direito de resposta será exercido na maioria esmagadora dos casos contra terceiro particular, dado que a comunicação social quase não é operada pelo poder público¹⁴⁸. Destina-se, dentro de uma distinção entre direitos da personalidade como de integridade física e integridade moral, a atender os anseios da violação eventual deste segundo grupo¹⁴⁹. Trata-se de direito

¹⁴⁶ BRASIL. Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015. **Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.**

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação**: Teoria e proteção constitucional. 2001. Tese (Programa de Pós Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. p.214.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada dos Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, 2004. p.13.

potestativo, essencialmente vinculado ao princípio da igualdade, da imediaticidade, da atualidade e da proporcionalidade¹⁵⁰.

Nesse sentido, é controverso se, mesmo sendo um remédio processual destinado à reparação dos agravos de expressão, o direito de resposta poderia ser considerado um instrumento de restrição à liberdade de informação. Por mais que não importe em ferramenta de limitação direta à liberdade de comunicação, impossível olvidar que o direito de réplica seja, em algum grau, instrumento de restrição à liberdade editorial. No entanto, por mais que seja interveniente, prova-se um recurso de intervenção mínima quando comparado às demais alternativas de tutela disponíveis no Direito. Aqui, o direito de resposta trabalha como uma ferramenta para a correção do ilícito de expressão, totalmente alinhada com as correntes mais liberais de pensamento sobre liberdade de expressão, nas quais as distorções de discurso deveriam ser combatidas com mais discurso¹⁵¹.

Paralelamente, de uma perspectiva que extrapola o direito exigível pelo ofendido e devido pelo ofensor, o direito de resposta também exerce papel de meio para aprimorar tecnicamente e tornar mais efetivo o exercício da comunicação social, uma vez que democratiza os espaços de visibilidade. Se, em um determinado contexto, o veículo de comunicação social detém a estrutura e o monopólio dos meios para a narrativa pública, no recurso ao direito de resposta, esses mesmos meios e estrutura são disponibilizados ao ofendido para que busque reparação¹⁵². O direito de resposta é, sim, a modalidade menos gravosa de intervenção contra os ilícitos de expressão, mas como consectário, sua providência nichada não satisfaz diversas situações extremamente comuns existentes dentro dos litígios que envolvam ilícitos de expressão.

A primeira consideração a se fazer é sobre a “lacuna” que o direito de resposta deixa especialmente dentro das novas configurações de comunicação social que existem hoje. Quando a lei determina que o direito de resposta somente pode ser exercido contra veículos de comunicação social e que sua pretensão não pode ser oposta contra “os comentários realizados por usuários da internet nas páginas eletrônicas dos veículos de comunicação social”¹⁵³, a norma fecha os olhos para o

¹⁵⁰ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.695.

¹⁵¹ Ibid, p.694.

¹⁵² Ibid, p.217.

¹⁵³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

fenômeno da dispersão da figura dos comunicadores sociais e se presta a tutelar apenas um grupo restrito de comunicadores, no caso, a mídia tradicional. Se um jornal, por exemplo, publicar uma matéria problemática que ofenda a honra de alguém, o sujeito lesado poderia pedir resposta contra o jornal, mas jamais contra um influenciador digital que tenha compartilhado essa mesma matéria e tenha tecido opiniões análogas em suas redes sociais. Da mesma forma, também, não poderia pedir resposta caso algum expoente da internet fosse comentarista em alguma publicação difamatória.

Conforme analisado por Melina Dantas e Luciana Gracioso, os influenciadores digitais ocupam gradativamente a lacuna que a perda de relevância dos veículos tradicionais de comunicação social cria e, como conseqüência, tem-se, hoje, a consagração de um sistema de pessoas e sujeitos comuns, mas com uma capacidade de influência e alcance público equiparável ou até mesmo superior ao da mídia tradicional¹⁵⁴. Um estudo realizado pela agência Apex apresenta que 87% das marcas pelo mundo têm recorrido a ações com influenciadores digitais e, em consulta pública, sondou que 85% das pessoas já consideram que influenciadores digitais já devem ser considerados como veículos de comunicação social, dado que 54% das pessoas também entendem que o marketing de influência é protagonizado por formatos que empoderam esses agentes¹⁵⁵. Nesse sentido, o direito de resposta, ao menos no âmbito das redes sociais, prova-se recurso extremamente precário para buscar reparação contra dano sofrido por conta de ilícitos de expressão praticados na rede.

Outro ponto problemático é o fato de o direito de resposta não conseguir garantir a proporcionalidade e a paridade de armas ao qual ele se presta. Conforme levantamento feito pelo MIT, notícias negativas e falsas possuem uma taxa de dispersão 70% maior na internet do que notícias verídicas¹⁵⁶ e, uma vez que a lei não traz nenhuma métrica para tentar estabilizar essa discrepância, torna-se bastante questionável se o direito de resposta é, de fato, uma ferramenta capaz de mitigar os danos decorrentes de um ilícito de expressão. Essa discrepância se agrava quando o direito de resposta também não consegue cumprir com os princípios da atualidade e

¹⁵⁴ DANTAS, Melina; GRACIOSO, Luciana. **Influenciadores digitais e as novas configurações de produção e uso da informação na sociedade**. São Carlos. Seminário Informação, Inovação e Sociedade. 2018. p.4.

¹⁵⁵ AZEVEDO, Dádiva. **O mapa do marketing de influência no Brasil**. Influency.me: 2020.

¹⁵⁶ MIT. **The spread of true and false news online**. *American Association for the Advancement of Science*. USA. vol. 359. 2018.

da imediatidade, uma vez que, no âmbito extrajudicial, o veículo de comunicação social tem a liberdade de aguardar até uma semana antes de poder ser provocado judicialmente a publicar uma resposta¹⁵⁷. Durante esse período, a notícia ilícita se espalha e se consolida para o público. Como bem indicado por Sérgio Cruz, "as inovações tecnológicas, sem sombra de dúvida, implicam a mutação completa da noção de vida privada, bem como de sua lesão."¹⁵⁸.

Por fim, é digno de indagação que o direito de resposta só é útil àqueles que, de alguma forma e, subjetivamente, entenderem ele desta forma. O caráter subjetivo aqui é de extremo valor, uma vez que um determinado sujeito tem a liberdade de entender que sua resposta não apenas não será útil na busca por reparação, como também pode agravar a dispersão da notícia falsa. Nesse sentido, é lícito e de bom tom que o sujeito lesado possa, caso desejar, apenas demandar, com igual liberdade, das outras tutelas disponíveis ao exercício da jurisdição – compensação ou remoção do conteúdo –, não havendo, portanto, fundamento para sua indicação como solução preferencial ou primária aos conflitos envolvendo a liberdade de expressão.

2.2 PERDAS E DANOS

A Constituição Federal traz a possibilidade de se demandar perdas e danos em dois incisos do art. 5º, a saber, no inciso V, que delimita o direito de indenização ao agravo de expressão e o direito de respostas, e o inciso X, que trata da "inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"¹⁵⁹. Esse mesmo elemento de dever de reparação geral se repete no art. 927 do Código Civil, que determina de maneira cristalina que "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"¹⁶⁰.

O dever de reparação incide na vida dos sujeitos em duas esferas de direitos: a patrimonial, menos interessante para o objeto do estudo; e a extrapatrimonial, bastante associada aos ilícitos de expressão e aos abusos da liberdade de expressão. É de se cogitar que, em algum grau, ilícitos de expressão tenham a potencialidade de

¹⁵⁷ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.697.

¹⁵⁸ ARENHART, Sérgio. **A tutela inibitória da vida privada**. Vol. 2. Ribeirão Preto: Revista dos Tribunais. 2000, p. 47

¹⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**.

causarem danos patrimoniais, como por exemplo, na situação em que a veiculação de uma notícia inverídica, eventualmente, faça com que um determinado sujeito perca um contrato, patrocínio, emprego ou prejudique outra de suas fontes de renda.

Apesar disso, para fins do estudo feito até o momento, o trabalho não se dedicará a explicitar as razões para a aplicação de perdas e danos, na eventualidade de dano patrimonial decorrente de ilícito de expressão, em suma, porque a referida matéria não agrega ao conflito sobre a hierarquização dos remédios para a tutela da expressão. O dano patrimonial é, por excelência, a única modalidade de dano que se pode indenizar plenamente por meio de pecúnia, o que torna a tutela indenizatória sempre principal.

Os deveres de reparação e de compensação por perdas e danos remetem ao Direito Romano. No sistema do império, dada a sua vastidão e a dificuldade logística de modulação de provimentos jurisdicionais diversos e adequados para as diferentes regiões e culturas inseridas em Roma, somada à natureza essencialmente mercantilista dos romanos, instituiu-se uma ficção, até hoje repercutida, de se cogitar como possível traduzir direitos não patrimoniais em valor econômico¹⁶¹. Sob essa perspectiva da antiguidade, o rompimento com direitos de valor indeterminável cuja provisão de reparação fosse impossível – tal como os danos à moral e à personalidade – estabeleceu-se a doutrina de se “compensar”, mediante aproximação, bom senso, costumes ou qualquer outra métrica convencionada, o dano de valor até então imensurável em dinheiro.

A função reparatória do “dano moral” ou da condenação em perdas e danos na esfera dos direitos extrapatrimoniais, como trata Sergio Souza Cruz, no entanto, não carrega função reparatória, mas sim compensatória. A condenação em perdas e danos obedece ao princípio da reparação integral, que tem o condão de encaixar uma determinada reparação, hermeticamente, a um dano sofrido. Nas esferas dos direitos extrapatrimoniais, morais, existenciais e sociais não existe fórmula para alcançar a *restitutio in integrum*, uma vez que a personalidade e a moral humana, assim como a dignidade da pessoa humana e o bem-estar social são bens originariamente sem preço¹⁶².

¹⁶¹ ARENHART, Sérgio. **A tutela inibitória da vida privada**. Vol. 2, Ribeirão Preto. Revista dos Tribunais. 2000. p.61.

¹⁶² Ibid, p. 25.

Desse modo, não há como fugir do fato de que o tratamento para os direitos patrimoniais, sejam eles obrigacionais ou reais, deve ser diferente daquele dado aos direitos de natureza não patrimonial, pois são direitos que merecem distinção tanto em suas naturezas quanto em seus meios de tutela¹⁶³. Dito isso, para entender a pertinência da aplicação de perdas e danos aos conflitos envolvendo a liberdade de se expressar, é necessário entender como o ilícito de expressão atinge as três modalidades de direitos extrapatrimoniais, a saber: social, moral e existencial.

Dano social pode ser compreendido como uma modalidade autônoma de dano, que se desdobra do exercício de comportamentos sociais de caráter reprovável. O dano social ultrapassa a noção de “sujeito lesado”, de modo que a vítima do ato ilícito causador de dano social não é uma pessoa determinada ou determinável, mas a sociedade, os direitos coletivos e os direitos difusos¹⁶⁴.

Embora ainda não tenha previsão legal expressa no ordenamento jurídico, o dano social já vem sendo reconhecido dentro da doutrina e da jurisprudência que se dedicam ao aprofundamento do estudo dos danos extrapatrimoniais¹⁶⁵ e é aquele derivado de uma repetição sistemática de danos negativamente exemplares que se voltam contra toda a coletividade¹⁶⁶. Um exemplo clássico, já tratado neste estudo, é a difusão de *fake news* com propaganda antivacina ou demais atos públicos de influência que comprometam a saúde pública. O regresso de epidemias já exterminadas ou a propagação de uma calamidade sanitária é impossível de ser individualizado e, portanto, as soluções legais para os prejuízos que nasceram desse tipo de ilícito de expressão precisam ser apreciadas por uma perspectiva de segurança pública e de compensação da sociedade. O ilícito de expressão capaz de propagar danos coletivos e sociais é impossível de ser liquidado ou mensurado em cifras. Primeiramente, não existe sujeito determinado a ser compensado, tornando a providência inócua. Segundo, mesmo se, na eventualidade de compensação financeira, esse valor for revertido para a coletividade, a impessoalidade da condenação impede que os efeitos dela se convertam em um sentimento de reparação por qualquer parte lesada, dado que o *status quo ante* é inalcançável.

¹⁶³ Ibid, p. 60.

¹⁶⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. Novos Estudos e Parecer de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.380

¹⁶⁵ AGUIAR, Rui. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 455**.

¹⁶⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. Novos Estudos e Parecer de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.380.

Nesse sentido, a condenação em perdas e danos, na tutela dos danos sociais, é incapaz de solucionar prejuízos oriundos de abusos da liberdade de expressão, convertendo-se em sanção subsidiária, acessória e punitiva, mas jamais satisfatória para fazer cessar os efeitos do ilícito.

Diferentemente dos danos sociais, os danos morais e existenciais possuem vítima determinada, passível de ser compensada e irão incidir sobre algum direito da personalidade¹⁶⁷. No entanto, como assevera Sérgio Arenhart, a insistência em patrimonializar direitos extrapatrimoniais, além de desagregar valor aos direitos da personalidade, cria uma dificuldade estrutural para satisfazer o direito dos ofendidos.

Os direitos da personalidade, nas vicissitudes por que passaram, sempre esbarraram na dificuldade de se encontrar um mecanismo viável de tutela jurídica, quando da ocorrência da lesão. Ante os fundamentos patrimonialistas que determinaram a concepção do direito subjetivo, nos dois últimos séculos, os direitos de personalidade restaram alheios à dogmática civilística. [...] Do mesmo modo, os danos morais se ressentem de parâmetros materiais seguros, para sua aplicação, propiciando a crítica mais dura que sempre receberam de serem deixados ao arbítrio judicial e à verificação de um fator psicológico de aferição problemática: a dor moral.¹⁶⁸

Ainda segundo o autor, “é absolutamente imprestável para tutelar direitos da personalidade” a determinação de compensação por danos, uma vez que valor nenhum jamais irá se encaixar hermeticamente à fissura de Direito causada pelo excesso na liberdade de dizer e opinar¹⁶⁹.

Direitos da personalidade, dentre seus elementos, contam com caráter eminentemente não patrimonial; seus âmbitos de proteção sempre, ou quase sempre, estarão em conflito com demais liberdades; se asseguram, tipicamente, por obrigações de fazer e não fazer; e possuem natureza subjetiva¹⁷⁰. Tais características tornam imprópria a conversão de um direito subjetivo de providência a um direito ressarcitório¹⁷¹, ao menos como solução para o ilícito. Esse mesmo entendimento se adere a qualquer hipótese de provimento não patrimonial, como é o caso dos danos existenciais e sociais, cada vez mais ameaçados pelos ilícitos de expressão. O

¹⁶⁷ MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 7, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p.6

¹⁶⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica Notadez**. Porto Alegre, 2001, p.9

¹⁶⁹ ARENHART, Sérgio. **A tutela inibitória da vida privada**. Vol. 2, Ribeirão Preto. Revista dos Tribunais. 2000. p.23

¹⁷⁰ PISANI, Andrea Proto. *La Tutela Giurisdizionale Dei Diritti Della Personalità: Strumenti e Tecniche Di Tutela*. **II Foro Italiano**, vol. 113, Societa Editrice Il Foro Italiano AR, 1990. p.4.

¹⁷¹ Ibid, p.5.

provimento ressarcitório possui função de maquiagem ou estanque, no passo em que simplesmente converte a função do provimento jurisdicional em sanção¹⁷².

A ideia de providência sanção – punir aquele que pratica o ilícito de expressão –, cria outro problema, que é a transformação do abuso da liberdade de expressão em um mercado, que não apenas precifica a personalidade, perversamente, como converte a possibilidade de abuso de direito em uma espécie de taxa para o cometimento de crime. Ao se privilegiar a compensação por perdas e danos como solução final aos conflitos envolvendo ilícitos de expressão, ao invés de proteger o direito, muitas vezes se está a incentivar sua violação¹⁷³. Tal conformação acaba sendo demasiadamente simplista, uma vez que não enfrenta a matéria de coibir, impedir ou solucionar o objeto do ilícito de expressão e, da perspectiva do direito da personalidade ou da moral lesada, também não se compromete com a solução ótima para o sujeito violado em seu direito.

O caso aqui não trata apenas de uma inadequação de direito, mas da discussão quanto à pertinência de depender da aplicação de perdas e danos como remédio ótimo, no momento de dirimir conflitos contra a liberdade de expressão. Assumir perdas e danos como solução ao ilícito de expressão e não como pena acessória compensatória, impõe uma perspectiva reducionista da personalidade e achincalha o valor transcendental que os direitos da personalidade possuem. Ademais, é sempre importante lembrar que, diferentemente do que faz sugerir a posição pela primazia da livre e irrestrita liberdade de expressão, não é a comunicação social que consta como objeto do art.1º da Constituição, mas sim a dignidade da pessoa humana, cujo titular é sempre o sujeito de direito. Fazendo remissão à *Metafísica dos Costumes* de Immanuel Kant, dentro da abordagem filosófica, é incompatível a existência concomitante de personalidade e dignidade com a noção de preço, uma vez que:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.¹⁷⁴

¹⁷² Ibid, p.6.

¹⁷³ ARENHART, Sérgio. **A tutela inibitória da vida privada**. Vol. 2, Ribeirão Preto. Revista dos Tribunais. 2000, p.26.

¹⁷⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Ed. 70, 1986, p.77.

Conforme se perceberá mais à frente, o judiciário tem orbitado na noção de que a liberdade de expressão e os danos causados pelo seu abuso se solucionam pela compensação moral. Essa posição, infelizmente, acaba sendo desleal, tanto com as partes lesadas pelo ilícito de expressão, quanto com o próprio sistema de responsabilização civil. Se um direito da personalidade não pode ser transformado em valor, as condenações em compensação por danos morais são absolutamente incapazes de exercer reparação integral ou de retomar o *status* anterior ao cometimento do ilícito. Portanto, essa modalidade de condenação não desempenha papel diverso de acalento à vítima. Não há como fugir do fato de que o tratamento para os direitos patrimoniais, sejam eles obrigacionais ou reais, deve ser diferente daquele dado aos direitos de natureza não patrimonial. São direitos que merecem distinção tanto em suas naturezas quanto em seus meios de tutela¹⁷⁵.

Do ponto de vista da responsabilização civil, a doutrina das perdas e danos como forma de solucionar os abusos do direito à livre expressão coroa uma incongruência moral absoluta. Se, em um litígio hipotético, um jornal for condenado a pagar cinquenta mil reais, a título de compensação por perdas e danos, a um sujeito que ele tenha difamado, injuriado e caluniado de modo a lhe destruir a vida e essa for a providência máxima que o direito civil reserva à prática e publicização desses três crimes, se está a dizer, basicamente, que destruir a vida de alguém custa cinquenta mil reais – o que pode ser tratado como mera taxa de operação por diversos veículos de comunicação de grande porte. Perdas e danos é remédio adequado à solução dos ilícitos de expressão, mas, tanto no direito de resposta, quanto na Constituição, quanto no ordenamento civil, ele é direito de providência acessório ou subsidiário, nunca principal, como tem sido aplicado pelo judiciário.

2.3 TUTELAS INIBITÓRIAS E DE REMOÇÃO DO ILÍCITO

Como última forma de tutela do ilícito de expressão estão as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito, ambas sustentadas por meio do art. 497, da Lei 13.105/15 – Código de Processo Civil, que dispõe que:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará

¹⁷⁵ ARENHART, Sérgio. **A tutela inibitória da vida privada**. Vol. 2. Ribeirão Preto: Revista dos Tribunais. 2000, p. 60.

providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.¹⁷⁶

Tutelas inibitórias e de remoção do ilícito tratam de providências judiciais específicas direcionadas contra o ato ilícito em si, não se vinculando nem mesmo à questão subjacente do dano. Como se extrai da lei, o *caput* do artigo fala de “tutelas específicas”, que podem abarcar a pretensão de inibição, de remoção do ilícito, de ressarcimento ou de reintegração. Para os fins deste trabalho, serão tratadas, neste capítulo, apenas as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito, mencionadas no parágrafo primeiro, uma vez que são essas que impõem obrigação de fazer ou não fazer e que são capazes de interferir no livre e desimpedido exercício da liberdade de expressão e de comunicação.

Tutela inibitória é a tutela específica para a prevenção ou interrupção de uma ameaça de cometimento de ilícito ou de sua interrupção, nos casos de ilícitos repetitivos ou continuados. Tutela de remoção do ilícito é a tutela própria que se volta contra um ilícito já consumado do mundo e atua especificamente para sua remoção¹⁷⁷. São providências movidas por meio de ação de conhecimento, com natureza preventiva ou corretiva, sobre um dever de agir ou não agir¹⁷⁸, que tenha por objeto prevenir, suprimir ou evitar a ocorrência, repetição ou permanência de um ilícito determinado.

O acesso às providências inibitórias e de remoção do ilícito, tal como o acesso a todas as outras providências judiciais do Direito, têm natureza de direito fundamental, inserido pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988. Quanto a isso, especificamente ao que tange às tutelas inibitórias, Marinoni salienta que esse tipo de tutela não apenas é direito fundamental por ser desdobramento do direito de acesso à justiça, como está propriamente designada na locução do inciso que fala em proteção contra a “ameaça de direito”¹⁷⁹.

O mesmo direito é observado na leitura do Código Civil, uma vez que os arts. 12, 20 e 21 do macrossistema cível também tratam dos direitos de fazer cessar

¹⁷⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.59-61.

¹⁷⁸ Ibid, p.62.

¹⁷⁹ Ibid, p.55.

ameaça ou lesão, de autorização de menção ou uso de imagem e o de impedir ou fazer cessar ato ilícito contra a vida privada, nos seguintes termos:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

...

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

...

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.¹⁸⁰

Quanto ao seu objeto, conforme mencionado, as tutelas inibitórias podem ser divididas entre três modalidades distintas. A primeira, inibitória contra a ameaça de direito, tem o objetivo de impedir a prática de um ilícito ainda não consumado. É uma tutela direcionada à expectativa do cometimento do ilícito ou sua iminência flagrante. A segunda é a tutela inibitória movida para impedir a repetição de um ilícito já praticado uma primeira vez. Nessa hipótese, diferentemente da primeira, já houve a ocorrência de um ato ilícito, mas que, em razão de suas circunstâncias de certeza ou forte indício, gera a justa pretensão de que será praticado outras vezes, justificando o deferimento de tutela específica para obstruir sua repetição. A terceira e última é a tutela inibitória contra o ilícito continuado. Nessa hipótese, o ato ilícito se consumou e seus efeitos ou consequências permanecem visíveis e relevantes, cabendo a pretensão processual de que ele seja cessado¹⁸¹.

Dentro da esfera das liberdades de expressão, as tutelas inibitórias e a de remoção do ilícito seriam aquelas que, por exemplo, buscassem impedir uma publicação ilícita, como no caso de ameaça de vazamento de informações sigilosas de segurança de estado, que impedisse a reprise de uma matéria jornalística absolutamente atentatória contra direito da personalidade; ou que removesse uma

¹⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.**

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito.** 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.61.

publicação *on-line que*, enquanto estiver disponível na rede, estará causando danos a alguém.

Quanto aos seus fundamentos, Luiz Guilherme Marinoni esclarece que a tutela inibitória, diferentemente das tutelas provisórias, dispensa a aferição de resultados concretos do ato ou da atividade ilícita – dano¹⁸². Sua condição de existência e seu requisito de pertinência fica circunscrito unicamente à possibilidade ou existência de ato contrário ao direito¹⁸³. Para o autor, esse regramento seria uma resposta estrutural do direito, que traduz um novo perfil do processo civil, mais comprometido com as soluções *in natura* das violações de direito de natureza não patrimonial do que se observa na tradição das compensações por perdas e danos¹⁸⁴.

Outra peculiaridade marcante está no fato de que a tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito não se prestam à análise de dolo ou culpa do agente que cometeu o ilícito. A inibitória não pune ou dialoga com a figura do agente que sofre sua aplicação, mas tão somente, conversa com a existência em si do ilícito e de suas potencialidades para causar dano¹⁸⁵. Esse elemento é importante pois, especialmente para a apreciação da restrição à expressão, elementos subjetivos como a motivação de quem divulga ou escreve manifestação sairiam da equação no momento de averiguar se é ou não pertinente remover ou inibir determinado conteúdo. Aqui, dentro do rito que pretende a tutela, cabe à parte teoricamente prejudicada apenas comprovar o caráter eminentemente ilícito do ato¹⁸⁶.

Como exemplo, pode-se citar a repercussão civil de uma manifestação *on-line* que tenha consumado o crime de calúnia, contraditado pela exceção da verdade. Uma vez contraditada efetivamente, a manifestação caluniosa se torna patentemente e inquestionavelmente ilícita, o que, dentro do regramento do processo civil, justificaria a concessão de tutela para sua remoção – independentemente de se tratar de “manifestação livre”.

Ao menos do ponto de vista de funcionalidade e de hierarquia de direito, as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito são os instrumentos processuais não apenas

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, CPC/2015)**.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.56.

¹⁸⁴ *Ibid*, p.15.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.39.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.110.

devidos como melhores para a apreciação de provimentos específicos de agir, comprometidos apenas com a contenção do ilícito. Essa perspectiva, por sua vez, parece inquestionável para o controle de todas as modalidades de abuso de direito, que não o de expressão e de comunicação. Por algum motivo, como exposto por Luís Roberto Barroso, já no final de 2018:

[...]11. A Constituição de 1988 incorporou um sistema de proteção reforçado da liberdade de expressão, reconhecendo-se que dispõe de prioridade *prima facie* na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive os direitos da personalidade. Assim, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, a liberdade de expressão possui posição preferencial. Isso significa dizer que seu afastamento é excepcional e que o ônus argumentativo de sua superação deve ser atribuído a quem sustenta o direito oposto. Assim, é necessário o escrutínio rigoroso de todas as medidas restritivas da liberdade de expressão.[...]187

Ilton Robl Filho e Wolfgang Ingo Sarlet entendem que as tutelas inibitórias representam uma decorrência necessária nos processos em que, em razão da extensão e da complexidade do dano, precisa-se buscar uma medida célere e contundente para interromper uma grave violação aos direitos fundamentais conflitantes com a liberdade de expressão¹⁸⁸ – apesar disso, esse juízo de necessidade ainda encontra bastante resistência. Ainda para os autores, o uso eventual da tutela inibitória tem, sim, caráter excepcional, porque deve ser utilizado quando for imprescindível para resguardar direitos fundamentais que não possam ser preservados por outros meios cuja manutenção agrave os danos que se possa sofrer em razão do ilícito de expressão¹⁸⁹.

Como exemplo de pertinência, Ilton Robl Filho e Wolfgang Ingo Sarlet trazem o exemplo do caso da Escola Base, em São Paulo, no ano de 1994, em que os proprietários dessa escola foram acusados de praticar violência sexual contra os alunos. Na ocasião, veiculou-se que, na escola, praticava-se orgias com as crianças e uso de drogas patrocinado pelos donos do colégio. No caso em questão, os afetados pela matéria passaram a correr sérios riscos de vida, foram ameaçados e ficaram na

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 31315**. São Paulo/SP. Processo n. 0075474-58.2018.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/08/2018, Data de Publicação: DJe-162 10/08/2018.

¹⁸⁸ FILHO, Ilton Robl; SARLET, Wolfgang Ingo. Estado Democrático de Direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos da personalidade. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, p.20.

¹⁸⁹ Ibid, p.22.

iminência de fechar sua escola¹⁹⁰. Nesse contexto, qual satisfação seria alcançada pelas vítimas em, simplesmente, obrigar aos jornais que divulgaram que os fatos noticiados eram inverídicos, enquanto esses mesmos fatos estivessem circulando? Qual seria a satisfação em receber qualquer quantia em dinheiro, enquanto houvessem jornais distribuídos pela cidade com a notícia de que as vítimas eram criminosos terríveis? A excepcionalidade, aqui, não é a gravidade da acusação e dos danos sofridos pelo casal, mas o fato de a única pretensão satisfativa contra esse ilícito ser a remoção e a inibição da publicação daquele conteúdo.

A pertinência ou impertinência do uso da tutela inibitória, idealmente, devem ser avaliadas por meio da ponderação de valores técnicos do caso concreto em que, o primeiro ponto avaliado seja a existência de ato ilícito ou ameaça iminente da prática de ato ilícito. Se a resposta for positiva, automaticamente passam a integrar o rol de tutelas possíveis, as tutelas inibitórias e a de remoção do ilícito. A partir disso, a avaliação dos elementos do art. 497 e 536 do Código de Processo deverá orientar as análises de justa medida, considerando proporcionalidade e efetividade para a concessão das tutelas pedidas ou de tutela diversa das inibitórias ou de remoção do ilícito¹⁹¹.

Ato contínuo, cabe ao jurista a avaliação dos interesses em jogo e da irreversibilidade dos efeitos da decisão. Marinoni chama atenção para o princípio da probabilidade, por meio do qual o juiz deve dissecar, dentro do conflito, qual a chance de veracidade dos direitos A ou B. No caso, a fundamentação judicial deverá partir de uma análise de verossimilhança subordinada a uma ponderação de reversibilidade dos efeitos da decisão¹⁹², por meio da qual o jurista irá construir sua análise de idoneidade e univocidade do objeto pretendido pela ordem inibitória.

A análise desses procedimentos sugere que as tutelas inibitórias ou de remoção do ilícito, encontrados seus elementos, são regras a serem avaliadas, por meio de uma série de princípios de proporcionalidade e pertinência que podem resultar na decisão por uma medida alternativa. O que se enxerga no sistema aplicado nos casos que envolvam a liberdade de expressão é o contrário. As tutelas inibitórias e de remoção do ilícito partem de uma posição de proibição, que pode ou não ser

¹⁹⁰ Ibid, p. 22.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

¹⁹² ARENHART, Sérgio. **A tutela inibitória da vida privada**. Vol. 2, Ribeirão Preto. Revista dos Tribunais. 2000. p.129.

subvertida, a depender do apelo do caso concreto. Como tratado por Ada Pellegrini, nas tutelas preventivas, tal qual seria o caso das tutelas inibitórias, pelo interesse de ação do judiciário não decorrer de prejuízo, mas de ameaça concreta a direito às tutelas preventivas são superiores às tutelas punitivas reparatórias ou ressarcitórias¹⁹³.

Outro elemento que corrobora a precedência das tutelas específicas no Código de Processo Civil é a disposição expressa de que, “a obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor requerer ou se impossível a tutela específica”¹⁹⁴, ou de resultado equivalente. Impossibilidade, aqui, de caráter absoluto e que desconstrói a ideia a de prevalência das compensações por perdas e danos em detrimento da inibição ou remoção do ilícito.

Justamente por essa razão, como indicado por Andrea Proto Pisani, as tutelas específicas, preventivas, inibitórias e de urgência seriam as tutelas processualmente adequadas para tratar dos danos que envolvam direitos não patrimoniais¹⁹⁵, visto que o direito da personalidade não pode ser apropriado como valor. Para o autor, as tutelas inibitórias devem ser admitidas como a tutela padrão para cuidar dos direitos de natureza não patrimonial¹⁹⁶.

Ainda referente aos embates sobre ponderação e escolha e qual tutela aplicar, é necessário destacar o elemento contextual em que o presente estudo está sendo desenvolvido, no qual a reconfiguração da comunicação social na internet subverteu completamente os efeitos do ilícito de expressão na sociedade. Se, antes, em um contexto de comunicação social mais controlada, protagonizada apenas pela mídia tradicional, o direito de resposta ou a compensação em perdas e danos passavam uma impressão de que as tutelas mais intervenientes não eram indispensáveis, hoje, a forma descontrolada como as informações se espalham na internet, o anonimato e a utilização de robôs, elevaram muito a extensão dos possíveis danos oriundos da desinformação, da mentira e do negacionismo. Conforme indicado, quando se tratou do dano social, qual a correção em continuar entendendo a inibição ou remoção do ilícito como medidas exageradamente interventivas, quando, na outra ponta, a sua

¹⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: habeas-corpus e mandado de segurança. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 76, p. 163-178, 1981. p. 3.

¹⁹⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

¹⁹⁵ PISANI, Andrea Proto. *La Tutela Giurisdizionale Dei Diritti Della Personalità: Strumenti e Tecniche Di Tutela*. **Il Foro Italiano**, vol. 113, Societa Editrice Il Foro Italiano AR, 1990. p.6-7.

¹⁹⁶ Ibid, p.17.

não aplicação pode resultar em genocídio, desestruturação do processo democrático, assassinato de reputações e ameaça às instituições da república?

Por óbvio, conforme já exposto neste trabalho, a pretensão a uma tutela contra a liberdade de expressão, de natureza essencialmente inibitória ou de remoção do ilícito, remete imediatamente ao debate sobre a proibição da censura e a impossibilidade absoluta de controle *apriorístico* da expressão. Quanto a isso, conforme já tratado, o regime de proibição absoluta ao qual se relaciona o princípio da vedação à censura é o da censura político-administrativa prévia.

Dentro da perspectiva da censura em sentido estrito, tutelas judiciais inibitórias não são confundíveis com atos censores, no passo em que são, na verdade, ferramentas de controle dos abusos do direito à expressão, constitucionalmente garantidas. Paralelamente, mesmo de uma abordagem que entenda o sentido amplo de censura, as medidas judiciais *ex post facto*, apesar de serem atos “censores”, são atos censores *sui generis*, não vinculados ao princípio da proibição da censura. De toda forma, é digno de nota que, mesmo no contexto em que se relacione censura ao exercício da jurisdição, tanto pela disposição do princípio da proibição da censura, quanto pela posição defendida pelo Supremo, a única modalidade de tutela inibitória que poderia ser limitada seria a tutela inibitória preventiva, por ser a única de natureza *apriorística*.

O que deve ficar claro é que a possibilidade de utilização das tutelas inibitórias não é obstruída pela liberdade de expressão ou pela vedação à censura. A hipótese de utilização das tutelas inibitórias e da remoção do ilícito é a devida indicação de que existe uma manifestação de expressão, acima de tudo ilícita, afastando qualquer outra proteção típica das liberdades de expressão e de comunicação. Como bem evidenciado por Orlando Gomes, a consequência de um ato praticado em abuso de direito é sua equiparação ao ilícito, portanto são vazias e não gozam de proteção jurídica¹⁹⁷. Conseqüência disso é que, nas situações em que haja abuso do direito à expressão ou à comunicação, não cabe atrair a literalidade ou a integralidade das garantias constitucionais desse mesmo direito, uma vez que não mais se trata do exercício regular do direito.

Em sentido análogo ao de Orlando Gomes, Sérgio Souza Cruz menciona que o ilícito de expressão também é caracterizado pelo abuso do direito à expressão que

¹⁹⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 12 ed. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro. Editora Forense, 1996, p. 134.

se consuma quando o exercício do direito se dá em contrariedade à função social da norma – contra *mens legis*¹⁹⁸. No caso da liberdade de expressão e de comunicação, esse cenário é percebido quando o exercício do direito ocorre em oposição aos princípios e fundamentos de prevalência da liberdade de expressão. Nesses termos, as tutelas inibitórias, como são ferramentas institucional e sistematicamente legítimas do ponto de vista constitucional e processual, especificamente moduladas para a tutela do ato ilícito, tornam-se medidas absolutamente adequadas ao controle dos ilícitos de expressão.

O que deve ser objeto de ponderação é que, tanto a justificativa para sua aplicação quanto para sua denegação precisa de fundamentação que, não só exponha as razões que evidenciem a utilidade e pertinência dessas, como também de quais formas a opção pelas ações alternativas satisfará o que se pretende proteger por meio das tutelas específicas. A Constituição, em sua composição sistemática, objetivismo e evolutismo, jamais pretendeu excluir outras formas de punição compatíveis com a lesão aos direitos da personalidade ou demais direitos extrapatrimoniais¹⁹⁹.

O que se tem, então, é um contexto processual em que os ilícitos de expressão e a liberdade de expressão podem ser tutelados por meio de três remédios que não são concorrentes, mas sim colaterais – cada um com seu objeto de tutela e fundamento de existência. O estudo desses elementos, no entanto, aponta para algumas distorções, cada vez mais gritantes em razão da reconfiguração da forma como a comunicação social passou a operar.

O direito de resposta, apesar de ainda ter suas hipóteses de pertinência, está defasado por não poder ser exercido contra outras potências da comunicação que não mídia tradicional e por não prever norma de equidade que obrigue o comunicador a garantir que a resposta tenha repercussão maior que a ofensa. A compensação em perdas e danos nunca atendeu e nunca atenderá ao propósito de reparar as partes lesadas, pois se trata de mera compensação acessória e subsidiária às demais providências. Além disso, o *quantum* das compensações não acompanha a nova dimensão dos danos causados pelo ilícito de expressão.

¹⁹⁸ ARENHART, Sérgio. **A tutela inibitória da vida privada**. Vol. 2, Ribeirão Preto. Revista dos Tribunais. 2000, p. 95.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e imagem. **Revista de informação legislativa**, n. 122. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Maio de 1994, p. 298.

Por fim, as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito que tradicionalmente sempre foram tratadas como medidas excepcionais, além de processualmente nunca terem sido, estão cada vez mais necessárias em virtude dessa configuração de pós-verdade beligerante que se estabeleceu na sociedade. Apesar disso, conforme será apreciado na sequência, o Supremo tem sido bastante comedido nessas atualizações de posicionamento.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO SUPREMO

Em uma disputa acirrada, o Supremo decidiu, com o julgamento da ADPF 130, por maioria, a necessidade de se retirar a Lei 5.250/1967 do ordenamento jurídico, tendo sido vencidos em parte os ministros Gilmar Ferreira Mendes, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie e integralmente vencido o ministro Marco Aurélio²⁰⁰. Conforme vem sendo sinalizado por todo o corpo do estudo, a partir desse julgamento, no ano de 2009, a corte constitucional firmou entendimentos estruturadores densos com relação à Liberdade de Imprensa e da Expressão, que se tornaram um fio condutor para virtualmente qualquer debate que discuta alguma pretensão de intervenção ativa nas liberdades de expressão e de comunicação.

Por mais que tenha se consagrado como pedra angular para se entender, com profundidade, a relevância de se tirar do Direito a Lei de Imprensa de 1967 e para compreender, com propriedade, a função estruturadora e a extrema relevância da liberdade de expressão num Estado Democrático de Direito, a ADPF 130 acabou canonizando, especialmente em sua ementa, algumas máximas problemáticas ao debate judicial. Noções como: “direito preferencial”²⁰¹ e “incensurabilidade prévia absoluta”²⁰² criaram, em grande parte por meio de valores morais, a noção de conceitos estáticos e inquestionáveis que, hoje, representam óbice à atualização do Direito em face das novas formas de comunicação social, dado que suas repetições ementistas não são incomuns nas instâncias ordinárias.

Ao que tudo indica, com o passar dos últimos doze anos, o Supremo se arriscou com certa timidez na pauta das limitações à liberdade de expressão, assunto mais atual do que nunca. A título de exemplo, temos a decisão proferida pelo ministro, Ricardo Lewandowski, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 840.718/DF²⁰³, no ano de 2018, em que o relator fez cessar “censura”

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 130. **Diário de Justiça Eletrônico**, Rel. Min. Carlos Britto, Brasília/DF, abr. 2008. p. 333-334.

²⁰¹ *Ibid*, p.4: “antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações [intimidade, vida privada, imagem e honra] como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras”

²⁰² *Ibid*, p.2 “Não há liberdade de imprensa pela metade. Não se admite censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário.”

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 840.718/DF**. Relator: Ricardo Lewandowski. 07 set. 2018. p.1-3

judicial imposta pela justiça do Distrito Federal ao jornal Estadão, que ficou por vários anos impedido de mencionar trechos da operação Boi Barrica e seus investigados. O magistrado, evocando as mesmas teses fixadas na ADPF 130, em 2009, reiterou a predileção interna do Supremo em tratar a intervenção na liberdade de expressão e de comunicação como prerrogativas diabólicas e delimitou a prevalência da retificação e da compensação por perdas e danos como tutelas preferenciais a quaisquer outras tutelas específicas contra o ilícito, nos seguintes termos:

[...]se proibiu a realização de qualquer forma de censura prévia, dá ensejo ao cabimento, em tese, da reclamação constitucional, uma vez que o STF proibiu a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões, sendo certo, ainda, que eventual abuso da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização.²⁰⁴

O que se observa, aqui, é uma reiteração de valores que, conforme será aprofundado na sequência, se debruça sobre as balizas firmadas na ADPF 130, mas não retorna às questões de mérito específicas, tanto da liberdade de expressão, quanto das demais tutelas. O que parece acontecer, no intervalo de nove anos que separa o julgamento da ADPF 130 e do agravo supramencionado, é uma manutenção jurídico-filosófica dos mesmos fundamentos jurídicos que consolidaram paradigmas rígidos para a tratativa das liberdades de expressão.

Seria injusto sugerir uma percepção de estagnação jurisprudencial quanto ao controle judicial da expressão e da comunicação. Conforme será demonstrado na sequência, apesar de ser perceptível uma certa corpulência em, com base na própria principiologia da liberdade de expressão, ressignificar o valor social desse direito e reorganizar a hierarquia dos remédios legais disponíveis, algumas mudanças já podem ser percebidas hoje. A mudança de lente, no entanto, parece vir condicionada a cenários de ameaça atroz a valores sociais e republicanos muito severos e excepcionais, que não atendem à ponta de quem recorre ao judiciário.

Se de um lado atua um Supremo extremamente reticente e preocupado em fazer concessões para relativizar o entendimento estabelecido de liberdade de expressão enquanto “super direito fundamental”, em outras frentes ponderações importantes sobre os limites da liberdade de expressão e de comunicação vêm sendo

²⁰⁴ Ibid.

desenvolvidas. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, apesar de também não recorrer à aplicação de tutelas inibitórias, supressão ou remoção de conteúdos ilícitos, vem amadurecendo as reflexões sobre limites à liberdade de expressão, de modo a rever esses elementos que dariam à liberdade de expressão uma posição de vantagem contra demais direitos.

Se, de um lado, o Supremo se dedicou extensamente a evidenciar o valor democrático e social intrínsecos à liberdade de expressão, seu caráter basilar e estruturador da democracia, até a sua elevação à categoria de direito fundamental *prima facie*, do outro, o Superior Tribunal de Justiça vem problematizando matérias até então pouco trazidas à análise, como os deveres de cuidado e de verdade²⁰⁵. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça também tem tido a preocupação de rememorar a servidão de qualquer direito fundamental, como é o caso da liberdade de expressão, à concretização da dignidade da pessoa humana²⁰⁶.

Dentre as posições firmadas no Superior Tribunal de Justiça, é interessante mencionar que, ao que parece, na falta da possibilidade de direito de resposta e no temor de deferir tutelas inibitórias ou de remoção do ilícito, o Tribunal possui tese firmada para extrapolar os três remédios direcionados ao ilícito de expressão tratados até aqui, no caso, a retratação. O deferimento de pedidos de retratação, *sui generis*, fundamentado por um exercício de razoabilidade e proporcionalidade atentos ao cumprimento do princípio da reparação integral tem sido um resultado comum de se encontrar nas turmas do STJ²⁰⁷. Apesar de se tratar de sanção concomitante apenas à compensação por perdas e danos, o desenvolvimento da doutrina dessa reparação *off label* serviu como terra fértil para que o STJ devolvesse às discussões doutrinárias a qualificação e a delimitação de deveres laterais de conduta mínimos para o pleno exercício da liberdade de expressão.

Liberdade de expressão e de informação em contraponto à proteção aos direitos da personalidade. O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, para situações de conflito entre tais direitos fundamentais, entre outros, os

²⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.704.600/RS**. Diário de Justiça. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília/DF. 2017, p. 4: “2. A liberdade de expressão, embora prevalente no ordenamento, não é absoluta.3. Verificado o excesso de reportagem decorrente do desbordo dos fins informativos, devem prevalecer os direitos da personalidade com o consequente ressarcimento dos danos correlatos.”

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.576.988/PR**. Diário de Justiça. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília/DF. 2015, p. 5.

²⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.704.600/RS**. Diário de Justiça. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília/DF. 2017, p. 10.

seguintes elementos de ponderação: a) o compromisso ético com a informação verossímil; b) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e c) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*).²⁰⁸

No mesmo sentido, se de um lado a doutrina e a jurisdição constitucional seguem resistindo à institucionalização e à normalização das tutelas inibitórias e de remoção do ilícito, legitimadas pela lei, ao mesmo tempo a instância superior tem avançado muito no mérito da possibilidade de intervenção na liberdade de expressão, especificamente, sob a perspectiva do direito ao esquecimento.

A evolução doutrinária está ocorrendo, mesmo que de maneira transversa. No entanto, conforme explicitado na decisão recente do ministro Ricardo Lewandowski, a tutela da informação e da expressão segue no imaginário da corte como impossível aprioristicamente e significativamente repulsiva *a posteriori* e isso segue sendo um tabu para o judiciário, que condena a apreciação de mérito quanto à liberdade de expressão a uma repetição ementista para assuntos complexos.

Visto isso, na sequência, o trabalho irá analisar pormenorizadamente, tanto o julgamento da ADPF 130, quanto a evolução das posições firmadas pelo Supremo nos últimos anos, para identificar onde as bases teóricas da corte constitucional permanecem estáticas e onde existe a sinalização de mudança. Ao final, será possível perceber uma inadequação anacrônica do pensamento vigente no Supremo com os novos fatos que orientam a vida em sociedade. Apesar disso, com base nessa análise, será possível propor fundamentos que justifiquem uma alteração de posicionamento da instância constitucional com relação à tutela da expressão e da aplicabilidade das tutelas inibitórias e de remoção do ilícito como regra geral.

3.1 O PARADIGMA DA ADPF 130

Em diversos trechos do presente trabalho, recorreremos a um *foreshadowing*, do teor do julgado da ADPF 130, a fim de contextualizar os axiomas mais “problemáticos” do paradigma de 2009. O julgamento da ADPF 130 não ocorreu por meio de um consenso global entre os ministros do STF que, em pontos extremamente relevantes,

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.771.866/DF**. Diário de Justiça. Rel. Marco Aurélio Bellizze. Brasília/DF. 2019, p. 10.

divergiram tanto com relação às molduras que caberiam à liberdade de imprensa, quanto com relação ao resultado do julgamento em si. Razão esta, que justifica o aprofundamento no conteúdo do julgado para entender como foi construído o pensamento que acabou por consagrar as máximas de “direito prevalecente” ou de vedação absoluta à censura prévia.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130 foi movida pelo Partido Democrático Trabalhista no ano de 2008, em que foi questionada a constitucionalidade da Lei 5.250/67, batizada como Lei de Imprensa. Na instrução do processo, provocou-se o Supremo a planejar se a Constituição de 1988 teria recepcionado alguns dispositivos da Lei de Imprensa que, aparentemente, colidiram com um considerável rol de direitos e garantias insculpidos na CF/88 – art. 5º. IV, V, IX, X, XIII e XIV e art. 200 a 223.

Em suas disposições gerais, a Lei de Imprensa positivou uma série de medidas que, aos moldes de hoje, não poderiam ser referenciadas de nenhuma forma que não absolutamente descoladas da realidade democrática. Em suas disposições gerais, o antigo código, por exemplo, dispunha de procedimentos institucionais para o recolhimento e apreensão de impressos – arts. 61, 62, 63 – mediante iniciativa do Ministro da Justiça, com sua respectiva destruição por meio da ratificação judicial de sua periculosidade o que é, por excelência, a legalização da censura político-administrativa prévia.

Esse e outros permissivos da lei de imprensa podem ser vistos como de caráter extremo, ainda mais nos tempos de hoje, com uma democracia mais amadurecida. Seu afastamento de fato era necessário, em razão de uma lógica democrática. Fato é que, apesar disso, trocou-se uma determinação legal e procedimental expressa para a tutela mínima da expressão, por um vácuo normativo, apenas principiologicamente amparado, transmitindo-se a responsabilidade exclusiva pelo controle dos ilícitos de expressão ao poder judiciário, que assumiu protagonismo dos atos de controle estatal contra os abusos de direito à expressão.

3.1.1 Tese prevalecente na ADPF 130

Posta a matéria em pauta e sendo notável a sensibilidade dela, os votos dos ministros se dedicaram profundamente ao plano jurídico, mas também em demasia com o campo da moral, do valor, do clamor social e da vontade subjacente da nossa

ordem democrática. Não por acaso, o relator, na inauguração de seu voto, é bem claro ao posicionar a liberdade de expressão e de Imprensa como “o princípio dos princípios da Constituição de 1988”²⁰⁹. A perspectiva inaugural do relator se prende a uma ideia de que democracia e liberdade de imprensa seriam irmãs siamesas, uma vez que, por meio desta que se faz presente aquela, na ontologia de todos os demais princípios constitucionais. Importante complementar que entre a imprensa e a democracia existe uma relação entranhada de mútua dependência e de retroalimentação.

Não existe nenhuma inverdade na posição adotada pelo relator, pois o estudo dos princípios integradores e dos fundamentos das liberdades e de expressão sempre remetem ao princípio democrático, no entanto, é precipitado afirmar que a liberdade de imprensa seja “nesse estádio multifuncional, em si mesmo, um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político cultural de todo um povo”²¹⁰, menos ainda que sua simples liberdade traga “status de civilização avançada” ao Estado que não lhe limite.

A liberdade de imprensa é, sim, ferramenta por meio da qual é construído um ambiente democrático múltiplo e plural, contanto que seja exercida de forma proba. Do contrário, ela pode ser a ferramenta por meio da qual a democracia cai. Negar isso seria negar, por exemplo, o papel que a propaganda Goebbeliana teve na corrupção do Estado alemão ao Nacional Socialismo, por exemplo. Enquanto ferramenta para a construção do Estado, a liberdade de expressão não possui valor inato – bom ou ruim –, ela é tão somente necessária dentro de seu propósito ideal. Não por acaso, o teor do voto do relator, apesar de acompanhar a percepção de que a liberdade de expressão é “sobredireito”, também trata, em paralelo, da incumbência da imprensa como garantidora de um direito à informação, mas também como uma refém de um dever de responsabilidade²¹¹.

O ministro dá destaque ao fato do §1º do art. 220 da Constituição Federal esticar a amplitude do direito à expressão e à comunicação ao incorporar a “plenitude” de seu exercício no texto constitucional. De fato, o texto do §1º é forte ao ditar que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130**. Diário de Justiça Eletrônico, Rel. Min. Carlos Britto, Brasília/DF, abr. 2008. p. 40.

²¹⁰ Ibid, p. 25.

²¹¹ Ibidm, p. 24

disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”²¹². No entanto, o mesmo rigor hermenêutico que se debruça sobre o valor de garantir uma liberdade jornalística “plena”, precisa incidir sobre a observação do art. 5º e, talvez, principalmente, para a expressão “informação jornalística”²¹³.

Conforme minuciosamente estudado no capítulo das liberdades comunicacionais, não é a toda e qualquer expressão de opinião que pode ser incorporado de valor: (a) informativo; ou (b) jornalístico. Nesse sentido, apenas seria possível interpretar a questão da plenitude da liberdade de informação, por exemplo, em uma análise que dedique espaço e esmero aos demais valores semânticos contidos na norma constitucional, sem que haja nenhum recorte.

Dito isso, o relator apresenta uma proposição de “calibração temporal” da análise do exercício do direito à liberdade de imprensa em que, primeiramente, assegura-se o gozo dos “sobredireitos” da personalidade, entendidos pelo relator como aqueles inseridos no gênero liberdade de expressão e, então, diante da situação de colisão em concreto, manobrar as soluções jurídicas cabíveis de modo a não ferir ou a interferir minimamente neste primeiro²¹⁴. Para o ministro não haveria possibilidade de garantir a liberdade de manifestação, senão em plenitude e via intervenção mínima. Quem quer que seja pode dizer o que quer que seja, ao menos na linha de partida das coisas, é uma orientação contida no entendimento do relator, que pode ser extraída do seguinte trecho:

A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe cabe receber (quanto maior o dano, maior a indenização) opera é no próprio interior da relação entre a potencialidade da ofensa e a concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa. Repito: nada tendo a ver com essa equação de Direito Civil a circunstância da veiculação da ofensa por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Até de nulificação, no limite.²¹⁵

²¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130.** Rel. Min. Carlos Britto, Brasília/DF, abr. 2008. p. 43

²¹⁴ Ibid, p. 45-46.

²¹⁵ Ibid, p. 49

O relator também delimita em suas razões o que se tratou até o presente momento como: hierarquia das providências processuais para tratar dos ilícitos de expressão, reforçando que:

54. É hora de uma primeira conclusão deste voto e ela reside na proposição de que a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu (que ainda abarca todas as modalidades de criação e de acesso à informação, esta última em sua tríplice compostura, conforme reiteradamente explicitado). Liberdades que não podem arredar pé ou sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, compreensivo este das próprias emendas à Constituição, frise-se. Mais ainda, liberdades reformadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de Imprensa. Isto de modo conciliado:

I - contemporaneamente, com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão;

II - a posteriori, com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros. Sem prejuízo do uso de ação penal também ocasionalmente cabível, nunca, porém, em situação de rigor mais forte do que o prevalecente para os indivíduos em geral.²¹⁶

O relatório, acompanhado pela maioria dos pares, vai ao encontro de uma concepção ultraliberal de liberdade de imprensa, alinhada a uma doutrina tradicionalmente norte-americana na qual, ideologicamente, milita-se uma noção de que a liberdade se regula apenas por meio de mais liberdade, no passo em que, o silenciamento da expressão é equivalente à pilhagem da raça humana, seja de seus erros a serem corrigidos ou de seus acertos a serem difundidos²¹⁷. O relator postula, inclusive, a impossibilidade legística sobre o "núcleo duro" da liberdade de imprensa, posicionando o Estado como principal violador em potencial da liberdade de expressão, sem se atentar, como bem delineado por Ilton Robl Filho, que o Estado, apesar de ser violador em potencial de garantias fundamentais, também é aquele responsável por assegurar e promover essa mesma liberdade²¹⁸.

Outro ponto digno de nota é a adoção do conceito de imprensa em sentido clássico, entendendo a imprensa, em razão da falta de disposição legal, como atividade alheia à internet. O desdobramento disso é que às atividades

²¹⁶ Ibid, p. 58-59

²¹⁷ MILL, John, **Ensaio Sobre a Liberdade**. Clube dos Autores. 2020, p. 29.

²¹⁸ ROBL, Ilton. **Fundamentos Filosóficos e políticos das liberdades de imprensa e de expressão no Estado Democrático de Direito**: Algumas reflexões a partir do constitucionalismo norte-americano e do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na ADPF nº. 130. In: MAIA, Luciano *et al.* Direitos Fundamentais e Democracia I. Compedi. 2014, p. 8-10.

desempenhadas na “internet” não haveriam as mesmas garantias de plenitude destinadas à imprensa tradicional, o que já contraria percepções mais integralistas de imprensa enquanto meio amplo e não fim²¹⁹, assim como, conceitos anteriores ao julgamento da ADPF²²⁰.

Nos votos que acompanharam o relator, os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello fizeram suas próprias considerações no sentido de concordar com a exposição do relator quanto à missão democrática da liberdade de imprensa. Apesar de concordar com o desfecho do relatório, existem considerações jusfilosóficas relevantes, até mesmo na adesão dos pares ao sentido construído pelo ministro Ayres Britto.

Menezes Direito reitera a noção de simbiose constitucional inerente à liberdade de imprensa e coaduna com a ideia de que a imprensa opere como reguladora, ao afastar os segredos do que deveria ser público e a desinformação por parte do Estado, com um papel político de imunidade limitada em relação aos próprios erros²²¹. Importante destacar, aqui, que tal qual o relator, o ministro Menezes Direito, apesar de pender pela incompatibilidade absoluta da Lei de Imprensa, com base em uma ideia de raiz corrompida incompatível com a Constituição de 1988, indica, em sua argumentação, uma figura subjacente e essencial de “combate à desinformação”, qualificadora da função dessa liberdade. Apesar de destacar que o próprio Pacto Internacional de São José da Costa Rica indica que a livre manifestação traz deveres de responsabilidade especiais, sujeitos a restrições, o ministro acaba concluindo pelo afastamento total da lei de imprensa, delimitando, ao final, a necessidade de considerar, no embate entre direitos fundamentais, que cada um desses direitos possui suas qualidades científicas próprias e que elas precisam ser enfrentadas como pressupostos de equilíbrio na interpretação constitucional²²².

A opinião dos pares converge para a afirmação de Celso de Mello, de que “não existem liberdades absolutas”, portanto, a liberdade de expressão também não seria legatária dessa característica. No entanto, existe uma distorção quanto a isso, que ocorre ao se elevar o direito à expressão a um status de direito privilegiado. Se, na

²¹⁹ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 174.

²²⁰ CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 200.

²²¹ Ibid, p. 86

²²² Ibid, p. 86.

tese vencedora, consagra-se a ideia de que o direito de resposta é o remédio próprio contra o abuso da expressão e a compensação por perdas e danos é remédio bastante para os demais casos de abuso dos direitos da personalidade não se está reconhecendo devidamente o papel das tutelas que se voltam contra o ato ilícito em si. Assim, a liberdade de expressão, na prática, passa a ter sim caráter de direito absoluto, uma vez que estaria praticamente blindada contra as tutelas inibitórias ou de remoção do ilícito, dentro da hermenêutica estampada na ementa da ADPF. Nesse sentido:

Cabe observar, bem por isso, que a responsabilização "a posteriori", em regular processo judicial, daquele que comete abuso no exercício da liberdade de informação não traduz ofensa ao que dispõem os §§ 1º e 2º do art. 220 da Constituição da República, pois é o próprio estatuto constitucional que estabelece, em favor da pessoa injustamente lesada, a possibilidade de receber indenização "por dano material, moral ou à imagem" (CF, art. 5º, incisos V e X).²²³

Paralelamente, a corrente vencedora enxerga a questão do vácuo normativo como pouco problemática, frente aos valores transcendentais que se buscou preservar com a remoção completa da Lei de Imprensa do universo normativo. Como discorrido pelo ministro Celso de Mello, as questões atinentes às lacunas normativas subsequentes à remoção da Lei de Imprensa seriam solucionadas mediante aplicação imediata do próprio texto constitucional que, em seu art. 5º, incorporou institutos como o próprio direito de resposta²²⁴.

A posição adotada pelo ministro Ayres Britto, acompanhada pela maioria, está perfeitamente alinhada com o condão doutrinário que ele utiliza para construir seu voto – ultraliberal. No mesmo passo, tudo que é tecido pelo magistrado acerca dos valores sociológicos da Lei de Imprensa e seus flertes com o autoritarismo traz verdades irreparáveis. No entanto, é relevante destacar que a posição do relator: (i) tem pouca intimidade com o problema da difusão de informações na rede, o que reforça a questão de seu anacronismo diante das novas formas de comunicação social; (ii) tem inclinação dogmática para as posições de viés ultraliberal; (iii) robustece o valor da concepção de plenitude de informação jornalística no texto constitucional

²²³ Ibid, p.86.

²²⁴ Ibid, p. 186: "Isso significa que a ausência de regulação legislativa, motivada por transitória situação de vácuo normativo, não se revelará obstáculo ao exercício da prerrogativa fundada em referido preceito constitucional, que possui densidade normativa suficiente para atribuir, a quem se sentir prejudicado por publicação inverídica ou incorreta, direito, pretensão e ação, cuja titularidade bastará para viabilizar, em cada situação ocorrente, a prática concreta da resposta e/ou da retificação."

sem enfrentar diretamente o mérito conceitual do que seria informação e jornalismo de fato; (iv) faz ponte com os direitos fundamentais indicados no corpo do art. 220, §1º, sem enfrentar o mérito de que a inibitória e a remoção do ilícito são institutos processuais constituídos e sua aplicação por meio do processo civil é, também, um direito fundamental; e (v) aposta que a lacuna normativa, no plano infraconstitucional, pode ser preenchida, inteiramente, pela aplicação imediata do texto constitucional.

3.1.2 A divergência na ADPF 130

Em sentido diverso, a divergência instaurada pelo ministro Joaquim Barbosa militou pela parcial procedência do pedido, salvaguardando os artigos 20, 21 e 22, da Lei de Imprensa que, por tratarem de tipos penais já existentes – calúnia, injúria e difamação –, mas agravados em razão do cometimento por meio da imprensa, seriam compatíveis com o ordenamento constitucional²²⁵.

Aqui, talvez o primeiro ponto que chama a atenção seja o distanciamento da retórica das "raízes podres" que, apesar de todos as ressalvas de cada voto proferido, seguiu orientando a posição de que: "a nascente autoritária da Lei de Imprensa é incompatível com a Constituição Federal de 1988". Conforme já mencionado, a presente posição ataca a fonte e não o conteúdo do direito, que aqui se fez de forma diversa.

Sem renegar o papel fundante das civilizações na atividade de imprensa e nas liberdades de expressão, de comunicação e de pensamento, o ministro Joaquim Barbosa instaura uma ressalva importante sobre a questão dos princípios inerentes à plena liberdade de comunicação, no caso, a pluralidade.

não basta ter uma Imprensa inteiramente livre. Em primeiro lugar, é preciso que ela seja suficientemente diversa e plural, de modo a oferecer os mais variados canais de expressão de ideias e pensamentos aos mais diversos segmentos da sociedade; em segundo lugar, é preciso que essa salutar e necessária diversidade da Imprensa seja plena a ponto de impedir que haja concentração. Situações como as existentes em algumas unidades da nossa Federação, em que grupos hegemônicos dominam quase inteiramente a paisagem audiovisual e o mercado público de ideias e informações, com fins políticos, não é nada positivo para a formação da vontade pública e para a consolidação dos princípios democráticos.²²⁶

²²⁵ Ibid, p. 109.

²²⁶ Ibid, p. 109.

O ministro desenha uma obviedade que muitas vezes passa despercebida nos debates de valor sobre a liberdade de expressão e de imprensa, que é a “personalidade” do agente que exerce essas liberdades. Jornais, periódicos, blogs, fóruns, emissoras e canais de televisão têm donos, agendas e interesses de natureza particulares e esse mérito precisa ser enfrentado antes de se militar por uma imprensa de liberdades irrestritas. Em sua posição, o ministro enfrenta o problema da liberdade de expressão enquanto situação no mundo e não apenas enquanto ideia.

Em crítica direta à matriz ultraliberal da liberdade de expressão, Barbosa reforça que a liberdade de imprensa possui função multidimensional em que o Estado, muito além de violador em potencial da liberdade de expressão, também desempenha papel de garantidor e fortalecedor das liberdades, justamente no passo em que modula seus limites às peculiaridades históricas do país, à interação entre grupos dominantes e minoritários e tudo mais que pode incidir diretamente no exercício da liberdade de imprensa. O direito à liberdade de imprensa precisa ser visto também pela ótica do destinatário.

É importante salientar que, antes de determinar um valor global para a liberdade de imprensa e sua absoluta blindagem contra a intervenção do Estado, é necessário compreender que a intervenção do Estado, mesmo que na orientação de limitação, pode ser feita de modo a preservar princípios integradores da liberdade de imprensa. O Estado pode, por exemplo, possibilitar que o espaço para a comunicação social seja de fato plural, no mesmo sentido em que pode preservar o valor democrático ao controlar manifestações de opinião que desequilibrem ainda mais a relação entre grupos minoritários e majoritários. No mesmo aspecto, sob a ótica de preservar o destinatário da comunicação social, o Estado também desempenha papel democrático, por exemplo, ao cercear a fala de quem possa colocar em risco a sociedade e os cidadãos – como é o exemplo do incentivo à quebra de quarentena ou à não vacinação.

Tais ressalvas não tornam o voto da divergência disruptivo com a noção da proibição à censura ou à liberdade plena de informação. Não por acaso, em suas considerações, o ministro foi extremamente enfático ao repudiar dispositivos censores da Lei de Imprensa que se ampararam em vaguezas conceituais de ordem social ou discricionária.

O procurador-geral da República sugere a compatibilidade do texto com a Constituição, se o termo "moral e bons costumes" for interpretado com o sentido de "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família" nos exatos termos do art. 221, IV, da Constituição. Com essa compreensão, que extrai da expressão "moral e bons costumes" o ranço autoritário e a vagueza conceitual em que ela se vê envolta, e a remete a valores acolhidos pela nova ordem constitucional, entendo que o dispositivo pode ganhar uma sobrevida.²²⁷

Se, de um lado, o ministro Joaquim Barbosa foi expresso em relação à necessidade de avaliação pormenorizada dos valores envolvidos nos fatos que provoquem conflitos com a liberdade de imprensa, o ministro Cezar Peluso inaugura sua posição retomando a realidade constitucional expressa de que, a despeito da doutrina ultraliberal ou do recurso às escolas do Direito norte-americano, a Constituição de 1988 não prevê relação alguma de direitos absolutos. Portanto, não seria razoável conceber à liberdade de comunicação a largueza e a invulnerabilidade trazidas pelo relator e os demais ministros que acompanharam a posição que formou maioria²²⁸.

Quando a Constituição Federal se refere à plenitude desse direito, ela, evidentemente, não apenas pressupõe as suas próprias restrições literais que constam do caput do artigo 220, do § 1-e das outras normas a que se remete, como estabelece que se trata de uma plenitude atuante nos limites conceitual-constitucionais.²²⁹

A liberdade de imprensa é plena nos limites conceitual-constitucionais, dentro do espaço que lhe reserva a Constituição. E é certo que a Constituição a encerra em limites predefinidos, que o são na previsão da tutela da dignidade da pessoa humana. Noutras palavras, a Constituição tem a preocupação de manter equilíbrio entre os valores que adota, segundo as suas concepções ideológicas, entre os valores da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana.²³⁰

Apesar de acompanhar a maioria, o posicionamento jusfilosófico do ministro César Peluso rejeita integralmente a ideia de blindagem legística da liberdade de comunicação e afirma que, uma vez afastada a Lei de Imprensa é, sim, prerrogativa do Congresso Nacional a edição de uma "Nova Lei de Imprensa" que converse melhor com os valores constitucionais de 1988, devendo recair no colo do judiciário os litígios ao direito de resposta e demais conflitos correlatos²³¹.

²²⁷ Ibid, p. 113.

²²⁸ Ibid, p. 122.

²²⁹ Ibid, p. 122.

²³⁰ Ibid, p. 123.

²³¹ Ibid, p. 124.

A ministra Ellen Gracie acentua que, o art. 220 da Constituição, utilizado como base para a posição da maioria acerca da impossibilidade absoluta de regulação legislativa da liberdade de comunicação, ao proibir embaraços legais para o livre exercício da liberdade de comunicação, fez referência a dispositivos que impuseram dificuldades concretas ao exercício de tal liberdade e não a toda e qualquer modalidade de moderação²³².

o artigo 220 da Constituição Federal, quando assevera que nenhum diploma legal conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade conferida aos veículos de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV, quis claramente enunciar que a lei, ao tratar das garantias previstas nesses mesmos incisos, esmiuçando-as, não poderá nunca ser interpretada como empecilho, obstáculo ou dificuldade ao pleno exercício da liberdade de informação.²³³

No pensamento da ministra, por exemplo, seria possível uma lei que controle a concentração da mídia ou que crie uma agência reguladora de *fact checking*, mas nunca uma lei que permita ao Estado remover conteúdo ou impedir publicações discricionariamente, cabendo sempre ao poder judiciário apreciar se determinada disposição legal representa devido embaraço à liberdade de comunicação.

Em sentido mais radical, o ministro Marco Aurélio é o único a se posicionar pela total improcedência da retirada da Lei de Imprensa do ordenamento jurídico. Como primeiro argumento, estaria a impertinência da jurisdição a “proceder a partir de um ranço, de um pressuposto de que essa lei foi editada em regime de exceção”²³⁴. A crítica feita pelo ministro ataca frontalmente a posição exarada pelo relator e seus colegas que lhe acompanharam, no sentido de trazer para a análise do Direito um valor emocional histórico e anacrônico que amparou a Lei de Imprensa, no caso, seu contexto de edição.

É cediço que o posicionamento criticado é eminentemente não institucional. A primeira razão no posicionamento do ministro Marco Aurélio parece ser a de que o apelo à emoção não enfrenta o mérito jurídico da Lei. É como se – a título de exemplo –, após deflagrado um robusto e sistemático esquema de corrupção que tivesse influenciado o trabalho legislativo do Congresso, tentasse-se revogar toda a legislação aprovada nesse período, por conta de uma espécie de vício de origem. A esse tipo de

²³² Ibid, p. 126

²³³ Ibid, p. 128.

²³⁴ Ibid, p. 143.

distorção de origem, caberia a correção pela própria via legislativa. Ao universo jurídico, caberiam as correções de matéria de litígios de fato e não uma atuação simplesmente revanchista.

Marco Aurélio trata frontalmente da questão do “vácuo normativo”, que seria deixado pela Lei de Imprensa, como impeditivo de adesão à tese vencedora. Para o ministro, a demanda pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seria infundada, visto que o controle jurisdicional, desde a promulgação da CF/88, tomou conta de separar o que dialoga e o que não dialoga com a nova ordem constitucional. Em uma abordagem pragmática, uma vez que, no Brasil, a despeito da existência da Lei de Imprensa, não se experimenta a censura e o cerceamento da liberdade de imprensa, para nada serviria a remoção da lei da forma como foi proposta. Apesar de inclinado a uma primazia para o direito à expressão frente aos demais direitos, a divergência solitária de Marco Aurélio é a única a problematizar as consequências de se retirar, judicialmente, um código de lei do ordenamento jurídico, sem nada para ocupar seu lugar²³⁵.

A preocupação se provou sensata, no momento em que, anos depois, de fato foi necessária a promulgação de uma Nova Lei do Direito de Resposta e, hoje, mais do que nunca, debate-se a criação de Leis voltadas para a regulação da atividade comunicativa, como a Lei 2630/20, intitulada Lei das *Fake-news* e até mesmo outros exemplos já vigentes, como o Marco Civil da Internet.

Gilmar Ferreira Mendes traz em seu voto a mesma preocupação levantada por Marco Aurélio, no passo em que a remoção da Lei de Imprensa, em sua totalidade e a criação de um vácuo normativo seria capaz de trazer problemas sérios ao cidadão comum. Não apenas, os próprios veículos de imprensa também ficariam sujeitos a toda e qualquer aventura jurisdicional e formação de opinião de magistrados por todo o país²³⁶, uma vez que não estariam munidos de uma normatividade para estabilizar suas expectativas com relação ao Estado. Quanto à questão da liberdade plena, o ministro salienta que, de fato, o art. 220, tal qual a 1ª Emenda da Constituição norte-americana, sugere um paradoxo constitucional em que o texto indica uma modalidade

²³⁵ Ibid, p. 134: “Começo por perguntar a mim mesmo: a quem interessa o vácuo normativo? A jornais? A jornalistas? Aos cidadãos em geral, destinatários da vida organizada? Diz-se que amanhã passaremos, depois da decisão do Supremo, a ter liberdade. Penso que não, Presidente. Passaremos a ter a babel; passaremos a ter, nos conflitos de interesse, o critério de plantão estabelecido pelo julgador, a partir de um ato de vontade - o ato interpretativo do arcabouço da ordem jurídica.”

²³⁶ Ibid, p. 160.

de liberdade plena e, portanto, imune a esforços legiferantes reguladores, de um lado, e a hipótese de reserva legal, de outro. No entanto, tal qual o posicionamento esposado pela ministra Ellen Gracie, o aparente paradoxo se desconstrói na perspectiva de que “as restrições legislativas são permitidas e até exigidas constitucionalmente quando têm o propósito de proteger, garantir e efetivar tais liberdades”²³⁷.

Dentro da posição prevalecente na corte, o que talvez chame mais atenção seja o tratamento diferenciado que restou ao chamado “primeiro bloco de bens da personalidade”, em modalidade de “sobretutela”. Por mais que o entendimento construído pelo relator busque conferir algum grau de compromisso com a valoração equitativa dos direitos fundamentais, a construção hermenêutica do relatório edifica uma percepção de “sobredireito” que parece confrontar a máxima de que “não existem direitos absolutos”. Em algum trecho, absolutamente todos os magistrados da corte fazem uso da premissa de que não existem direitos absolutos, mas as conclusões acerca desse, – até então – fato incontestável divergem radicalmente.

No primeiro bloco de pensamento, o ponto de partida parece ser o valor elevado da liberdade de expressão frente às demais e como fazer para preservar essa máxima, ao mais extremo grau, sem que isso signifique um absolutismo de direito. É como se o direito, nessa percepção, tivesse que ser absoluto, mas não pudesse. O resultado disso deságua na modulação de todo o diálogo sistemático legal que a liberdade de comunicação terá com os demais institutos legais e constitucionalmente amparados que o Direito confere para o tratamento dos chamados Ilícitos de Expressão. Por conta disso, percepções sobre a proibição de regulamentação legal ou de aplicação de censura prévia ou posterior são removidas do leque de possibilidades, na origem, por uma questão ideológica liberal bastante atenta aos princípios, mas talvez não tão amarrada aos fatos.

A corte converge para o fato de que a liberdade de expressão não é absoluta, mas que não deve ser limitada a não ser em casos extremos. Portanto, prevalece o direito de resposta, nos termos da lei, e para os demais casos transmuta-se o objeto do dano em valor e se aplica às perdas e danos. Ocorre que, conforme exposto, nem perdas e danos e muito menos o direito de resposta são tutelas cujo objeto é o ato ilícito em si. Ambas tratam, mediocrementemente, os sintomas, mas não a doença.

²³⁷ Ibid, p. 217.

Do outro panorama, os pensamentos divergentes concordam com o valor social e estruturador da democracia que a liberdade de expressão tem, mas sem colocar que esta, tal como todas as outras liberdades fundamentais, não esteja sujeita a controle de razoabilidade e proporcionalidade quando em matéria de conflito e ilícito. A lógica aqui parece partir da máxima de que “não existem direitos absolutos” e ponto. A existência de direito absoluto é ponto de partida e, a partir daí, nos conflitos que envolvam ilícitos de expressão, as situações de fato devem ser trazidas à mesa e as consequências potenciais de preservar um ou outro direito devem ser esmiuçadas, mas, principalmente, os elementos científicos próprios de cada direito devem ser apreciados nos juízo de convencimento.

Feito isso, a solução será construída a partir das situações do mundo, mediante fundamentação robusta, sem ignorar nenhuma das soluções disponíveis no direito. Se a solução para determinada situação for regulamentação legal, legisle-se; se a solução for impedir que determinada manifestação caluniosa se espalhe institucionalmente, utilize-se da tutela inibitória; se o agravo partir de um abuso do poder de comunicar, defira-se direito de resposta; e se o ilícito se der de maneira formalmente adequada, mas materialmente ofensiva, ordene-se compensação por perdas e danos. Ocorre que, essa posição definitivamente não se traduz na orientação firmada na “regra geral” esculpida ao final da ADPF 130, causando impasses capazes de paralisar a consecução de demais direitos fundamentais, quando em conflito com este. Nesse sentido:

Todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo ou o veículo de comunicação social, não é admitido, o que causa uma momentânea paralisação da inviolabilidade de alguns direitos subjetivos fundamentais. Contudo, também está vedado a anonimato e assegurado o direito de resposta e o regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Assim se inibe abusos no desfrute da plenitude da liberdade de imprensa.²³⁸

O Supremo não conseguiu, ao julgar a ADPF 130, balizar todas as nuances possíveis para os conflitos envolvendo ilícitos de expressão. O que ocorreu, de fato, foi a fixação de uma pedra angular, principiológica e orientadora, que repetidamente pesou sobre demais julgamentos paradigmáticos que chegaram até a corte nos anos seguintes.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130**. Rel. Min. Carlos Britto, Brasília/DF, abr. 2008. p. 5.

3.2. LIBERDADE DE IMPRENSA NO SUPREMO, APÓS ADPF 130

Com o passar dos últimos 12 anos, o Supremo repetidamente retomou a pauta dos limites da liberdade de expressão. Casos emblemáticos, como o caso Sarney vs. Estadão chegaram às mãos do Supremo e tanto reforçou quanto colocou em xeque o teor da ADPF 130 que havia colocado como orientações gerais: (a) caráter preferencial da liberdade de expressão; (b) incensurabilidade apriorística; (c) preferência por perdas e danos e direito de resposta.

A evolução da doutrina e da jurisprudência da corte sugeriu uma estagnação de mais de uma década na liberdade de comunicação e de Expressão no âmbito do Supremo, até que, conforme será demonstrado, uma mudança brusca de paradigma começou a ser sinalizada no ano de 2020, em consonância com as gritantes e profundas mudanças vividas na sociedade, em especial no que tange à comunicação.

3.2.1 Sarney vs. Estadão – Reclamação nº. 9.428/DF de 2009

No mesmo ano do julgamento da ADPF 130, a Suprema Corte recebeu um dos casos mais emblemáticos do país, no que diz respeito às tutelas inibitórias e sua preservação. Autuada como a Reclamação Constitucional n. 9.428/DF²³⁹, o famigerado caso Sarney vs. O Estadão chegou ao Supremo pleiteando a cassação de tutela inibitória concedida pela justiça do Distrito Federal que proibiu que o jornal O Estado de S. Paulo veiculasse informações sobre processo judicial em segredo de justiça contra Fernando Macieira Sarney.

O dissídio teve origem no momento em que Sarney, alvo de investigação na operação Boi Barrica, que apurava a participação do proponente pela prática do crime de caixa dois nas eleições de 2006, ajuizou ação inibitória perante a 12ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal buscando impedir que o jornal reclamado pudesse mencionar seu nome, vinculado à referida investigação que corria em segredo de justiça. Vencido na primeira instância, o requerente conseguiu a medida “censora” em instância recursal e, a partir desse momento, o periódico requerido ficou proibido de adereçar o nome do proponente.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional 9.428/DF**. Relator: Ministro Carlos Britto. 10 dez. 2009. p.1.

O que torna esse caso um emblema é o fato de que, mesmo diante de todas as balizas firmadas por meio da ADPF 130, a proibição do Estadão em mencionar o nome de Fernando Sarney perdurou até o ano de 2018, quando veio a decisão do ministro Ricardo Lewandowski no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário de n. 840.718/DF, que determinou a suspensão da proibição nos seguintes termos:

A alegação de ofensa à decisão da ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, na qual se proibiu a realização de qualquer forma de censura prévia, dá ensejo ao cabimento, em tese, da reclamação constitucional, uma vez que o STF proibiu a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões, sendo certo, ainda, que eventual abuso da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização.²⁴⁰

O que causa espanto no presente caso é a forma como a referida “censura” perdurou por mais de nove anos, ainda mais diante das demais anomalias que acompanharam o caso. O Estadão foi o único veículo de comunicação com a referida proibição. Outros jornais não contavam com a mesma obstrução e o caso foi de enorme repercussão na mídia por todos os anos em que o Estadão esteve debaixo de “censura judicial”, aparentemente sem justificativa. Durante o período, o Estadão estampou em sua capa, desde julho de 2009, a contagem do tempo em que esteve censurado pela justiça.

O ponto de atenção aqui é a aparente incongruência do Supremo ao receber especificamente a Reclamação Constitucional n. 9.428/DF e indeferir, por seis votos a três, o seguimento da reclamação com o respectivo arquivamento do feito. Segundo a tese “vencedora”, relatada pelo então ministro Cezar Peluso, aduziu-se que não haveria conexão entre o objeto da ADPF 130, que declarou o afastamento da Lei 5.250/67, e a ação inibitória movida por Fernando Sarney, uma vez que o fundamento de direito da referida ação não era a liberdade de imprensa e sim as prerrogativas do art. 5º incisos X e XII – inviolabilidade dos direitos da personalidade e sigilo telefônico, respectivamente – , assim como o art. 12 do Código Civil, art. 153, §1º-A do Código Penal e arts. 8º e 10 da Lei nº 9296/96.

Para o relator, na ocasião, a razão de decisão da ADPF 130 não possuía eficácia vinculante que subordinasse a ação inibitória concedida pelo TJDF.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 840.718/DF**. Relator: Ricardo Lewandowski. 2018. p.1-3.

O fundamento, essencialmente técnico e processual, deixou de aplicar o entendimento firmado no julgamento mais robusto da história democrática do país em caso explícito de censura prévia – proibição axiomática definida pelo julgamento da ADPF 130. Em coerência com seu voto em perspectiva ultraliberal, o ministro Ayres Britto abriu a divergência acentuando a clara e plena relação entre o objeto da reclamação e todas as balizas minuciosamente construídas no bojo da ADPF 130. Segundo o ministro, o ponto central da ADPF era exatamente o fato de a Lei de Imprensa embaraçar o livre e pleno exercício da liberdade de imprensa, o que evidentemente estava ocorrendo no caso da inibitória concedida.

A divergência, acompanhada por Carmem Lúcia e Celso de Mello, não foi capaz de derrubar a “censura prévia”, no passo em que ministros mais moderados na abordagem sobre o tamanho da liberdade de imprensa, como Gilmar Ferreira Mendes, mantiveram sua posição quanto à equiparação entre direitos e garantias fundamentais, de modo que a ameaça à personalidade do requerente, no caso de se divulgar documentos em segredo de justiça, no caso em apreço, justificaria a restrição à informação.

O caso mostra uma incongruência na postura da corte, ao passo que contemporâneo ao julgamento daquela decisão que viria a ser baliza hermenêutica para todas as discussões referentes à liberdade de expressão no Supremo não foi aplicada no caso mais crasso objeto da matéria.

3.2.2 Diploma de jornalismo – Recurso Extraordinário nº. 511.961/SP de 2009

Ainda no ano de 2009, mesmo ano do julgamento da ADPF 130, o Supremo teve de dirimir outra ação paradigmática, especificamente para as liberdades comunicacionais, no caso o Recurso Extraordinário 511.961/SP que, por oito votos a um, dirimiu a discussão sobre a necessidade do diploma de jornalismo para o exercício da atividade jornalística²⁴¹. Dentre as matérias analisadas, o Supremo enfrentou o mérito do âmbito de proteção das liberdades de exercício profissional, insculpidas no Art. 5º, XIII, com a correspondência imediata da profissão de jornalismo como interlocutor da própria liberdade de comunicação; da impossibilidade de reserva normativa ou regulamentar que implique em restrições à liberdade de informação; e a

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 511.961/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 17 jun. 2009. p. 2

violação da Corte Interamericana de Direitos Humanos – que já teria se pronunciado sobre a falta de fundamento para restringir a atividade jornalística à obtenção de diploma.

O litígio partiu de uma ação do Ministério Público afirmando que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o art. 4^a do Decreto-lei n. 972 de 1969, que exigia o diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista, militando, em suma, que as restrições de qualificação infraconstitucionais do art. 5^o, XIII precisam ser postas de forma razoável – o que não seria o caso da imposição ao jornalismo. Na origem, a ação foi parcialmente procedente para remover a necessidade da diplomação para exercício da profissão. Em grau recursal, a decisão foi revista pelo Tribunal Regional Federal da 3^a Região, no sentido de que a reserva de qualificação infraconstitucional trazida pela CF/88 era destinada a todas as profissões e que, inclusive, seria salutar a reserva de qualificação profissional para o exercício de uma atividade cervical à democracia, à sociedade e ao Estado, como a da comunicação social²⁴².

Nenhuma das posições antagônicas se distanciou da importância da liberdade de expressão e de informação ao litigarem em polos diversos da ação. O ponto central foi o dissenso entre: “reserva legal limitadora, justificada, em razão da grande importância da Liberdade de Imprensa” – dialogando com noções já trazidas de deveres laterais de cuidado e de responsabilidade – vs. “descabimento da reserva legal em razão da ilimitabilidade disposta no art. 220 da CF/88 e a necessidade de liberdade plena da comunicação”²⁴³.

Em seu relatório, Gilmar Ferreira Mendes defende a desnecessidade de se exigir o diploma de jornalismo para trabalhar como comunicador social e, para isso, fez importante digressão quanto à pertinência de se localizar o núcleo essencial ou âmbito de proteção de cada direito fundamental, a fim de entender onde e como a leitura de uma determinação constitucional expressa pode ser relativizada. Para tanto, indica que “esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento”²⁴⁴.

com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do âmbito de proteção exige a análise da norma constitucional

²⁴² Ibid, p. 9.

²⁴³ Ibid, p. 12.

²⁴⁴ Ibid, p. 47.

garantidora de direitos, tendo em vista: a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma); b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e a identificação das reservas legais de índole restritiva.²⁴⁵

A corrente defendida pelo relator parte de uma noção de atualização do princípio da reserva legal para um de reserva legal proporcional que incorpora à equação, não apenas a legitimidade dos meios, como também a pertinência desses meios para alcançar o objetivo pretendido pela norma que trouxe a reserva. No caso, não haveria relação de preservação da atividade idônea do jornalismo com a necessidade de expedição de diploma de formação. Quanto a isso, a doutrina constitucional sinaliza que a qualificação profissional específica é indispensável quando sua falta puder impor riscos à coletividade e que, para o julgador, apesar da atividade jornalística possuir potencial de lesar terceiros e a própria sociedade, não é a expedição de diploma ou registro em órgão profissional que seria capaz de limitar que esses prejuízos ocorressem²⁴⁶.

Para a tese vencedora no Recurso Extraordinário (REExt), a formação profissional em jornalismo não é capaz de garantir o exercício idôneo da comunicação, de modo que, o descumprimento de preceitos profissionais éticos e de boa-fé e a correspondente prática de ilícitos de expressão podem vir igualmente do diplomado e do não diplomado.

Posto isso, o relator parte aos paralelos consignados na ADPF 130, no qual reafirma que, pelo teor do julgamento da referida ação, a análise do requisito de qualificação profissional, sistematicamente subordinado às disposições do art. 220, c/c o art. 5o, incisos IV, IX, XIV, comporta em limitação infundada ao direito à informação e à comunicação social, dado que, apenas em situações excepcionalíssimas – justificadas pela necessidade de resguardar outros valores fundamentais – seria autorizada a limitação legal para o livre e pleno exercício da atividade da imprensa. Esse mesmo retrato de importância da atividade jornalística também é referenciado nas considerações de Machado quando indica que “o jornalismo assume um relevo central no âmbito da garantia constitucional das liberdades da comunicação”²⁴⁷.

²⁴⁵ Ibid, p. 49.

²⁴⁶ Ibid, p. 62.

²⁴⁷ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 542.

Curioso que, dada a proximidade com o julgamento da ADPF 130, era de se esperar que não houvesse dissenso entre os pares quanto às questões centrais ao limite da liberdade de imprensa e de comunicação, que prevaleceu no presente caso, com a reiteração do ministro Ayres Britto quanto ao excepcionalíssimo e sem precedentes poder da liberdade de expressão na ordem constitucional.

Na minha manifestação no bojo da ADPF nº 130, o que eu disse, em apertada síntese, foi o seguinte: tudo na liberdade de imprensa é peculiaríssimo, para não dizer único. Incomparável, portanto. O regime jurídico constitucional da liberdade de imprensa é exclusivo, não há como fazer a menor comparação com qualquer outra matéria versada pela Constituição. Isso porque subjacente à liberdade de imprensa estão em jogo superiores bens jurídicos; basta pensar na liberdade de manifestação do pensamento, na liberdade de informação, na livre expressão da atividade intelectual, da atividade científica, da atividade artística e da atividade comunicacional.

Lado outro, dado o teor da matéria, vários dos ministros foram extremamente enfáticos ao manifestarem preocupação severa – anteriormente pouco delimitada – quanto aos danos potenciais que podem ser causados por meio do exercício ilícito da liberdade de expressão e de comunicação.

É importante frisar, por outro lado, que a vedação constitucional a qualquer tipo de controle estatal prévio não faz pouco caso do elevado potencial da atividade jornalística para gerar riscos de danos ou danos efetivos à ordem, à segurança, ao bem-estar da coletividade e a direitos de terceiros. O entendimento até aqui delineado não deixa de levar em consideração a potencialidade danosa da atividade de comunicação em geral e o verdadeiro poder que representam a imprensa e seus agentes na sociedade contemporânea.²⁴⁸

Ao mesmo tempo, os pares do relator acompanharam-no na noção de que a conformação de normas constitucionais deve ser feita por estudo pormenorizado de seus núcleos essenciais, não cabendo ao dissídio de proporcionalidade, soluções reducionistas ou totalitárias, mas sim uma análise profunda dos elementos em conflito, extensão dos danos possíveis e, por conseguinte, a opção por suprimir ou não uma liberdade individual em detrimento de outra. Há de se questionar se, dentro dos elementos de ponderação, houve uma constante bem delimitada de que a titulação do jornalista em curso de capacitação possui o condão de diminuir ou mitigar radicalmente os danos decorrentes dos ilícitos de expressão. No fim, o objetivo é

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 511.961/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 17 jun. 2009. p. 72

entender se a conclusão do julgamento teria enveredado em prol da reserva legal de qualificação profissional e em detrimento de uma ideia de ilimitabilidade e plenitude da comunicação social.

3.2.3 Biografias não autorizadas – ADI nº. 4.815/DF de 2015

Após o intervalo de 6 anos, o Supremo se deparou com o julgamento da ADI 4.815/DF²⁴⁹, que se dedicou ao direito de reprodução e confecção de obras biográficas por terceiros, a despeito de autorização prévia da pessoa retratada na obra. A corte constitucional julgou a matéria, à unanimidade, nos termos do voto da relatora e modulou a interpretação dos art. 20 e 21 do Código Civil, para autorizar a produção biográfica, no passo em que o Código Civil não poderia impor limitação a preceitos hierarquicamente superiores, como, no caso, os que tangem à liberdade de informação e de produção artística.

Nesse caso, a corte recorreu à matéria da incensurabilidade, de modo a consignar que a liberdade de expressão não possa ser cerceada, seja pelo Estado, seja por particular – o que se converte em ponto de relevância para a análise da possibilidade de censura privada dos provedores de redes sociais. Na oportunidade, a corte reiterou, mais uma vez, as preferências determinadas no julgamento da ADPF 130, tanto pela preferência dos remédios legais, quanto pela prevalência da plena liberdade.

Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se cortando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.²⁵⁰

O litígio, protagonizado, de um lado pela Associação Nacional do Editores de Livros e, do outro, pela então presidente da república, reviveu um conflito clássico e profundo entre liberdade de expressão e direitos fundamentais à personalidade em que, de um lado buscou-se preservar um rol de direitos inerentes aos sujeitos, como imagem, nome e demais características personalíssimas e inalienáveis como os

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.815/DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 10 jun. 2015. p. 1.

²⁵⁰ Ibid, p. 3.

direitos da personalidade e, do outro, uma ainda persistente noção de liberdade de expressão enquanto super direito.

O que se tem aqui, basicamente, é o seguinte: em seu art. 5º, incisos V, VI, IX, X e XIV, a Constituição do Brasil estabelece serem todos iguais na lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à segurança e se tem que é assegurada a liberdade de pensamento e de sua expressão; é garantida a liberdade de criação artística, literária, científica, cultural; é garantido o direito à informação, no sentido de informar, informar-se e ser informado, como direitos fundamentais. No inciso X, do art. 5º, tem-se a garantia da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem das pessoas e, em caso de violação, a Constituição dá a solução: a reparação por meio de indenização. Então é esse o conjunto de normas que poderia apresentar, segundo o que se argumenta na ação, um conflito aparente de normas. Nem chego a dizer haver uma colisão de direitos, por ser a liberdade assegurada plenamente. A liberdade de expressão, que é ampla, vasta, combina-se com a norma do art. 220 da Constituição, no qual se afirma ser proibida censura de qualquer natureza.²⁵¹

No bojo de sua construção, a relatora faz uso de máximas familiares à ADPF 130. Consigna, mais uma vez, o caráter de sobredireito das liberdades comunicacionais; reafirma o direito à obtenção de informações como norte estruturador do direito de biografar e, com profundidade, repete que a Constituição Federal proíbe, absolutamente, qualquer tipo ou modalidade de censura – o que não é bem um fato. Por sua vez, para a composição entre os direitos em conflito, a relatora também recorre à ideia de que a produção biográfica é dotada de profundo interesse social e, portanto, de relevância – razão paralela pela qual, aqui, os direitos da personalidade, mais uma vez, perderam espaço para a liberdade preferencial à expressão²⁵².

Digno de destaque, nessa oportunidade é que, além de preservar e reforçar todos os marcos colocados na ADPF 130, o julgamento das biografias não autorizadas trouxe à baila entendimentos de ministros que não compuseram a formação da jurisprudência de 2009, como por exemplo, o ministro Luís Roberto Barroso que, assim como seus pares, afirma “que a liberdade de expressão, na democracia brasileira, deve ser tratada como uma liberdade preferencial”²⁵³, fazendo remissão, inclusive, ao apelo à origem autoritária.

²⁵¹ Ibid, p. 15.

²⁵² Ibid, p. 60.

²⁵³ Ibid, p. 144.

Por fim, é imperioso indicar que, apesar de não haver aceno na direção de reformular a ideia de liberdade de expressão como direito superior, existe uma importante discussão travada no bojo dos autos na composição da ementa, em que Gilmar Ferreira Mendes questiona a disposição da relatora que delimitou como única forma de reparação aos danos decorrentes de biografias não autorizadas, a compensação por danos. Ao consignar a referida posição, instaurou-se dissídio entre os pares que, ao final, optaram por remover a disposição, uma vez que não apenas pertine ao caso em tela a busca pelo direito de resposta, como explicitado pelos demais ministros, mas também ao pleno cabimento das tutelas inibitórias, a depender da gravidade do caso²⁵⁴.

Nesse momento, por mais que o contexto da sociedade já estivesse rumando para algo mais parecido com hoje do que com 2009, é crasso que a percepção do Supremo acerca do valor preferencial da liberdade de expressão se manteve quase que intocado ao decorrer de seis anos. No mesmo passo, a corte também reiterou a hierarquia dos remédios para controle do ilícito de expressão, aqui setorizados em um primeiro momento, como: compensação, direito de resposta e inibitória (ainda para casos extremos).

3.2.4 Rodeios – Repercussão Geral no Rext. nº. 662.055/SP de 2015

Ainda no ano de 2015, o Supremo também decidiu a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 662.055/SP²⁵⁵, que tratou do direito de veiculação, por parte de uma entidade de proteção dos animais, de críticas e denúncias de crueldade aos animais praticadas em rodeios e que foi obstruído pela justiça de São Paulo, proibindo que a parte requerida divulgasse sua versão sobre como eram os rodeios no país. Em sua ação, a Festa do Peão de Barretos alegou que a proponente estaria abusando de sua liberdade de expressão para divulgar inverdades sobre o evento, vinculando-o a tortura contra animais e que isso estaria prejudicando que a festa conseguisse patrocinadores. Na instrução, a parte requerente instruiu a petição com estudo que comprova que a Festa do Peão de Barretos não praticava os maus-tratos denunciados pela entidade. Ao final, o Acórdão que subiu ao Supremo tinha a seguinte orientação:

²⁵⁴ Ibid, p. 237.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Rext. 662.055/SP**. Relator: Ministro Roberto Barroso. 17 jun. 2009. p. 3.

Colisão de direitos fundamentais. Entidade não governamental que atua na proteção dos animais *versus* promotor de tradicional rodeio (Festa do Peão de Barretos). Conflito que surge em razão de publicações sobre crueldades que se praticariam na arena, seguidas de abordagens diretas aos patrocinadores do evento com o propósito de persuadi-los ao cancelamento da parceria Inadmissibilidade. Exercício abusivo do direito de agir em favor dos animais. Intervenção necessária do Judiciário para adequar pronunciamentos da entidade à verdade, evitando que seu site se transforme em instrumento de opressão e de boicote de uma atividade que transformou a festa em cultura popular e polo da economia municipal - Dano moral *in re ipsa* - Provimento, em parte, dos recursos.²⁵⁶

Em tutela liminar, concedida pelo ministro Joaquim Barbosa, em 2011, a decisão do TJ/SP foi revogada, reintegrando a possibilidade de publicações desse teor por parte da requerida. Ao reconhecer a Repercussão Geral, a corte recebeu a matéria por unanimidade, no passo em que, ao compor o seu relatório, o ministro Luís Roberto Barroso remeteu à citação expressa de manifestação exarada nos autos da ADPF 130.

Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a livre e plena manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, inletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.²⁵⁷

Digno de nota está o fato de que a recepção da presente repercussão geral cria margem para a inauguração dos debates concernentes aos limites da liberdade de expressão na corte constitucional que, finalmente, face à atualização de mundo dos últimos 12 anos, poderá adereçar a matéria com as nuances que eram desconhecidas aos magistrados no ano de 2009.

²⁵⁶ Ibid, p. 10

²⁵⁷ Idem. p. 17

3.2.5 Criação humorística nas eleições – ADI nº. 4.451/DF de 2018

Em 2018, o Supremo julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451/DF²⁵⁸, na qual a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, suscitou a inconstitucionalidade do art. 45, incisos II e III, da Lei 9.504/97, com pedido cautelar concedido para suspender a eficácia do referido dispositivo, que proibia, a partir do segundo semestre do ano eleitoral, que emissoras de rádio e televisão tivessem as seguintes ações em sua programação:

II- usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III- veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

De um lado, alega-se que a referida disposição legal importava em censura às emissoras de rádio e televisão e no cerceamento das liberdades humorísticas e de fala dos canais. Do outro, defendeu-se que o referido dispositivo não teria o condão de censurar ou limitar, mas sim de evitar que os agentes de comunicação pudessem promover disparidades políticas, favorecimento ou perseguição eleitoral, o que afetaria todo o processo democrático.

Em seu voto, o ministro relator, apesar de manter posição quanto a todas as balizas históricas da liberdade de expressão, acentuando o julgamento da ADI 4.815/DF para edificar ainda mais o princípio da incensurabilidade, adereça pela primeira vez a questão das *fake news*, reconhecendo seu perigo para o processo eleitoral, mas entendendo como falsa a assunção de que “o debate eleitoral, ao perder em liberdade e pluralidade de opiniões, ganharia em lisura ou legitimidade”²⁵⁹. Conforme indicado pelo relator, o caso em apreço, por mais que se tratando de reserva legal, ao dispor um tipo de censura prévia, estaria em desrespeito absoluto ao princípio democrático.

Fazendo uso das referências norte-americanas, Alexandre de Moraes também se posiciona com uma inclinação razoável para a corrente ultraliberal do mercado livre de ideias, em que a lisura da comunicação ocorre por meio do fomento absoluto das linhas de pensamento mais diversas. Nessa doutrina, o ideal é que a fala possa

²⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4.451/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 26 jun. 2018. p. 10.

²⁵⁹ Idem. p. 16

sempre sofrer o crivo dos próprios destinatários e da sociedade, amadurecendo, no processo, a comunicação, concluindo que “o direito fundamental à liberdade de expressão, portanto, não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também àquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas”²⁶⁰.

A posição adotada pelo relator também convergiu para a unanimidade do Supremo sobre a impossibilidade de se exercer censura prévia – nesse caso normativa – e mais, o cerceamento da liberdade de expressão artística. Em discussão, ao debaterem sobre a questão das *fake news* ou “notícias fraudulentas” como proposto, o pleno entrou em consenso informal sobre a necessidade de se recorrer a plataformas de checagem e de fazer uso de todos os instrumentos institucionais disponíveis para remover, em especial da corrida democrática, as distorções inerentes a esse tipo de fraude da opinião pública²⁶¹.

Se até o momento os consensos relativos aos limites da liberdade de expressão trataram muito da questão dos conflitos com direitos individuais, aqui, a corte manteve a mesma posição em uma conformação que tratava de direito coletivo, como o próprio processo democrático. É perceptível a nuance de que, o direito alegadamente lesado pelo excesso de liberdade não diz respeito a um candidato ou outro, o objeto que se busca tutelar é a própria lisura do processo eleitoral, o que não serviu para aerar o entendimento firme construído e reiterado por mais de uma década.

3.2.6 Sigilo das fontes – Ag.Reg. na Reclamação n.º 19.464/SP de 2020

Em 2020, o Supremo julgou o Agravo Regimental na Reclamação 19.464 do estado de São Paulo, na qual o juízo local determinou a quebra do sigilo telefônico de jornalista, a fim de aferir a fonte por meio da qual ocorreu o vazamento de interceptações telefônicas da Operação Tamburutaca, que corria em segredo de justiça.

Na ocasião da reclamação, a Associação Nacional dos Jornais litigou que a quebra de sigilo da fonte é violação frontal à garantia absoluta da CF/88, assim como, violação à determinação vinculante constante da ADPF 130.

²⁶⁰ Idem. p. 18

²⁶¹ Idem. p. 77.

[...] a decisão proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP viola frontalmente a autoridade da decisão proferida nos autos da ADPF nº 130, visto que o sigilo de fonte jornalística (CRFB, arts. 5º, XIV5, e 220, §1º6) consiste em *conditio sine qua non* para se assegurar, de maneira efetiva, as liberdades de informação e de expressão jornalística (CRFB, arts. 5º, IV7, IX8, e 2209).²⁶²

Do ponto de vista formal, o relator Dias Toffoli, tal qual foi observado no caso, Estadão vs. Sarney, refuta a vinculação do litígio à tese vinculante da ADPF 130, uma vez que o dissenso trata do art.10, da Lei 9.296/96, referente ao crime de quebra de segredo de justiça e não especificamente de legislação interveniente na liberdade de imprensa ou de demais cercamentos específicos à liberdade de imprensa. O debate, por sua vez, cingiu-se à possibilidade do Estado, por conta própria, investigar a fonte do jornalista que tenha se valido de ato ilícito para a divulgação de documentos protegidos por sigilo judicial e se isso importaria em violação à proteção do sigilo das fontes.

A formulação do relator retoma, mais uma vez, todos os princípios formulados pelos ministros Ayres Britto e Celso de Mello na ocasião do julgamento da ADPF 130, quanto à superioridade das liberdades de expressão e de comunicação, das quais parte a prerrogativa constitucional de se proteger o anonimato das fontes. Para o relator, o jornalista que vazou provas ilícitas está respaldado por sua liberdade jornalística e possui inviolabilidade na sua função constitucional de informar, no passo que recai sobre aquele que vazou a responsabilidade pela quebra de sigilo.

O mais interessante sobre esse julgamento é o debate instaurado pelos ministros acerca da inviolabilidade do sigilo da fonte, no passo em que, como ressaltado pelo ministro Teori Zavascki, é notória a lei que proíbe a divulgação de matéria em sigilo judicial, ao mesmo tempo em que, como levantado pelo ministro Gilmar, a efetividade dessa proibição é prejudicada frente a normalização dessa quebra²⁶³. Dentro da posição do Supremo, a ilicitude não seria capaz de afastar uma garantia constitucional destinada ao bom jornalismo. Se o jornalista cometer ou participar de crime para a divulgação de informações sigilosas, a ele cabe o direito de falar “que não pode informar a fonte” e ao Estado cabe investigar o autor do ilícito, mas em condição material que distancie o investigado da posição de fonte.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 19.464/DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli. 10 out. 2020. p.6

²⁶³ Ibid, p. 39-40.

Não seria, no presente caso, o abuso do direito ao sigilo equiparável ao ato ilícito e, portanto, ilegítimo de proteção jurídica, tal como discutido sobre o ilícito de expressão e as hipóteses de vedação à censura? Se dentro do entendimento da corte não existem liberdades constitucionais absolutas, não haveria por que atender a mais um elemento da liberdade de expressão nesses termos.

Por fim, é digno de nota que no julgamento da referida reclamação o Supremo concordou, em contraposição do ministro Gilmar, que a matéria de fundo não dialoga diretamente com o objeto da ADPF 130. Por essa razão, a corte negou provimento ao agravo, mas concedeu, de ofício, *habeas corpus* para garantir o exercício profissional do jornalista envolvido, o que jamais foi feito para garantir ou restabelecer o direito do Estadão a publicar sobre o caso Boi Barrica.

3.2.7 Inquérito das *fake news* – ADPF n.º 572/DF de 2020

Foi apenas no ano de 2020, com a tramitação do conhecido "Inquérito das *Fake news*", na ADPF 572/DF, que a corte constitucional começou a sinalizar a incorporação, dentro da doutrina ultraliberal até então aplicada pelo tribunal, de alguns dispositivos doutrinários e jurisprudenciais que poderiam, a depender do caso, respaldar uma intervenção mais acentuada.

Sem a pretensão de entrar nas polêmicas acerca da forma que correu a instauração do referido inquérito, o pano de fundo para a abertura do procedimento era a movimentação de inquérito que buscava desvelar a prática de ações organizadas de comunicação envolvendo a integridade institucional do Supremo, em um contexto de extremismo e acirramento político severo, consolidado pelo relator nos seguintes termos:

investigação de notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi*, que atinjam a honorabilidade institucional do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e de seus membros, bem como a segurança destes e de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive com a apuração do vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito (eDOC 43).²⁶⁴

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin. 10 jun. 2020.

Rememorando todas as bases legais para o entendimento histórico do Supremo a respeito do tema da Liberdade de Imprensa e de Expressão, “o regime jurídico de proteção da liberdade de expressão garante, por um lado, a impossibilidade de censura prévia, e, por outro, a possibilidade, *a posteriori*, de responsabilização civil e penal”²⁶⁵. Em breve apanhado, o relator traça uma linha do tempo, referenciando, inclusive, os julgados supra e outros mais, em que a posição do Supremo se manteve rígida ao passar do tempo quanto ao gigantismo da Liberdade de Imprensa e de Informação²⁶⁶. No entanto, aqui, dando um passo adiante à glosa feita nos autos da ADI 4.451/DF, o problema das *fake news* e como essa nova realidade demandará de renovações nas perspectivas da corte é posta às claras, em que os limites à liberdade de expressão estão em constante conformação e demandam reflexão do Poder Legislativo e do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo, no tocante ao que se denomina atualmente de “*fake news*”²⁶⁷.

Aprofundando na doutrina norte-americana, o relator traz as ressalvas do instituto do “perigo claro e iminente” e *actual malice* como formas de desconstituir a proibição absoluta de modulação da liberdade de expressão, inclusive quanto aos agentes públicos. Como explicita o Relator, *actual malice* pode ser entendido como uma malícia comprovada de noticiar ou espalhar a inverdade ou a fraude na informação. Nesse contexto, mesmo quando desferida contra agente público, se a manifestação for feita com malícia comprovada, caberia o controle da expressão.

Aqui, pela primeira vez em muito tempo, a corte constitucional retorna a paradigmas anteriores ao do julgamento da ADPF 130, para trazer o ponto mediano de relativização da liberdade de fala e de expressão, com o retorno ao julgamento do HC 82.424²⁶⁸, rememorando que o discurso de ódio também representa limites claros à liberdade de expressão e de fala.

No mesmo sentido, o voto do ministro Alexandre de Moraes é duro ao delimitar que:

liberdade de expressão não se confunde com ameaça, coação e atentado. A Constituição consagra o binômio liberdade com responsabilidade. A Constituição não permite, de maneira irresponsável, a efetivação de abuso no exercício de direito constitucionalmente consagrado. A Constituição não

²⁶⁵ Ibid, p.37.

²⁶⁶ Ibid, p.39.

²⁶⁷ Ibid, p. 39.

²⁶⁸ *Habeas Corpus* que julgou a questão do discurso de ódio em 2003, também conhecido como Caso Ellwanger, que será tratado na sequência.

permite que criminosos se escondam, sob o manto da liberdade de expressão, utilizando esse direito como verdadeiro escudo protetivo para a prática de discursos de ódio e antidemocráticos, de ameaças e agressões e para a prática de infrações penais e de toda sorte de atividades ilícitas. Não é isso que a Constituição consagra. Liberdade de expressão não é liberdade de agressão. Liberdade de expressão não é liberdade de destruição da democracia, das instituições e da honra alheia.²⁶⁹

Em demais votos, a corte constitucional parece convergir para um ponto de virada que, neste contexto, pode ser lido como um verdadeiro “acordar” para um contexto social em que a liberdade de expressão está servindo de escudo para: preservar desinformação, o que contraria a premissa central da liberdade de informação; e blindar a difusão de narrativas que não têm mais característica humana e de manifestação de opinião, mas sim de instrumento robotizado para a militarização de narrativas.

O contexto atual do julgamento da ADPF 572/DF fez com que o Supremo não só revisitasse um posicionamento antigo da corte, mas também quanto à intolerância ao discurso de ódio, como se uma série de doutrinas que já fez parte do convencimento dos magistrados para romper com os tabus históricos sobre a liberdade de expressão e de imprensa tivesse sido resgatada. O mercado livre de ideias, como sempre foi defendido, passou a obviamente necessitar de alguma regulação; a liberdade de informação jornalística do art. 220 passou a esmiuçar no mérito de o que é e o que não é “informação”; o valor democrático inegociável da liberdade de expressão passou a ser confrontado com as novas extensões de dano na sociedade digital.

Por mais que em uma revolução tímida, os ministros do Supremo enfrentaram frontalmente no julgamento da ADPF 572/DF que informar tem características técnicas de validade, a atividade jornalística tem deveres de responsabilidade estruturadores que precisam ser observados; que existem *ro/s* mais extensivos do que se cogitava de expressões que são inerentemente desagregadoras de uma república democrática – não apenas os casos extremos.

Como reflexo, esse ano puderam ser vistas manifestações ligeiramente diferentes da corte constitucional a respeito do assunto “Liberdade de Imprensa e de Manifestação”. No julgamento da abertura do inquérito das *fake news*, o relator Edson Fachin recorreu a inúmeros argumentos de ordem sociológica, jurídica e transnacional

²⁶⁹ Ibid, p.93.

para justificar a construção de uma moldura um pouco diferente na tratativa histórica desses direitos fundamentais. Fato é que, a obviedade de que a liberdade de expressão não possui caráter agregador da democracia *per se* se mostrou presente nos votos da ADPF 572/DF.

A filosofia política falava isso tendo em vista as experiências totalitárias do século vinte, em que a propaganda ideológica estatal tinha como base a manipulação do sentido de realidade das pessoas . Sua obra *As origens do totalitarismo*, publicada em 1951, nos ajuda a entender os movimentos autoritários da atualidade, proporcionando uma visão chocante do momento em que “as massas chegariam a um ponto em que, ao mesmo tempo, acreditariam em tudo e nada , pensariam que tudo seria possível e nada seria verdade”.²⁷⁰

Atento ao novo tempo em que se insere, o relator, referenciando o próprio elemento de conformação dos direitos fundamentais, adereça a diferença gritante do tempo no qual estamos, em comparação ao tempo no qual as teses da ADPF 130 foram firmadas.

O sentido prático do direito à liberdade de imprensa e de expressão vista como uma construção em formação e subordinada a fatores sociais e culturais, enfim, passou a integrar de maneira objetiva a fundamentação da matéria no Supremo. A abordagem hermenêutica do magistrado para redefinir o entendimento sobre a liberdade de expressão em tempos de *fake news*, ao revolucionar a noção de semi-ilimitabilidade da liberdade de expressão enquanto elemento essencial à construção da democracia e, hoje, muito mais distante da cicatriz deixada pelo regime militar, começou a dialogar mais com os fatos do presente do que com a memória do regime anterior.

O julgamento da ADPF 572 não revolve objetivamente a possibilidade de se aplicar tutelas inibitórias de forma mais desinibida, mas revolve de forma expressiva, todas as bases que vinham limitando a aplicação do instituto.

3.3 CASO ELLWANGER E A QUESTÃO DO DISCURSO DE ÓDIO

Antes de surgir o marco jurisprudencial da ADPF 130 como marco doutrinário sobre a liberdade de expressão e de Imprensa, o assunto já havia aparecido em debates do Supremo anos antes. Em 2003, com o julgamento do *Habeas Corpus*

²⁷⁰ Ibid, p. 349.

82.424-2/RS, conhecido como “Caso Ellwanger”, o Supremo julgou Sigfried Ellwanger, que foi processado por uma série de publicações revisionistas ao holocausto do povo judeu pelos nazistas, na 2ª Guerra Mundial, e terminou por equiparar o antissemitismo ao crime de racismo. Uma vez que a defesa transitou pelo pleito ao direito de liberdade de imprensa e de manifestação, o Supremo construiu seus primeiros entendimentos consolidados sobre a matéria dos limites à liberdade de expressão – o que viria a ser repetido no ano de 2019 com o julgamento da ADO n. 26/DF, na equiparação da homofobia ao racismo²⁷¹ – e antecipou o debate quanto ao mérito de o que é/seria extrapolação da liberdade de expressão.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.²⁷²

Por mais que a importância da liberdade de expressão e de imprensa tenha sido pauta das mesmas considerações quanto ao seu papel central nos processos democráticos e na garantia de demais liberdades individuais, o direito à expressão, no caso do HC, foi flexibilizado por meio de ponderações e princípios que permitiram a diminuição desta em defesa de um valor social caro, como o combate ao antissemitismo. Apesar disso, dissensos severos foram instaurados por ministros como Ayres Britto e Marco Aurélio, no sentido de que a Constituição conferiria a liberdade para a livre opinião e manifestação sobre fatos históricos²⁷³. A posição do ministro Ayres Britto viria a ser repetida em postura ultraliberal no julgamento da ADPF n. 130, anos depois.

²⁷¹ BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. 13 jun. 2019. p. 8: “O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele.”

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2/RS**. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 set. 2003. p. 10.

²⁷³ BENTIVEGNA, Carlos. **Liberdade de expressão, Honra, Imagem e Privacidade**: os limites entre o lícito e o ilícito. Manole. 1ª edição. Barueri/SP. 2020, p. 218.

Fato é que, para o Supremo, desde a época do julgamento do caso Ellwanger, já se repetia o predicado da “inexistência de direitos absolutos” – na época, significando limites ligeiramente diferentes.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.²⁷⁴

O julgamento do caso Ellwanger tem relevância como momento antecessor ao julgamento da ADPF 130 porque, naquela oportunidade, o Supremo estava frente uma pauta extremamente sensível. A corte constitucional, ao estar diante do excesso, do abuso, do execrável e, acima de tudo, do perigoso para a sociedade, não se esquivou de fixar sérias balizas contra o abuso da liberdade de expressão e de Opinião. Como dito por Celso de Mello:

Com efeito, há, na espécie, norma constitucional que objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações racistas, disseminar, criminosamente, o ódio contra outras pessoas, mesmo porque a incitação – que constitui um dos núcleos do tipo penal – reveste-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de formas executivas que esse comportamento pode assumir, assim, qualquer que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável do racismo. Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.²⁷⁵

É perceptível que, da construção do seu juízo de valor a respeito das limitações inerentes à liberdade de expressão e de imprensa, o ministro impregna sua justificativa com elementos de escala extremamente pertinentes para avaliar como a percepção sobre a liberdade de expressão tem se dado no contexto de hoje. A disseminação de ódio, a sensibilidade social da pauta e a sua subordinação aos propósitos subalternos de intolerância são exemplos de gatilhos que o ministro traz para justificar um casuístico apagão da liberdade de expressão. Esses elementos, perceptíveis no

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.758/GO**. Relator: Ministro Celso de Mello. 16 jun. 2006. p. 16.

²⁷⁵ Ibid, p. 108.

juízo do HC 82.424/RS, dialogam muito bem, por exemplo, com as situações instrumentalmente prejudiciais que justificariam o recurso à censura, sugerida por Mathiesen²⁷⁶.

Aqui, acompanhando uma doutrina com raiz profunda no direito estadunidense, a jurisprudência do Supremo se valeu dos estudos acerca do *hate speech* para muito acertadamente desenvolver tese guia sobre os limites imanentes à liberdade de expressão. Segundo a definição de Alex Potiguar, discurso de ódio se identifica como o discurso por meio do qual se promove ódio baseado em raça, religião, etnia, nacionalidade, gênero e orientação sexual e por onde se manifesta intolerância, ódio e menosprezo por determinados grupos²⁷⁷. Importante olvidar, aqui, que discurso de ódio não se confunde com mera divergência de opinião e que isso deve integrar a equação para aferição dos limites imanentes às liberdades de expressão.

Conforme assentado por Paulo Gonet e Gilmar Ferreira Mendes, o discurso de ódio é aquele que não é tolerado, constitui crime e atenta direta e frontalmente contra a dignidade da pessoa humana²⁷⁸ e se distingue do debate democrático, no passo em que, no segundo caso, há oportunidade de correção do discurso, com a exposição de sua falsidade. Nesse caso, o remédio é mais liberdade de expressão²⁷⁹.

Para Carlos Bentivegna, a leitura devida do sistema constitucional, em especial no que tange às tutelas da liberdade de expressão e do discurso de ódio, traz a possibilidade de restrições cumulativas e jamais supressivas de uma das tutelas jurisdicionais cabíveis aos ilícitos de expressão, *in verbis*:

Nos parece, no entanto, que a disciplina constitucional da matéria (i) que impõe o racismo e o discurso de ódio como limites intrínsecos à liberdade de expressão; a disciplina civilística, que permitirá a responsabilização pelos danos (ii) e que prevê, no art. 12 do CC/2002, que se pode exigir que cesse a AMEAÇA ou a LESÃO a direito da personalidade, E reclamar mitigação pecuniária, ALÉM de outras sanções previstas em lei; bem como a disciplina penal do tema (iii) aqui nem se cogite em direito subjetivo de primeiro praticar livremente, para, ao depois, se pilhado em flagrante, responder por seu cometimento; não deixam dúvidas quanto à possibilidade de tutela preventiva ou inibitória diante da iminência de ato de racismo, discriminação ou pregação

²⁷⁶ MATHISEN, Kay. Censura e Acesso à Expressão. In: SAMPAIO, José *et al.* **Liberdade de expressão no Século XXI**. Belo Horizonte. Del Rey, 2016, p. 10, p. 19

²⁷⁷ POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso de ódio**: A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença. Brasília: Consulex, 2012. p.59.

²⁷⁸ MENDES, Gilmar; GONET, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 232

²⁷⁹ BENTIVEGNA, Carlos. **Liberdade de expressão, Honra, Imagem e Privacidade**: os limites entre o lícito e o ilícito. Manole. 1ª edição. Barueri/SP. 2020, p.244-245.

do ódio social, atitudes que não encontram guarida na liberdade de expressão e de pensamento.²⁸⁰

Para o autor, é viável a interferência inclusive em sede de inibição, dado que o racismo e o discurso de ódio englobam chagas absolutamente indesejáveis à sociedade como um todo. Conclui-se, portanto, que a questão do discurso de ódio pode ser solucionada, essencialmente com base em duas posições: (i) a da Suprema Corte Americana – liberal e interveniente mínima; (ii) a do Tribunal Constitucional Federal Alemão – extremamente duro contra o discurso de ódio²⁸¹.

Curiosamente, o referido caso sequer é mencionado no julgamento da ADPF 130. Afastado de um pano de fundo de extrema comoção social – antissemitismo e racismo – e, concentrados especificamente na questão da liberdade de expressão e do controle institucional da imprensa, o Supremo mantém sua posição de inexistência de direitos absolutos, mas coroa uma percepção acessória de “direito fundamental preferencial”²⁸², em 2009, que se repete até os dias de hoje²⁸³, a despeito da coragem firmada nesse caso anterior.

3.4 DAS INFLUÊNCIAS EXTERNAS NO SUPREMO

Conforme ilustrado na análise das posições adotadas pela corte constitucional brasileira, ao passar de 12 anos, a corrente ultraliberal vigente no entendimento do Supremo – e ao que parece em processo de assoreamento – recorre repetidamente a doutrinas estrangeiras axiológicas às discussões acerca dos limites de proteção das liberdades de expressão e de comunicação pelo mundo. Há de se observar que, mesmo nas matrizes de diferentes eixos sobre a liberdade de imprensa, é uma luta comum a todos os Estados o amadurecimento da doutrina da liberdade de expressão, sempre em resposta às experiências vividas em cada país.

²⁸⁰ Ibid, p.244-245.

²⁸¹ Ibid, p.245.

²⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130**. Rel. Min. Carlos Britto, Brasília/DF, abr. 2008. p.47: “*Tal inviolabilidade, aqui, ainda que referida a outros bens de personalidade (o entrecchoque é entre direitos de personalidade), não pode significar mais que o direito de resposta, reparação pecuniária e persecução penal, quando cabíveis; não a traduzir um direito de precedência sobre a multicitada parêntese de sobredireitos fundamentais: a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral.*”

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 28.747/PR**. Relator: Alexandre de Moraes. 05 jun. 2018. p. 30: “a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial, o pressuposto do exercício dos outros direitos fundamentais[...]prefiro indenização à censura”.

Ato contínuo, conforme já trazido, avaliar os limites ou o âmbito de proteção – e por conseguinte de inviolabilidade – de um direito fundamental, assim como a pertinência de determinados remédios processuais à sua tutela, dialoga com uma análise pluridimensional do direito na qual a troca com fontes externas colabora com o entendimento de algumas teses. Do ponto de vista jusfilosófico, isso obedece a melhor técnica de estudo dos direitos fundamentais, no passo em que, tratando de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, sua evolução no mundo causa reflexos no direito interno. Assim, uma vez que jurisprudências externas são trazidas pelos ministros do Supremo para fundamentar determinadas posições ou trocas de posição, é pertinente passar brevemente por alguns tópicos.

Ao analisar as razões de direito comparado trazidas pelos ministros do Supremo na constituição de seus votos, traça-se a remissão constante ao direito estadunidense – posição majoritária dos pares – em contraponto às posições divergentes com raízes no direito alemão, que analisamos na sequência.

3.4.1 Direito norte-americano

A doutrina americana marca posição frequente nas jurisprudências do Supremo sobre a liberdade de expressão e de comunicação, em especial porque é no âmbito do direito americano que as posições mais liberais e menos intervencionistas ao direito de expressão se consagraram.

Filiado à *Bill of Rights* britânica, o *Common Law* norte-americano amadureceu a partir de reservas de liberdade de manifestação extremamente rígidas da tradição inglesa, que já na *Bill of Rights* de 1689 determinava que “a liberdade de expressão, de debate e de procedimentos no Parlamento não deve ser cassada ou questionada em qualquer tribunal ou local fora do Parlamento”²⁸⁴. Pensamento análogo, por sua vez, foi trazido na Declaração de Direitos da Virgínia, no ano de 1776, no sentido de que “a liberdade de imprensa é um dos maiores baluartes da liberdade e nunca pode ser restringido, exceto por governos despóticos”²⁸⁵.

²⁸⁴ REINO UNIDO. *Bill of Rights*. 1689. No original: “That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament”

²⁸⁵ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Marcos Históricos do Direito do Homem*. Vol. 1. 1992. p. 17.

Não por acaso, a matriz constitucional da liberdade de expressão norte-americana é o disposto na chamada Primeira Emenda à constituição americana, que determina que:

O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.²⁸⁶

No entanto, mesmo na raiz do constitucionalismo norte-americano que desaguou na atual doutrina ultraliberal, no entendimento inicial sobre a Primeira Emenda, houve posição majoritária marcada no sentido de que liberdade de expressão, em seu *status* de liberdade, se refere àquela que não sofre censura prévia, sendo completamente compatível com seu regramento *ex post facto*. Dentro da matriz, foi rechaçado, por exemplo, a liberdade religiosa quando seu exercício pregava subversão e ataques às instituições civis²⁸⁷, ao mesmo passo em que foi abordada a questão do dever de verdade como contraprestação à liberdade²⁸⁸.

A interpretação extensiva dessa liberdade é repetida em casos paradigmáticos da Suprema Corte Americana, mas, também, com alguns critérios predeterminados.

No julgamento do caso *Bradenburg vs. Ohio*²⁸⁹, a Suprema Corte Americana foi confrontada com a seguinte situação: um repórter, a convite de um líder da *Ku Klux Klan* – Bradenburg –, fez a cobertura de um dos eventos da Klan que, posteriormente, foi transmitido na televisão em rede aberta. Durante o evento, a Klan incitava os membros contra as instituições republicanas, caso estas não restabelecessem a supremacia caucasiana e “devolvessem” os afro-americanos para a África e o judeus para Israel, ameaçando o Estado de vingança. Condenado por lei do estado de Ohio que proibia o recurso e a incitação ao terrorismo ou métodos violentos de reforma política, o líder do grupo supremacista recorreu à Suprema Corte sob o fundamento

²⁸⁶ UNITED STATES OF AMERICA. **First Amendment**. Washington. 1791. No original: “provides that Congress make no law respecting an establishment of religion or prohibiting its free exercise. It protects freedom of speech, the press, assembly, and the right to petition the Government for a redress of grievances”.

²⁸⁷ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, p. 63.

²⁸⁸ Ibid., p.65.

²⁸⁹ UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Bradenburg vs. Ohio**. 395 U.S.1969. p.447.

de que a lei estadual seria inconstitucional, visto que o ocorrido tratava-se apenas de defesa de ideias e, portanto, protegido pela Primeira Emenda.

Ao receber o caso, a Suprema Corte tomou uma posição delicada no sentido de que a restrição de ideias só pode ocorrer, por mais que professe ódio e as mais variadas perfídias morais, em casos em que as manifestações provoquem violência de forma direta, patrocine uma ação de violência iminente ou passe uma mensagem subversiva com razoável probabilidade de desencadear ações violentas²⁹⁰. No entendimento da corte, o discurso racista, antissemita, homofóbico não pode ser cerceado por seu mérito execrável, apenas, mas tão somente quando vier acompanhado de uma ameaça real de violência.

Esse posicionamento dialoga de maneira muito próxima com o entendimento firmado pelo STF, no julgamento da ADPF 130, no que tange à elevação da liberdade de expressão ao *status* de sobredireito, mas não conversa da mesma forma com o entendimento firmado no caso *Ellwanger* e na ADO n.º 26, em que o discurso de ódio foi, não apenas desqualificado de proteção estatal, como equiparado a crime. A distorção dessa posição, como trazido por Ilton Robl Filho, vem do fato de que a perspectiva ultraliberal conversa intimamente com a matriz do mercado livre de ideias e com as doutrinas liberais, mas ignora e não dá o mesmo grau de atenção às demais teorias que sustentam o Estado Democrático de Direito, como as leituras democráticas e republicanas²⁹¹.

A percepção dos limites da liberdade de expressão é um processo contínuo, que experimenta, testa e tenta se adequar à realidade. Outro exemplo disso é o caso *Beauharnais vs. Illinois*²⁹², de 1952, em que Joseph Beauharnais estava distribuindo panfletos ao público com conteúdo que diminuía a população negra, exaltava a supremacia branca e tentava organizar uma união caucasiana para proteger o país do escurecimento da raça humana. Não apenas, o homem também era presidente do *White Circle League of America*, um grupo supremacista organizado em Illinois.

Tal como o caso de Ohio, a legislação de Illinois proibia que sujeitos, grupos ou corporações distribuíssem qualquer tipo de propaganda, em qualquer meio, que

²⁹⁰ Ibid, p.447.

²⁹¹ FILHO, Ilton Robl; SARLET, Wolfgang Ingo. Estado Democrático de Direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos da personalidade. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, p. 8.

²⁹² UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. *Beauharnais v. Illinois*. 343 U.S. 1953. p. 150.

vexasse ou achincalhasse grupos, seja por questão racial, de credo ou religião ou estilo de vida. Ao julgar a matéria, em apertada maioria, a Suprema Corte julgou contra a possibilidade do chamado *hate speech* – discurso de ódio – e firmou tese no sentido de difamação coletiva, punível. Ao analisar o teor desse julgamento, Alex Potiguar delimita que a decisão se pautou pela teoria dos limites imanentes, que parte do pressuposto de que qualquer direito possui limites implícitos, lógicos e imanentes que se impõe a qualquer direito subjetivo, de modo que, as restrições à liberdade de expressão fazem parte da sua própria natureza²⁹³.

Tais ressalvas não são um acaso, uma vez que o caso *Brandenburg* foi uma reconfiguração de posicionamento da corte americana em caso anterior intitulado *Schenck vs. United States*, no qual ficou assentado, por unanimidade, a noção de que a liberdade de expressão não protege palavras ou expressões cuja utilização criem um dano claro e iminente aos demais²⁹⁴, ocasião na qual o relator trouxe que “a Primeira Emenda não permite ao cidadão que grite “Fogo!” em um teatro lotado e cause pânico²⁹⁵. O presente caso, por mais que derogado pelo caso *Brandenburg* no que tange à liberdade de expressão na Suprema Corte, estabelece reserva histórica para entender a necessidade de algum tipo de baliza à expressão.

Outro caso paradigmático trata do dissídio *New York Times vs. Sullivan*, no qual o jornal *New York Times* foi condenado a indenizar o chefe de justiça L. B. Sullivan, por conta de uma distorção contida em uma matéria que pedia doações para a defesa de Martin Luther King, posteriormente reformada pela Suprema Corte. Segundo a notícia, King teria sido preso sete vezes, quando, na verdade, foi preso apenas quatro vezes, o que justificaria que o jornal reparasse um alegado dano ao chefe de polícia. Como fundamento da reforma, a Suprema Corte delimitou que apenas caberia a referida tutela caso os jornalistas soubessem previamente que a informação era falsa, trazendo ao campo das ideias sobre a liberdade de imprensa o conceito de “*actual malice*”²⁹⁶. Cabe salientar que incorreções são inevitáveis em debates públicos saudáveis e o que a presente jurisprudência buscou foi proteger a sociedade de alguns desses discursos falsos, a fim de ventilar o espaço para as discussões

²⁹³ POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso de ódio**: A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença. Brasília: Consulex, 2012, p.59.

²⁹⁴ UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Schenck v. United States**.1919. p. 47.

²⁹⁵ Ibid, p. 47. No original: “*The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic*”.

²⁹⁶ UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **New York Times Co. v. Sullivan**. 1964. p. 254.

políticas. Para fins práticos é preciso demonstrar a malícia deliberada para perseguir o cerceamento da liberdade, sob pena de se cercear e dissuadir críticos e agentes de comunicação legítimos de se manifestarem²⁹⁷.

No mesmo caminho de problematizar a motivação das declarações feitas sob a pretensão égide da liberdade de expressão, a Suprema Corte também julgou o precedente *Chaplinsky vs. New Hampshire*²⁹⁸, em que Walter Chaplinsky foi condenado no estado de New Hampshire pela utilização de palavras beligerantes e ofensivas contra alguns policiais. Na tese firmada na Suprema Corte, existiriam algumas classes de palavras, ofensas ou manifestações beligerantes (*fighting words*) cuja utilização culmina única e exclusivamente na quebra da paz e na injúria. Nesse sentido, uma vez que a liberdade de expressão foi utilizada com o único e exclusivo escopo de atacar e lesionar, caberia ao Estado adentrar na esfera de liberdade do cidadão com algum tipo de sanção.

Para a Suprema Corte Americana, a liberdade de expressão, no justo e regular exercício de seu papel social e democrático, só possui blindagem constitucional quando não exercer suas prerrogativas com maldade ou inverdade volitiva. Essa perspectiva pode ser espelhada, por exemplo, com o tripé de deveres laterais de conduta trabalhados pela jurisprudência pátria ao tratar da liberdade de comunicação, a saber: o dever de verdade, dever de cuidado e relevância pública.

No caso do direito estadunidense, estabeleceu-se, ao passar dos anos e com o amadurecimento do tema na Suprema Corte, três testes para aferir se uma intervenção na liberdade de expressão pode ser exercida pelo Estado ou não. A primeira, residual da doutrina do caso *Schenck vs. United States*, é a “teoria do perigo iminente e manifesto”, no qual se tolera a restrição quando a manifestação trazer perigo para a sociedade, para a paz e para interesse público expressivo²⁹⁹.

O segundo teste é da aferição das “*fighting words and true threat*”, no qual é preciso identificar a finalidade e motivação no uso da liberdade de expressão, sendo legítimo restringir a liberdade de manifestação quando seu objeto não busca transmitir ideias, mas sim a ofensa e a incitação ao conflito, com ameaça real de levar a cabo

²⁹⁷ GOLDMAN, Alvin I; BAKER, Daniel. **Free Speech, Fake News and Democracy**. First Amendment Law Review. V. 18. 2019. p.1-66.

²⁹⁸ UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Chaplinsky vs. New Hampshire**. 1942. p.573.

²⁹⁹ POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso de ódio: A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença**. Brasília: Consulex, 2012, p.37-39.

um conflito social. Na análise de *fighting words*, o sujeito precisa utilizar expressões abusivas, pessoalmente, e destinadas a um sujeito específico e determinado.

Por fim, o último teste para a constitucionalidade de uma intervenção na liberdade de expressão no direito norte-americano é o teste do *Ad hoc balancing*. Aqui, em caráter mais complexo no direito estadunidense, deve-se ponderar, caso a caso, quando um determinado desejo de interferência não se encaixa em nenhum dos padrões preexistentes na doutrina, de modo a não se patrocinar nenhuma intervenção desproporcional à liberdade. Essa regra é a que busca mitigar a discricionariedade no cerceamento da liberdade, visto que a proteção da Primeira Emenda, no direito estadunidense, também é tratada como preferencial³⁰⁰. Importante, no entanto, o breve adendo de que, ao tratar das soluções já incorporadas à doutrina, o direito aqui trata, na verdade, das soluções institucionais, que podem ser lidas, em tradução para o direito interno, como as nossas possibilidades legais.

Por mais que exista, na origem do direito estadunidense, respaldo ao amadurecimento de um pensamento extremamente liberal e permissivo da liberdade de opinião, sua análise histórica indica que, mesmo no âmbito das liberdades, é necessário critério de restrição. A ausência de malícia, o caráter não beligerante do discurso e o justificado receio de ameaça, como visto, são elementos materiais que permitem a relativização da liberdade de expressão – mesmo em um estado ultraliberal. O que se discute no âmbito do direito interno é: quais as ações legítimas de intervenção? No direito americano, as sanções orbitam entre as tutelas compensatórias ou as tutelas penais, mas especificamente porque elas são as tutelas integradas na doutrina de *Common Law* do país.

3.4.2 Direito alemão

Em contraponto à corrida liberal que ocorreu nos Estados Unidos da América, o amadurecimento dos valores liberais ocorreu de forma mais lenta nos países de origem germânica. O histórico dos povos germânicos sempre foi bastante assolado pela censura enquanto *status* comum. A resposta das regiões às empreitadas napoleônicas e o constante estado de ameaça e guerra desses povos foi um terreno

³⁰⁰ Ibid, p.40.

propenso a estados de exceção e, por consequência, de restrições às liberdades de expressão³⁰¹.

A prevalência do regime de censura alemão só viria a ser ressignificado em meados do século XIX. No momento em que a imprensa alemã alcançou uma escala condizente com o crescimento acelerado do país, o Direito alemão culminou em uma liberdade de imprensa constitucional sem censura. Com o advento da Lei de Imprensa alemã de 1874, foi formalizado o direito de retificação (*Berichtigung*) e posteriormente o direito de resposta (*Gegendarstellung*), proibiu-se o confisco de materiais impressos e estabeleceu-se valores para a sociedade alemã, que duraram mesmo após a ascensão do nazismo e da República de Weimar.

Ao final, no que tange às balizas constitucionais da liberdade de expressão no direito alemão, na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, o que se enxerga é uma posição muito mais centrada do que aquela delimitada pelo sistema liberal estadunidense. Em seu art. 2.1, a Lei Fundamental delimita que “toda pessoa terá direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, na medida em que não violar direitos de outrem e não infringir a ordem constitucional ou a lei moral”³⁰². Essa determinação introdutória traz posição comedida, no sentido que, mesmo o direito ao livre desenvolvimento pessoal – valor maior do Estado Democrático de Direito – é vulnerável a condições para sua plenitude.

Com relação especificamente à liberdade de imprensa e de expressão, a Lei Maior dispõe em seu art. 5.1 que:

Art 5.1. Será assegurado a todos o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião verbalmente, por escrito e por imagens, bem como o acesso, sem constrangimentos, à informação em fontes acessíveis a todos. Serão garantidas a liberdade de imprensa e a liberdade de informar por rádio, televisão e cinema. Não haverá censura.³⁰³

Essa estrutura faz inferir que, para o constitucionalismo da Alemanha, a liberdade de imprensa e de expressão carrega o mesmo peso de sobredireito que originariamente se observa por meio da Primeira Emenda estadunidense e hoje se vê aplicado pelo Supremo no Estado brasileiro. Essa percepção se manteria, se não fosse a exata disposição seguinte da Lei Fundamental que, em seu art. 5.2., determina

³⁰¹ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p.74.

³⁰² ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 1949.

³⁰³ Ibid.

de forma clara que “estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal”³⁰⁴.

Em sentido diverso, aqui, a lei maior do direito alemão delimita que, mesmo no âmbito dos direitos mais valiosos, cabe a ponderação na análise de valor e mérito de um exercício alegadamente pleno da liberdade de se expressar.

Dentro da jurisdição constitucional alemã, talvez o primeiro e mais marcante paradigma sobre a liberdade de expressão seja o chamado “Caso Luth”. No referido caso, a Corte Constitucional Alemã teve de decidir se Herr Luth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo estaria agindo em abuso de direito ao empreitar em uma campanha de boicote ao filme “Amada Imortal”, produzido pelo diretor Veit Harlan, que ele acusava de ser um colaborador do Nazismo e de ter produzido outros filmes, de caráter absolutamente antisemita, sob encomenda de Joseph Goebbels. Harlan chegou a ser julgado no Tribunal de Guerra por colaborar com o regime nazista e acabou absolvido – fato que Luth trazia à luz em sua ação. De um lado, Luth utilizou sua estrutura e posição para persuadir todos os alemães possíveis a não assistirem o filme do diretor. Do outro, o diretor recorreu ao judiciário para silenciar a empreitada de Herr Luth, sob o fundamento de que a missão do presidente do Clube de Imprensa lhe estaria lesionando direitos e lhe trazendo prejuízos sem razão.

Em primeira instância, a jurisdição de Hamburgo deferiu a tutela pedida, com base no Código Civil Alemão – BGB –, entendendo que o ato se trataria de dano contrário ao interesse público, sob o fundamento de que a absolvição de Harlan tornaria injusta a campanha de boicote.

Ao chegar à Corte Constitucional, o Tribunal Alemão reformou a decisão sob o fundamento de que é absolutamente essencial a um Estado que permita o conflito de opiniões, mas mais interessante, aqui, o Tribunal Alemão se prestou a indicar que, nesse caso, a eficácia dos direitos fundamentais em jogo se aferem horizontalmente em face ao direito constitucional. Para esse caso, a solução legal do conflito parte do ordenamento infraconstitucional que, principiologicamente, está sustentado pela Lei Maior e a esta deve recorrer diretamente apenas nos casos em que as outras não trouxeram solução. Quanto ao mérito da questão, por sua vez, o Tribunal entendeu que o direito de boicote, nesse caso, era absolutamente legítimo, pois a motivação subjacente à ação era um pretense interesse público que não invadiu a esfera de

³⁰⁴ Ibid.

liberdades de ninguém. O direito de crítica, aqui exercido, não tinha o condão de aniquilar a reputação ou a vida do cineasta, mas sim, tão somente, trabalhar como crítica, ficando o entendimento do Tribunal compilado na seguinte ementa:

1. Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de defesa do cidadão contra o Estado; na determinação dos direitos fundamentais da Lei Fundamental corporifica-se uma ordem axiológica objetiva, que vale para todas as áreas do direito como uma decisão fundamental constitucional.
2. No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais se desenvolvem indiretamente através das normas jusprivadas. Ele toma principalmente determinações de caráter obrigatório e é realizável para o juiz principalmente por meio das cláusulas gerais.
3. O juiz cível pode violar os direitos fundamentais através da sentença (§ 90 BVerfGG) quando ele desconhece a influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil. O Tribunal Constitucional examina nas decisões cíveis apenas a questão da violação dos direitos fundamentais, não em geral um erro jurídico.
4. Também normas civis podem ser consideradas "leis gerais" no sentido do art. 5, inc. 2 da Lei Fundamental e, dessa forma, restringir o direito fundamental à livre manifestação do pensamento.
5. As "leis gerais" precisam ser interpretadas à luz do significado especial do direito fundamental à livre manifestação da opinião para um Estado livre e democrático.
6. O direito fundamental do art. 5 da GG tutela não é apenas a exteriorização da opinião em si, mas também o efeito espiritual através da manifestação do pensamento.
7. A manifestação da opinião, que contém uma exortação ao boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 BGB; ela pode ser justificada, na ponderação de todas as circunstâncias do caso, através da liberdade de manifestação de opinião.³⁰⁵

O caso Luth é paradigmático, não apenas por dirimir um conflito sobre direito ou não ao boicote, mas sim por esmiuçar na dupla dimensão dos direitos fundamentais, no passo em que a liberdade de expressão contida no art. 5^a pode ser entendida como um direito subjetivo fundamental e também como garantia institucional.

Quando trazido para o contexto do Brasil, o posicionamento alemão delimita que nas relações privadas, por exemplo, os direitos fundamentais se afirmam juridicamente com eficácia mediata e horizontal. Quando se pensa em um litígio que envolva ilícito de expressão, por exemplo, a fonte para a solução do conflito estaria no ordenamento infraconstitucional vigente, afinado à própria Constituição de 1988 – Código Civil e Código de Processo Civil. Trata-se de uma posição menos purista da garantia constitucional enquanto direito a ser concretizado, não apesar de todo o

³⁰⁵ ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal Alemão. **BverfGE 7, 198**. 1958.

sistema jurídico, mas de acordo com este. Tal pensamento pode ser extraído da tradução utilizada por Luís Roberto Barroso no seguinte trecho:

Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém em chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do §826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso.³⁰⁶

Outro caso emblemático da jurisprudência do Tribunal Constitucional é o caso Auschwitz Lie, também conhecido como paradigma da negação do holocausto. Na ocasião, o Tribunal teve que decidir sobre a constitucionalidade de um ato administrativo praticado contra o historiador inglês, David Irving, que, em linhas gerais, submeteu o palestrante à censura prévia, centrada em uma série de condições como: (a) a proibição de dizer qualquer coisa que indicasse a diminuição ou não ocorrência de perseguição ao povo judeu do 3º Reich; (b) a obrigação de pontuar que todas as declarações revisionistas do holocausto são criminosas, logo no início da reunião³⁰⁷.

Apesar de parecer uma medida extrema, a posição estava em perfeita sintonia com os princípios e valores do Estado Alemão. Todas as instâncias que endereçaram a matéria foram uníssonas em entender a interferência como legítima, uma vez que o Código Penal Alemão criminaliza atos que incitem o amotinamento popular ou que ataque a honra dos mortos. O caso foi um divisor de águas, pois firmou tese que distinguiu difusão de opiniões e difusão de fatos, sendo que este último, no sentido da orientação do Tribunal Constitucional, é perfeitamente passível de sindicância.

Não se trata, aqui, de mero cerceamento de opiniões absurdas, mas revisionismo histórico obscurantista, criminoso e atentatório à ordem pública. Como bem colocado pelo próprio tribunal:

³⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 809.

³⁰⁷ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. **BverfGE 90, 241**. 1994.

Quem quer que busque negar esses eventos [holocausto], nega a cada um deles [povo judeu] o valor pessoal a que eles têm direito. Para a pessoa afetada, isso significa a continuação da discriminação contra o grupo que ela pertence, bem como contra ela própria [...] é questão de essencial interesse para o público. É verdade que, naquele caso, existe uma presunção em favor da liberdade de expressão. Porém, essa presunção não se aplica se a manifestação verbal ofensiva está baseada em afirmativas de fato que foram provadas inverídicas.

Aqui, dessa vez sob a égide de preservar o país de revisionismo histórico, mais uma vez se observa o compromisso com o dever de verdade, em especial para os fatos históricos já comprovados. Vale pontuar que não apenas a Alemanha adota postura rígida com relação ao revisionismo histórico que tente diminuir a gravidade do holocausto, mas também países como a França, Canadá, Áustria, Israel e Suíça³⁰⁸.

É uma obviedade que, apesar de possuírem restrições claras à liberdade de expressão, justificando até mesmo, em alguns casos, a censura prévia, nenhuma das democracias tratadas aqui desmoronou. Seria ao menos temerário sugerir que a República Alemã se deteriorou desde 1994 com o julgamento do caso *Auschwitz Lie*. Pelo contrário, o passar do tempo e o aprofundamento sério de matérias delicadas ocorreu o fortalecimento das instituições democráticas.

No caso do direito alemão, apesar da devida importância ser dada à liberdade de expressão, o valor central do direito gira em torno da Dignidade da Pessoa Humana, valor este pelo qual é razoável recorrer a todos os remédios legais institucionais, a fim de preservá-la no caso concreto. Obviamente, não se deve falar que a jurisdição constitucional brasileira não adota nenhum tipo de medida contra os ilícitos de expressão. Isso não é um fato. Alude-se, aqui, no entanto, que após a fixação de tese de viés ultraliberal no julgamento da ADPF 130 surgiu um regime de resistência às próprias soluções de Direito previstas na lei em detrimento de imperativos comumente de valor e não de lei.

No entanto, seja na corrente ultraliberal americana, seja na corrente alemã, a intervenção na liberdade de expressão se mostra medida legítima de direito, basicamente, em casos que o ilícito de expressão tenha o potencial de causar dano à pessoa ou à coletividade, sendo legítimo o recurso aos remédios constitucionais que objetivam resolver os efeitos deste ilícito – não compensá-lo e não balanceá-lo.

³⁰⁸ POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso de ódio**: A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença. Brasília: Consulex, 2012, p.79.

É perceptível que o judiciário, ao menos na corte constitucional, tenta evitar o ônus de traçar as linhas entre o permitido e o não permitido, mesmo no âmbito da fala e em um ambiente democrático que, a princípio, não deve e nem pode cercear a comunicação e a expressão. Para Araújo, essas linhas separam algumas categorias distintas de neutralidade e regulação do conteúdo³⁰⁹. A regulação de fato, opinião ou conduta expressiva; manifestações individuais e coletivas; restrições prévias ou posteriores; inibir ou responsabilizar, são exemplos de matérias que deveriam constar em todas as decisões de tutela de constitucionalidade ao ocorrer a ponderação dos princípios constitucionais.

As decisões sobre liberdade de expressão são decisões que precisam reconhecer o fundamento da liberdade, seus efeitos sistêmicos e sua relação com a autoridade. Devem retornar ao seu elemento individual, de autonomia, e sua faceta coletiva, de discussão como elemento das sociedades livres. Importante, além de tudo, perceber que a relação entre os que falam e os que recebem a comunicação não é estática, não é pontual, discreta ou isolada, nem se baseia no mesmo sistema de titularidades e imputações que controla o regramento jurídico do agir.³¹⁰

Apesar de não integrar abertamente os julgados do Supremo que foram analisados, é digno de nota alguns elementos de ponderação judicial propostos pelo ministro Luís Roberto Barroso, em publicação acadêmica dedicada justamente a dirimir algumas dessas imprecisões sobre a tutela da liberdade. Dentro de uma análise de constitucionalidade, o jurista sugere que na apreciação dos fundamentos legitimadores para restrição da liberdade de expressão estejam: (a) a veracidade do fato – referência ao princípio da verdade; (b) a licitude no meio para a obtenção da informação; (c) o espaço de notoriedade ou público ocupado pela pessoa objeto da notícia; (d) o local do fato noticiado – em diálogo com o direito à intimidade; (e) a natureza do fato; (f) existência de interesse público da divulgação, em tese; (g) fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; (h) preferência por sanções *a posteriori* – que de fato parece ser ponto de convergência de quase toda a doutrina³¹¹.

Digno de menção que, apesar da qualidade minuciosa dos critérios apresentados pelo autor, sua análise em conjunto ainda traz algumas imprecisões,

³⁰⁹ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017, p.51.

³¹⁰ Ibid, p. 53.

³¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada dos Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, 2004. p.27-28.

uma vez que não determina como realizar a soma desses vetores, quando alguns puxarem para um lado e outros para outro. A despeito disso, demonstra que, dentro das razões de decidir do Supremo, transita a tese que busca organizar a forma adequada de se restringir a liberdade de expressão, mesmo que não disruptiva e advogando para a predisposição já existente na corte.

Por fim, ainda dentro da questão da dicotomia entre a abordagem estadunidense e alemã, é importante perceber que, ao contrário do que muito se disse nas posições firmadas pelo Supremo, o exercício de inibição ou restrição à liberdade de expressão, contanto que institucional e legítima, não tem o condão de derrubar o Estado Democrático de Direito. Em muitos trechos da doutrina, em especial nas razões construídas no Supremo, muitas vezes se percebe a sugestão de um “jogo de tudo ou nada”, em que se enaltece o valor basilar da liberdade de expressão e sugere-se, na sequência, que sua não plenitude desagua na consequência de romper completamente com o Estado Democrático de Direito.

É absolutamente incongruente a inferência de que o controle casuístico da liberdade de expressão sempre importará em um efeito cascata que culmina na destruição democrática. Ao tratar que a liberdade de expressão merece *status* diferenciado porque, sem ela, não se desenvolve a democracia, não se pode nutrir o espantinho de que sua regulação lícita seja, reflexamente, capaz de destruir a democracia imediatamente e o caso alemão é o retrato disso.

Seria absolutamente descolado com a realidade sugerir que a Alemanha é uma democracia menos democrática, apenas por possuir recursos de “censura”, inclusive apriorística. Não é o caso. A Alemanha segue sendo uma democracia sólida e extremamente amadurecida dentro da preservação das liberdades fundamentais, mesmo tendo adotado a existência de pautas que não merecem a proteção da livre manifestação.

Tudo faz inferir que, no Brasil, não existe razão de ordem para se pensar a Liberdade de Imprensa sob um pedestal de sobredireito, uma vez que a premissa de decomposição civilizatória que viria do seu controle não se comprova diante de casos concretos. O estudo, em verdade, faz inferir que a questão que assombra o pensamento do Supremo é a instrumentalização estatal da censura como forma de ferramenta política. Isso, de fato, tem a capacidade de destruir um regime democrático ou enfraquecê-lo. Isso e controle constitucional contra abusos de direito são coisas inconfundíveis.

4. NOVAS DIMENSÕES DA COMUNICAÇÃO: *FAKE NEWS*, DESCENTRALIZAÇÃO DA MÍDIA E O PROBLEMA DA PÓS-VERDADE

Segundo D’Ancora, o que estamos vivendo hoje pode ser chamado de “era da pós-verdade”, na qual a circulação de informação acontece em um fluxo extremamente enviesado e, às vezes, até mesmo monopolizado pelo discurso da emoção em detrimento da razão³¹². O resultado desse processo é a massificação da desinformação e a desconstrução da própria democracia.

Por sua vez, o judiciário passou a ser inundado de contendas em que o objeto das tutelas debatidas gira em torno de conceitos ainda sem definição precisa na lei ou na jurisprudência – como é o exemplo das *fake news*, que apesar de terem um formato geral no imaginário da justiça, ainda carece de definição expressa para o Direito. Ainda segundo o autor, embora não seja possível cravar posição quanto ao ponto de virada que colocou o país na chamada era da pós-verdade, fato incontrovertido é o que de, a partir de 2016, começou-se a eclodir os primeiros grandes precedentes globais de manipulação midiática e algorítmica³¹³.

Essa mesma consideração permeia discussões relevantes no âmbito do Supremo, como por exemplo a manifestação da ministra Rosa Weber, acerca dos perigos institucionais que a desinformação e a veiculação de notícias falsas podem trazer à república.

Constatar que desinformação divulgada em larga escala passou a influenciar diretamente as escolhas da sociedade, nos mais variados temas – e, por conseguinte, o rumo que nós, brasileiros, trilharemos na busca dos objetivos da República -, produz um choque de realidade sobre a dimensão e a complexidade do problema que se tem pela frente.³¹⁴

A internet intensificou três processos perniciosos que, em um primeiro momento, foram vividos em um tom de utopia e avanço, a saber: (i) a descentralização da figura do comunicador; (ii) a transcendência dos espaços físicos para os espaços virtuais; (iii) a seleção de conteúdo por meio de inteligência artificial. A disponibilidade massiva de informação e a crescente do mercado da informação fomentou que

³¹² D’ANCORA, Matthew. **Pós-Verdade**: A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News; tradução Carlos Szlak. 1ed. Barueri: Faro Editorial, 2018, p.20.

³¹³ Ibid, p.55.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin. 10 jun. 2020. Disponível. p.200.

empresas como o *Google*, *YouTube*, *Facebook* e demais plataformas alavancassem as possibilidades de participar ativamente na difusão de informação. Subitamente, um espaço de comunicação que anteriormente era reservado quase que exclusivamente aos detentores da imprensa tradicional foi inundado por uma multidão dos mais diversos credos, cada um com um “megafone”³¹⁵.

O fato é que, nos dias de hoje, mais de 70% dos brasileiros estão umbilicalmente conectados à internet³¹⁶.

Araújo percebe, com critério, esse jogo de mão dupla que a revolução digital ocasionou com a transformação da internet no principal ambiente comunicacional do mundo. Criticamente, o autor chama atenção para o fato de que, apesar de ter o potencial de “permitir a qualquer pessoa atingir uma audiência mais ampla”³¹⁷ ou a desfrutar de uma abundância de informação na internet, também se tem o potencial de fazer mais mal. Especificamente com relação às interferências no sistema da liberdade de expressão, o autor indica pelo menos 17 efeitos relevantes que a internet trouxe para a liberdade de expressão, que aqui são transcritos:

Podemos consolidar os efeitos da internet sobre a expressão e indicar a) a relativa desprofissionalização dos produtores de conteúdo, com pulverização da fala; b) fim da intangibilidade do conteúdo – que pode ser replicado, criticado, comentado ou objeto de ações diversas por pessoas estranhas aos produtor original; c) barateamento dos custos de publicação, presença de novos atores (por exemplo, titulares das plataformas) e dificuldade de cobrança pelo consumo do conteúdo; d) crescimento quantitativo do conteúdo produzido (com criação, por exemplo, de constrangimentos de tempo de acesso); e) abertura de entrada para novos atores e refazimento dos conceitos de fama, autoridade e visibilidade; f) novos sistemas de confirmação e certificação (“peer review”, por exemplo); g) novos modos coletivos de produção e alteração de conteúdo; h) nova lógica de divulgação (viralidade, compartilhamento etc.); i) consumo coletivo de conteúdo em redes de afinidade e relacionamento; j) alteração dos padrões de relacionamento e vínculo entre pessoas, com vínculos fracos, transitórios ou episódicos, por grupo de interesse etc.; l) alteração da dinâmica geográfica e do suporte físico do conteúdo; m) alteração da distinção entre público e privado; n) imprevisibilidade das repercussões e da concentração de atenção; o) automatização do registro e processamento dos dados gerados pela comunicação; p) perda do controle sobre o registro temporal do conteúdo, janelas de divulgação e padrões de alteração; r) politização das

³¹⁵ VALENTE, Mariana. A liberdade de expressão na internet: Da Utopia à Era das Plataformas. In: FARIA, José Eduardo. **A liberdade de expressão e as Novas Mídias**. Editora Perspectiva. 2020, p.19.

³¹⁶ CGI.BR. **TIC Domicílios: Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros**. São Paulo. 2020.

³¹⁷ ARAÚJO, Márcio Schusterschitz. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017, p. 45-46.

comunicações privadas e alteração das noções de urgência, embate e percepção de eventos.³¹⁸

Nenhuma dessas alterações é de valor jurídico nulo ou baixo. Todas as alterações relacionais dos fatos com a entrada da internet atingem contundentemente a forma como o Direito enxerga, especificamente o alcance da liberdade de expressão nas redes, que traz uma porção de obsolescências que não está sendo encarada de frente pela corte constitucional.

Esse processo desestabiliza algumas dinâmicas predeterminadas no acesso à informação. A responsabilidade pela qualidade do conteúdo *on-line* é repassada ao consumidor do conteúdo nas redes, subvertendo uma noção subjacente à história da comunicação social de dever de cuidado e verdade que acompanhava a figura da mídia tradicional. Não que a mídia tradicional seja isenta, mas contra ela recai as consequências eventuais do mau jornalismo e sobre ela que pesavam as cobranças por correção – o que não ocorre no novo cenário da descentralização da comunicação³¹⁹. Como consequência, a mídia tradicional tem se organizado para trabalhar no setor de *fact checking*, na esperança de restituir algum índice de credibilidade às informações *on-line*.

Do outro lado, existe a subversão dos espaços físicos para os espaços *on-line*. Há quem diga, inclusive, que o ambiente digital consiste em “praça pública”, mas talvez até mesmo essa consideração não faça jus ao que as redes se tornaram. Mesmo as praças públicas, em algum grau, são dotadas de limites físicos observáveis ou palpáveis, coisa que não ocorre na internet. Para Timothy Ash, o ambiente das redes, hoje, se define pelo que ele chama de “Cosmópolis”, que consiste na percepção da existência de uma interconexão dos mundos físicos e virtuais, em escala global, que precisa ser observado para qualquer discussão acerca dos limites da liberdade de expressão³²⁰, ou seja, a revolução comunicacional não se deu apenas em seu conteúdo, mas radicalmente em seu alcance. Não por acaso, é flagrante que inclusive os ambientes políticos e diplomáticos estão migrando para as redes sociais, caricatamente exemplificado pela forma que muitos líderes globais têm utilizado o *Twitter* como meio de propaganda política e diálogos institucionais³²¹.

³¹⁸ Ibid, p.47.

³¹⁹ Ibid, p.20.

³²⁰ ASH, Timothy. **Free Speech: Ten principles for a connected world**. Atlantic Books, 2019, p.25.

³²¹ JUNIOR, Ronaldo. “Fake News” e as Novas Ameaças à liberdade de expressão. In: FARIA, José Eduardo. **A liberdade de expressão e as Novas Mídias**. Editora Perspectiva. 2020, p.35-36.

4.1 BOLHAS E O PROBLEMA DAS *FAKE NEWS*

Outro fenômeno preocupante percebido no ambiente virtual é a desapropriação do caráter pessoal e interativo dos usuários e a substituição dessas interações por uma simplificação gradativa dos discursos, facilitando o trabalho de algoritmos e o consequente isolamento dos usuários em ambientes exclusivos que se retroalimentam. Tem-se, no ambiente virtual, a chamada “Câmara de Eco”, como efeito colateral à consolidação da Cosmópolis. O efeito “Câmara de Eco”, como o próprio nome sugere, consiste no trabalho silencioso dos algoritmos em incentivar o consumo e a permanência na rede por meio do consumo de coisas que já são do interesse do usuário, gradativamente construindo constelações e nichos *on-line* que acessam apenas conteúdos que traduzem o que o usuário já pensa. O resultado disso vai na contramão de um dos maiores fundamentos da Liberdade de Informação: o pluralismo de ideias³²².

O mesmo efeito é denunciado por Vestings, ao dizer que “o ganho de importância das redes sociais resulta, ademais, em uma ascensão de particularismos e no retrocesso de uma parte da esfera pública a fóruns de pessoas que pensam da mesma forma”³²³. A formação de fóruns e a alimentação de algoritmos com aprendizagem automática movimentam o mercado da interação e da comunicação com base em recompensas subjetivas para o usuário, criando para ele um mundo virtual *on demand* em que as percepções de contraditório e pluralismo são subvertidos por uma autolimitação narcisista³²⁴. Nas considerações tecidas pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, tem-se:

No universo do mundo em rede são criados verdadeiros guetos e muros de separação! Tudo isso polui o debate democrático. O cidadão passa a formar sua opinião e a se conduzir na democracia guiado por ilusões e inverdades. E a deturpação da realidade obstrui os caminhos da democracia. Sem dúvida, a saúde da democracia depende da qualidade do diálogo realizado dentro dela. Essa é exatamente a noção de “mercado livre de ideias”, oriunda do pensamento do célebre juiz da Suprema Corte Americana Oliver Wendell Holmes, segundo o qual ideias e pensamentos devem circular

³²² Ibid, p. 35-36.

³²³ VESTING, T. A mudança na esfera pública pela inteligência artificial. In: ABOUD, G., NERY JR., N. e CAMPOS, R. **Fake News e Regulação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 298.

³²⁴ Ibid, p. 298.

livremente no espaço público para que sejam continuamente aprimorados e confrontados em direção à verdade.³²⁵

É interessante notar que essa dinâmica de interação virtual é tão inovadora que passa despercebida na doutrina como forma de censura privada apriorística. O contexto das câmaras de eco e da formação de bolhas digitais em razão de uma pré-seleção algorítmica de o que vai e o que não vai ser oferecido para o usuário é crasso, no entanto pouco ortodoxo, exemplo de controle do direito à informação apriorístico. Curiosamente e ironicamente, essa modalidade de censura é uma censura que se deseja, visto que o usuário é cirurgicamente sugestionado ao consumo apenas daquilo que lhe acalenta de alguma forma.

Independentemente disso, sob a perspectiva da vedação à censura e, principalmente, em compromisso ao princípio da pluralidade, a organização de informação e a setorização dos usuários por perfis, apesar de mascarado de paradigma extremo da liberdade ampla, na verdade é atentatória ao próprio princípio da liberdade de expressão.

Como se não bastasse, essa separação de constelações temáticas na internet também aprofunda perigosamente os efeitos da desinformação nas redes, que acabam criando verdadeiras cabalas organizadas em torno de notícias falsas, discurso de ódio e negacionismo. Segundo pesquisa da Pew Research Center, feita nos Estados Unidos, identificou-se que o problema das notícias falsas passou a ser considerado pelos estadunidenses como um problema maior que o terrorismo, a imigração ilegal, o racismo e o sexismo. A mesma pesquisa também revelou o direcionamento de notícias falsas para os usuários do *Facebook* com perfis que identificassem alguma propensão específica do usuário para conteúdos políticos específicos, que passaram a receber tipos de propaganda pré-delimitada. No mesmo sentido, estudos também apontam que 75% das pessoas que entram em contato com as chamadas *fake news* tomam elas como verdadeiras³²⁶.

A preocupação é justificada, pois indo na mesma direção, a pesquisa publicada pelo Acervo Científico demonstrou receio expressivo com a expectativa de que doenças já erradicadas no mundo voltem a ser epidêmicas. Casos como Sarampo

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin. 10 jun. 2020. p.350.

³²⁶ D'ANCORA, Matthew. **Pós-Verdade**: A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News; tradução Carlos Szlak. 1ed. Barueri: Faro Editorial, 2018, p. 55.

estão em uma crescente sem precedentes nos Estados Unidos, acompanhando, justamente, a ascensão de movimentos “antivacina”³²⁷.

O que soaria uma sátira de péssimo gosto anos atrás se tornou um movimento com adesão expressiva, em parte, por conta do efeito da “Câmara de Eco”, que permitiu que alguns poucos lunáticos obscurantistas espalhados pelo mundo pudessem se reunir, confraternizar, trocar experiências e, pior ainda, dar a entender que se tratam de um movimento sério, o que fatalmente acaba recrutando mais pessoas desinformadas.

No campo político não é diferente. Nas eleições presidenciais norte-americanas, uma campanha ostensiva de *fake news* contra a então candidata Hillary Clinton, veiculou, sem nenhum tipo de compromisso ou indício fático, que a candidata teria envolvimento com o assassinato de um agente do FBI, assim como que “imigrantes” estariam aderindo massivamente à campanha da candidata³²⁸. No Sri Lanka, Myanmar e Índia, notícias fraudulentas colocaram determinadas minorias étnicas como protagonistas em crimes violentos, o que resultou em mais de um episódio de linchamento público e ao óbito de inocentes³²⁹.

Como rememorado, inclusive pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da ADPF 572/DF, não é preciso ir aos exemplos internacionais para entender a gravidade do processo de desestabilização da democracia por meio de notícias falsas.

Nas mesmas eleições, foram divulgadas notícias falsas sobre a suposta manipulação dos votos computados nas urnas eletrônicas, mediante o uso de ferramentas de edição e montagem de vídeos (Cf.: <https://veja.abril.com.br/blog/me-engana-que-eu-posto/video-que-mostrarna-preenchendo-voto-em-haddad-e-falso/>). Esse tipo de conduta, ao ser utilizada de forma sistemática, busca minar a legitimidade do processo eleitoral e possibilitar, até mesmo, a eventual recusa do resultado das urnas, o que caracteriza, segundo Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, um dos fatores indicativos de movimentos autoritários que levam a regressões democráticas.³³⁰

³²⁷ CARDOSO, Vivian et. al. Vacinas e movimentos antivacinação: origens e consequências. **Revista Eletrônica Acervo Científico**. 2021.

³²⁸ TUFECKI, Zeynep. **Zuckerberg's Preposterous Defense of Facebook**. N.Y. TIMES. 29 set. 2017.

³²⁹ GOLDMAN, Alvin I; BAKER, Daniel. **Free Speech, Fake News and Democracy**. First Amendment Law Review. V. 18. 2019. p.110.

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin. Relator: Ministro Edson Fachin. 10 jun. 2020. p. 264.

Segundo a leitura política do jornalista Siva Vaidhyathan, a partir da publicização da política de publicidade direcionada e manipulação social das redes feita pelo *Facebook*, o que se está vivendo hoje, nos ambientes digitais, em uma escala global, é uma guerra, travada na internet, contra a democracia, por meio da qual se luta a partir da fragilização na confiança do próprio regime democrático.³³¹

Diante disso, uma percepção de manutenção de um mercado plenamente livre de ideias começa a desmoronar, no passo em que a liberdade plena nas redes sociais está se tornando vetor desestabilizador da própria democracia. Quanto a isso, Sunstein chama atenção para o fato de que, mesmo um “mercado livre” exige ao menos critérios e regras claras – coisa que a internet ainda não tem³³². O que se tem como certo é o limite sendo a democracia. Quanto a isso, Ronald Krotoszynski consigna:

[...] qualquer discurso que tenha por objetivo a destruição do governo democrático não possui qualquer proteção de acordo com a Lei Fundamental". Foi com base nessa ideia que o Tribunal Constitucional Federal alemão decretou, por exemplo, o banimento dos Partidos Socialista e Comunista alemães, que foram considerados como plataformas para a atuação do Partido Nazista.³³³

Nesse sentido, a doutrina parece indicar que, no mesmo passo em que o valor democrático foi máxima para a manutenção de um entendimento quase imutável de um perspectiva ultraliberal da liberdade de expressão, hoje, com a corrupção do processo comunicacional ameaçando os princípios democráticos, parece que sob o mesmo fundamento repousa a fundamentação para se aceitar a relativização da proibição da censura e a limitação da liberdade de expressão.

4.2 NOVAS PONDERAÇÕES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

³³¹ VAIDHYANATHAN, Siva. **Facebook Wins, Democracy Loses**. N.Y. TIMES. 8 de set. de 2017. No original: “*We are in the midst of a worldwide, internet-based assault on democracy.*”

³³² SUNSTEIN, Cass R. **Falsehoods and the First Amendment**. p.17.

³³³ KROTOSZYNSKI JR, Ronald. *A Comparative Perspective of The First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany*. **Tulane Law Review**. V. 78. N. 5. p. 1590-1591: No original: “[...]clearly establish that the freedom of speech does not extend to speech aimed at promoting the overthrow of the government. In a pair of cases decided in the 1950s, the Federal Constitutional Court enforced bans against the Socialist Reich Party and the Communist Party.”

Tomando como base a noção de que o Direito e, em especial os direitos fundamentais têm aspecto pluridimensional, é de se imaginar que a profunda reconfiguração das formas de se comunicar na rede e as demais consequências decorrentes do método vigente para as interações no ambiente virtual logicamente implica em posições revisionistas e reconfigurações de entendimento radicais.

Na intenção de buscar soluções para proteger a sociedade das mazelas novas que nasceram com a tecnologia, o Direito vem buscando se ajustar, sinalizando movimentos em frentes diversas. Conforme explicitado na análise da ADPF 572/DF, o Supremo, diante de um caso concreto que escancarou essas modalidades de “novos excessos” de expressão, começou a sinalizar, na interpretação constitucional, o cabimento, sim, de balizas legítimas para justificar o controle judicial da liberdade de expressão exercida de maneira ilícita – de outras formas que não a simples resposta ou a indenização.

O retorno da corte às bases jurisprudenciais, até mesmo das correntes mais liberais vigentes no tribunal – como a norte-americana – para reconsiderar os limites da liberdade de expressão indicam um avanço substantivo na forma como os conflitos envolvendo ilícitos de expressão podem ser enfrentados. Trazer para o debate atual e contemporizar conceitos como *actual malice*, *hate speech* e *fighting words* para o contexto atual da comunicação na internet, assim como readequar as interações entre os princípios estruturadores da liberdade de expressão a essas novas mídias é uma clara sinalização de que os processos de ponderação do direito à livre expressão já contam com novos elementos.

Não apenas no Supremo, nesse sentido, tem-se a posição adotada pela Organização das Nações Unidas, em publicação que endereçou exatamente a matéria das limitações das liberdades de opinião e de expressão, apresentada como fundamento no voto do ministro Edson Fachin, também inserida no julgamento da ADPF 572/DF:

Diferentemente da proibição incondicional de ingerência na opinião, o artigo 19(3) do Pacto [Internacional dos Direitos Civis e Políticos] impõe três condições segundo as quais o exercício do direito à liberdade de expressão pode estar sujeito a restrições por parte dos Estados. Essas condições devem ser levadas a efeito de maneira estrita (cf. a Observação Geral nº 34 do Comitê de Direitos Humanos, parágrafos 21 a 36). O art. 19(3) dispõe que o exercício do direito à liberdade de expressão envolve deveres e responsabilidades especiais e pode estar sujeito a certas restrições, que deverão, contudo, estar expressamente fixadas em lei e ser necessárias para: a) assegurar a proteção aos direitos ou à reputação de outrem; a proteção da

segurança nacional, à ordem pública ou à saúde e moral públicas. O art. 20 do Pacto também estabelece que toda propaganda em favor da guerra e toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência estarão proibidos por lei (Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. Organização das Nações Unidas: A/71/373, 2016).³³⁴

A existência de um diploma internacional comprometido com a conformação dos limites da liberdade de expressão e que institucionalize a ideia de que determinadas condições de validade podem justificar o exercício de tutelas como, por exemplo, as inibitórias e as de remoção do ilícito, é extremamente relevante para sinalizar que qualquer esforço de Direito interno, nesse sentido, não está desconectado daquilo que todo o mundo está vivendo em algum grau. No mesmo caminho, cabe aqui uma menção à posição tomada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes quando relatou o Recurso Extraordinário 511.961/SP, ainda no ano de 2009 que, em um exercício quase que de futurismo, foi absolutamente enfático ao dizer:

É importante frisar, por outro lado, que a vedação constitucional a qualquer tipo de controle estatal prévio não faz pouco caso do elevado potencial da atividade jornalística para gerar riscos de danos ou danos efetivos à ordem, à segurança, ao bem-estar da coletividade e a direitos de terceiros. O entendimento até aqui delineado não deixa de levar em consideração a potencialidade danosa da atividade de comunicação em geral e o verdadeiro poder que representam a imprensa e seus agentes na sociedade contemporânea.³³⁵

Dentro da posição ressaltada pelo ministro relator, fica claro que existe uma vigilância atenta por parte do ordenamento constitucional, justamente para mensurar que a liberdade de expressão, apesar de entendida pela corte como sobredireito, será sempre subjugada à análise do mal em potencial que ela pode causar à sociedade e, a partir disso, integrar suas hipóteses de restrição. Dentro dessa percepção, quanto à necessidade de atualizar a percepção dos limites liberdade de expressão, Carlos Bentivegna dialoga com essa noção de vigilância do mal potencial ao propor que a liberdade de expressão sofra intervenção quando: (i) houver, com razoável grau de certeza, o temor de que um mal decorra do discurso que se pretende limitar; (ii) haja,

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin. Relator: Ministro Edson Fachin. 10 jun. 2020. p.40.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 511.961/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 17 jun. 2009. p. 72

com razoável grau de certeza, a noção de que o mal em potencial é iminente; e (iii) haja motivos fortes para se crer na gravidade do mal que pode ser causado³³⁶.

Na esfera legiferante, as sinalizações de direito não são diferentes, no sentido de que existem novos elementos na sociedade, atrelados à comunicação social, que precisam de algum tipo de regramento. Recentemente foi aprovado no Senado o Projeto de Lei 2.630/2020, intitulado Lei das *fake news*. Apesar de propor nenhum tipo de recurso interveniente estatal, o projeto se fundamenta na proteção da sociedade contra a difusão caótica, maliciosa e inverídica de notícias e opiniões falsas – e potencialmente danosas – nas redes sociais e tenta trazer fundamentos para se tutelar institucionalmente esse tipo de ilícito. O ponto central é coibir a ação, identificar e possibilitar a responsabilização dos sujeitos que encampam os discursos de ódio e o obscurantismo realmente nocivo à democracia nas redes.

Trecho digno de nota é o art. 12 da proposição, que cria ferramentas de moderação digital nos espaços virtuais:

Art. 12. Os provedores de aplicação de internet submetidos a esta Lei devem garantir o direito de acesso à informação e à liberdade de expressão de seus usuários nos processos de elaboração e aplicação de seus termos de uso, disponibilizando mecanismos de recurso e devido processo.

§ 1º Em caso de denúncia ou de medida aplicada em função dos termos de uso das aplicações ou da presente Lei que recaia sobre conteúdos e contas em operação, o usuário deve ser notificado sobre a fundamentação, o processo de análise e a aplicação da medida, assim como sobre os prazos e procedimentos para sua contestação.

§ 2º Os provedores dispensarão a notificação aos usuários se verificarem risco:

I – de dano imediato de difícil reparação;

II – para a segurança da informação ou do usuário;

III – de violação a direitos de crianças e adolescentes;

IV – de crimes tipificados na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989;

V – de grave comprometimento da usabilidade, integridade ou estabilidade da aplicação.

§ 3º Deve ser garantido pelo provedor o direito de o usuário recorrer da indisponibilização de conteúdos e contas.³³⁷

O projeto enfrenta o mérito das contas inautênticas; criminaliza a utilização de robôs para a desinformação em massa; limita a restrição de acesso e interação das contas de agentes públicos; cria comitê de regulação; sistematiza os processos de moderação e de controle dos provedores de internet e dos administradores das redes

³³⁶ BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. São Paulo: Manole, 2019, p.88.

³³⁷ CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei 2630/2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Publicado: 03/07/2020.

sociais, dentre outras diversas medidas de regulação da expressão *on-line*³³⁸. Essas pretensões do legislativo federal, por si só, estampam uma imediaticidade de reconfiguração de entendimento quanto aos limites da liberdade de expressão, até mesmo porque são raras às vezes em que o poder legislativo se adianta ao judiciário em matérias de vasta relevância social.

Mais do que a Lei das *Fake-news*, de 2017 até a presente data, outros sete projetos de lei passaram a tramitar no Congresso Nacional com a finalidade de, em algum grau, delimitar, controlar ou mitigar a propagação de notícias falsas. Os projetos de lei 4.027/2020³³⁹, 2.844/2020³⁴⁰, 6.812/17³⁴¹ e 1.941/2020³⁴², por exemplo, buscam restringir o envolvimento do poder público com comunicadores sociais propagadores de notícias falsas e controlar a propagação desse tipo de manifestação na sociedade. Em sentido análogo, os projetos de lei 693/2020³⁴³ e 1.258/2020³⁴⁴ tentam controlar a liberdade de expressão de autoridades públicas que se manifestem em contrariedade às recomendações técnicas de saúde, colocando a sociedade em risco. Extrapolando a pauta das notícias falsas, tem-se em trâmite o Projeto de Lei 1.585/2019³⁴⁵, que tenta obstruir a instrumentalização midiática da imagem e dos nomes de investigados ou criminosos, na intenção objetiva de promover terror social. Por fim, digno de nota, apesar de ter sido retirado de tramitação, vale mencionar a proposição do Projeto de Lei 10.087/2018³⁴⁶, que buscou garantir no ordenamento jurídico o já mencionado direito ao esquecimento.

É perceptível que, do momento em que houve a explosão dos problemas sociais e de segurança pública que a livre manifestação irrestrita passou a causar e a poder causar na sociedade, a democracia, em resposta, começou a se movimentar para adequar os limites do Estado a essa nova realidade. Em verdade, os exemplos trazidos são um recorte mais atual sobre o tema, no passo em que, de 1976 até os dias de hoje, podem ser encontrados no trâmite do legislativo federal ao menos 44 proposições legislativas relacionadas diretamente à liberdade de expressão e de

³³⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Veja as principais mudanças feitas pelo relator do Projeto de Lei das Fake News**. Agência Câmara de Notícias. 2021.

³³⁹ CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 4.027/2020**. 2020.

³⁴⁰ CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 2.844/2020**. 2020.

³⁴¹ CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 6.812/2017**. 2017.

³⁴² CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 1.941/2020**. 2020.

³⁴³ CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 693/2020**. 2020.

³⁴⁴ CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 1.258/2020**. 2020.

³⁴⁵ CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 1.585/2019**. 2019.

³⁴⁶ CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 10.087/2018**. 2018.

comunicação, tratando das frentes mais diversas e apenas quatro dessas buscam fortalecer essas liberdades³⁴⁷.

Na esfera da autorregulação privada, o mesmo esforço de mudar a forma como a liberdade de expressão acontece nas redes sociais pode ser percebido, em especial durante o ano de 2020, na pandemia do Coronavírus. A rede social, *Twitter*, precisou exercer tutela para remoção do ilícito, privada, contra publicações feitas pelo presidente da república, Jair Bolsonaro, que faziam propaganda e divulgação de medidas contrárias aos protocolos sanitários de controle da epidemia do Coronavírus, chegando a suspender seu usuário da rede. De um lado, houve a aplicação peremptória de supressão de conteúdo por parte da plataforma que, na condição de dona do próprio espaço, entendeu que as publicações violavam as políticas da rede³⁴⁸. Noutra passo, a penalidade de suspensão do usuário do presidente consiste em impedimento, *a priori*, para a livre manifestação, constituindo tutela inibitória privada de natureza preventiva. É relevante perceber que, dentro da lógica subjacente adotada pelo *Twitter* no controle da liberdade de manifestação do presidente, consta os mesmos juízos de valor que deveriam estar sendo aplicados pelo judiciário.

A lógica se inverte. Ao invés de se manter uma manifestação potencialmente nociva para garantir a liberdade e colocar em jogo a expectativa de dano, garante-se a supressão do ilícito e da possibilidade de dano e se coloca em jogo a pertinência da manifestação. A censura, nesse caso, pode ser revertida e a manifestação voltará para o lugar em que ela deveria estar, alcançando o mesmo público que alcançaria. O dano, no caso de uma manifestação comprovadamente atentatória como a do exemplo, por outro lado, é irreversível.

O que se vê, portanto, é que o avanço doutrinário e legislativo sobre os limites da liberdade de expressão está recompondo um entendimento, até então consolidado, a respeito do âmbito de proteção da liberdade de imprensa e de manifestação e sua real influência na democracia. E não poderia ser diferente, uma vez que "a liberdade de expressão envolve trocas e balanceamentos entre o valor desse direito e os prejuízos que o discurso pode causar, de modo que nenhum país pode resolver essas trocas apenas a partir da proteção integral da liberdade"³⁴⁹. O que deveria ocorrer, de

³⁴⁷ CONGRESSO NACIONAL. **Projetos de Lei - Liberdade de Imprensa e liberdade de expressão**. 2021.

³⁴⁸ G1. **Twitter apaga publicações de Jair Bolsonaro por violarem regras da rede**. 2020.

³⁴⁹ GOLDMAN, Alvin I; BAKER, Daniel. **Free Speech, Fake News and Democracy**. First Amendment Law Review. V. 18. 2019.

fato, é a triagem de todos os elementos de ponderação capazes de influenciar nos resultados de um conflito entre direitos fundamentais e, ao final, a construção técnica de uma providência comprovadamente não excessiva e nem insuficiente que leve em conta não só a principiologia da liberdade de expressão, como também as mudanças de fato que lhes tornam ou não razoáveis em cada caso.

Dentro desse esforço de alinhar de maneira ótima os elementos de ponderação novos que devem incidir sobre o entendimento dos limites da liberdade de expressão, Sarlet propõe uma chave útil justamente para modular o método de ponderação nos conflitos que envolvam direitos fundamentais, tanto da perspectiva da proibição de intervenção quanto do dever de proteção. Para o autor, a análise de proporcionalidade, tanto no intuito de evitar as providências excessivas quanto de se evitar provimentos insuficientes, precisaria passar por um processo de validação em três etapas que devem aferir: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito³⁵⁰ das medidas pretendidas.

Adequação, da perspectiva da proibição de excessos, trata da análise técnica dos meios viáveis para a solução do conflito, ou de sua idoneidade para proteger eficazmente o bem que se pretende proteger. No caso de ilícito de expressão que se pretenda tutelar por meio de tutela inibitória, por exemplo, a análise de adequação irá passar pelo fato de haver disposição processual civil e material civil próprias para a tutela desejada e de que sua aplicação é a única que trata diretamente de fazer cessar o ilícito continuado.

O exame de necessidade, por sua vez, irá avaliar se o meio pretendido é o menos restritivo e a existência de outra prestação que seja mais eficaz. Seguindo o mesmo exemplo, conforme trabalhado no segundo capítulo do trabalho, as únicas tutelas jurisdicionais que atendem ao objetivo específico de fazer cessar os efeitos do ilícito de expressão são a inibitória e a de remoção do ilícito. As demais tutelas são subsidiárias e tratam da compensação de dano presumido ou de uma vontade subjetiva de resposta. Nesse sentido, se a pretensão é a proteção de bem jurídico por meio da remoção de um ilícito, por mais que de expressão, faz-se necessária a tutela inibitória.

³⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p.413-414.

Proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, é o juízo de pertinência que irá reunir todas as novas variáveis que a alteração da comunicação social trouxe para a esfera da liberdade de expressão. Aqui, afere-se: o nível de interferência da medida (ela vai atingir outras pessoas? De que forma?); a relevância constitucional do fim pretendido (proteção da personalidade, da dignidade da pessoa humana ou da saúde pública); o sopesamento dos direitos em embate (no caso do exemplo, todos direitos fundamentais com fundamento basilar); e se os impactos após intervenção são toleráveis para justificar a não prevalência do direito à expressão livre e irrestrita.

É nesse último requisito que o judiciário, nas pretensões por tutelas inibitórias ou de remoção do ilícito contra o exercício da expressão, deverá justificar as razões pela eventual da prevalência da liberdade de expressão, frente outros direitos fundamentais, mesmo após: a subversão da figura do comunicador social; a possibilidade de anonimato nos ilícitos *on-line*; a despersonalização das manifestações na rede com o uso de robôs e algoritmos de replicação; a possibilidade de eternização, na rede, de fatos caluniosos, difamatórios ou injuriantes; a disparidade da repercussão entre notícias falsas e suas retificações; o potencial de influência da manifestação de autoridades públicas que possam colocar em risco a saúde pública e as instituições democráticas; o aumento na dispersão de discurso de ódio, dentre outros diversos exemplos.

É patente que as novas configurações da comunicação social injetaram inúmeras variáveis de extrema relevância no debate público sobre a liberdade de expressão e de comunicação. Essas mesmas variáveis, por sua vez, precisam ser incorporadas na análise de constitucionalidade dos atos de controle e restrição às liberdades individuais pelo Supremo. Todas essas posições reforçam o cabimento e a pertinência de se estruturar uma maneira organizada de mitigar os efeitos do ilícito de expressão, sem ter que recorrer a paradigmas estruturadores de valor eminentemente morais, como o de que a liberdade de expressão e de comunicação são naturalmente mais elevados que os demais direitos da personalidade.

CONCLUSÃO

É indiscutível o papel desempenhado pela liberdade de expressão e de comunicação na construção de um Estado Democrático de Direito. A prevalência da liberdade de dizer, pensar, formular opinião, informar, ser informado ou de construir, de todas as formas possíveis, as peculiaridades individuais e intersubjetivas dos sujeitos, precisa ser um valor defendido em um Estado minimamente alinhado com valores democráticos e republicanos. Não por acaso, a liberdade de expressão, dentro do ordenamento jurídico pátrio, foi elevada ao *status* de direito fundamental, insculpida no art. 5º, e a liberdade de comunicação recebeu guarida personalíssima no Capítulo V da Constituição de 1988.

Conforme demonstrado, na condição de direito fundamental típico, a liberdade de expressão, tal como os demais direitos individuais que dividem o mesmo *status*, serve ao propósito de irradiar suas garantias ao resto do ordenamento jurídico e à proteção e consumação da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal, por sua vez, carrega consigo um extenso rol de direitos fundamentais expressos e outros implícitos, por meio dos quais seria possível assegurar aos sujeitos titulares desses direitos uma existência digna e completa. Dentre esses direitos estão, também, direitos da personalidade, como honra, nome, imagem, o direito à saúde e o direito à tutela jurisdicional.

Conforme observado pelas posições dos autores estudados, o valor de cada um desses direitos se consoma de maneira sistemática e multissistêmica, e seus conteúdos e sentidos não se extraem apenas de sua redação ou de sua literalidade, mas sim, de uma complexa engrenagem sujeita a interferências sociais, culturais, jurisdicionais, doutrinárias e legiferantes que lhe dão e alteram o sentido útil. Com relação à liberdade de expressão não é diferente. Apesar do texto constitucional delimitar de forma literal que a liberdade de expressão não sofrerá restrição, o sentido útil dessa disposição precisa ser encarado da maneira mais harmoniosa com o resto do ordenamento jurídico e esse processo se repete para todos os outros direitos fundamentais.

Ocorre que, na história recente do Brasil, entre os anos de 1964 e 1985, o país viveu seu último regime de exceção, durante o qual as instituições democráticas foram subvertidas e garantias fundamentais foram repetidamente abusadas e vilipendiadas. Nesse contexto, de perseguição e de exceção, uma das liberdades fundamentais que

mais sofreu com os abusos do Regime Militar foi a liberdade de expressão – em concepção ampla. Não apenas, nesse mesmo período, especificamente no ano de 1967, foi promulgada a Constituição Militar, que trazia reserva constitucional para o exercício da censura estatal, e a Lei de Imprensa, que organizou no âmbito infraconstitucional o mesmo sistema de abuso.

Durante esse período, imediatamente anterior ao regime democrático atual, tanto a sociedade quanto os agentes envolvidos com a comunicação social sofreram prejuízos incalculáveis por conta do controle estatal dos veículos de comunicação social. Esse “roxo histórico”, por sua vez, foi, talvez, a memória que mais influenciou a redação da Constituição da República de 1988 e o movimento de redemocratização do Brasil. Como resultado, a Constituição Federal de 1988 tratou de forma muito pormenorizada da preservação de direitos e garantias fundamentais e conferiu a estes, possibilidade de eficácia imediata.

Dentro desse novo sistema democrático, casos emblemáticos relacionados a pautas específicas começaram a chegar ao Supremo, que se viu obrigado a construir teses que delimitaram o âmbito de proteção e o alcance dos direitos fundamentais. Cronologicamente, o primeiro caso emblemático trazido no trabalho foi o chamado “Caso Ellwanger”, no ano de 2003, no qual a corte constitucional cravou as primeiras posições paradigmáticas de peso, a respeito dos limites à liberdade de expressão. Na ocasião, ao equiparar o antissemitismo ao crime de racismo, o Supremo foi absolutamente aguerrido diante da matéria extremamente sensível posta em pauta e delimitou alguns marcos civilizatórios que reduziram o âmbito de proteção da liberdade de pensamento com base, por exemplo, na prática do discurso de ódio.

Anos depois, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130 – ADPF 130, mais uma vez teve de se posicionar de maneira analítica com relação à liberdade de expressão, dessa vez, mais especificamente sobre a liberdade de comunicação. Aqui, o Supremo, agora julgando um caso em que o apelo social residia na memória do regime militar e não mais no abuso da liberdade de se expressar, como no caso Ellwanger, decidiu pela remoção completa da Lei de Imprensa de 1967 do regramento jurídico brasileiro e cravou uma série de “compassos doutrinários” que até hoje se repetem no país.

Em julgamento apertado, a posição majoritária da corte utilizou em sua fundamentação uma série extensa de fundamentos históricos, contextuais e morais que faziam remissão direta ao fato da Constituição de 1988 ter a missão originária de

combater tudo que era memorável sobre o tratamento da imprensa no regime militar. Esse caso é o responsável por todos os pontos de insurgência do presente trabalho, no passo em que, modulou para todo o resto do ordenamento jurídico uma noção de que: (a) não existem direitos absolutos; (b) é absolutamente inconcebível atos do poder público que tratem de censura prévia; (c) a liberdade de expressão, quando em conflito com demais direitos fundamentais, possui caráter preferencial, em razão de seu valor intrínseco à sociedade e às bases de um Estado Democrático de Direito; e (d) os ilícitos praticados por meio da liberdade de expressão e de comunicação devem ser solucionados, preferencialmente, por meio de direito de resposta e compensação por perdas e danos. Quanto a isso, o trabalho ratifica integralmente apenas a primeira posição.

Após a análise de uma cadeia de julgados paradigmáticos da corte constitucional, separados por anos de diferença, foi possível perceber que as teses e os fundamentos jurídicos traçados no Supremo em 2009, em especial com relação à hierarquia dos remédios de proteção contra o ilícito de expressão e com relação ao caráter *prima facie* que foi dado à liberdade de expressão, em grande parte ainda persistem para solucionar os conflitos entre liberdade de expressão e demais direitos fundamentais. Esse é o contexto jurídico no qual o trabalho se amparou para averiguar se as razões de direito firmadas em 2009 pelo Supremo, na ADPF 130 – sistematicamente repetidas como paradigmas da liberdade de expressão até os dias de hoje –, relacionam-se devidamente com: 1) a realidade atual da comunicação social no Brasil e no mundo; 2) os remédios processuais disponíveis para a tutela dos ilícitos de expressão.

Primeiramente, para desmistificar a ideia de que a liberdade de expressão é um direito fundamental “melhor” que os demais, o trabalho identificou alguns elementos estruturadores das liberdades fundamentais que lhes garantem o *status* de direitos preferenciais fundamentais. Por meio da análise, ao menos da perspectiva dos direitos fundamentais enquanto gênero, a primeira diferenciação de valor entre direitos em conflito deve se dar pela constatação se ambos esses direitos, quando exercidos, estavam ou pretendiam satisfazer as funções esperadas de um direito fundamental como, entre alguns exemplos: garantir a dignidade da pessoa humana; estabilizar os anseios da sociedade; ou nivelar as disparidades entre grupos minoritários e majoritários.

De pronto, então, soa incongruente o estabelecimento de uma máxima que qualifica um direito fundamental como superior aos demais, que esteja desvinculada da análise de seus requisitos de existência enquanto direito fundamental. Por exemplo, um exercício da comunicação social que seja desagregadora de direitos humanos, que prejudique a equidade entre grupos majoritários e minoritários e agrave anseios sociais, ao invés de estabilizá-los, por uma questão lógico-sistemática, jamais poderia prevalecer contra a pretensão de defesa de um outro direito fundamental que cumpra com esses propósitos.

Ato sequência, o trabalho parte para o estudo das particularidades da liberdade de expressão enquanto espécie de direito fundamental, identificando princípios e fundamentos próprios capazes de subordinar e conferir validade máxima aos direitos à expressão e à comunicação. As teorias analisadas apontaram que, além de servir a um propósito basilar vinculado à democracia e ao Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão também se presta a alguns fundamentos intrínsecos que lhe confeririam validade e relevo. Fundamentos como o político, cultural, de autonomia e progressista, integram esse rol de fundamentos aos quais o exercício da liberdade de expressão deveria obedecer. Em lógica análoga à dos elementos da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, a liberdade de expressão exercida contrariamente aos seus fundamentos de existência, tal como no primeiro caso, também não poderia ser entendida como direito preferencial.

O mesmo se pode observar do estudo das características próprias da liberdade de comunicação. Na condição de braço da expressão ativa, a liberdade de comunicação, especialmente representada pelos direitos de informar e ser informado, obedece a princípios e deveres laterais de conduta que, tal como nos outros casos tratados, conferem-lhe forma ótima. A identificação de que, à liberdade de comunicação caberia a obediência de deveres de cuidado, verdade e pertinência pública, assim como, uma atenção sistemática ao código de ética que tutela a atividade jornalística, demonstra que não é razoável a presunção de valor elevado à liberdade de comunicação que seja praticada à revelia ou em contrariedade com seus deveres laterais de boa-fé.

O estudo direcionado das qualidades naturais e inerentes à liberdade de expressão, dentro das teorias dos direitos fundamentais e das doutrinas que estudam a expressão e a comunicação, não evidencia nenhum elemento absoluto capaz de conferir à liberdade de imprensa uma posição de direito privilegiado em contraponto a

demais direitos fundamentais de mesma natureza. Em verdade, a razão de maior destaque para elevar a liberdade de expressão à espécie de direito preferencial é seu fundamento basilar, que delimita a liberdade enquanto meio para a consecução dos demais direitos fundamentais e do amadurecimento democrático. No entanto, mesmo partindo desse pressuposto, é patente que direitos fundamentais como o direito à vida, à personalidade ou ao acesso à justiça são dotados dessa mesma característica, uma vez que, sem os dois primeiros é impossível a própria existência e o segundo é, por excelência, o direito fundamental garantidor de todos os demais direitos fundamentais.

Não somente, o estudo da doutrina civilista agrega ao entendimento, no passo em que delimita de forma acertada que, todo direito, fundamental ou não, é passível de ser exercido de maneira abusiva, convertendo-se então, em ato ilícito. Nesse sentido, o uso abusivo da liberdade de expressão, por tornar-se ilícito, despe o direito fundamental de todas as garantias e prerrogativas que seriam típicas ao seu exercício probo.

Na sequência, o trabalho delimitou o que representa, para o Direito, o princípio da proibição à censura, uma vez que, além de integrar uma das máximas da ADPF 130, também integra as considerações que culminaram na ideia de liberdade de expressão como direito *prima facie*. O objetivo desse item foi identificar qual o conteúdo jurídico do vocábulo “censura” dentro do texto constitucional, assim como, contra quais condutas específicas o princípio da vedação se volta.

A análise do texto constitucional, e das doutrinas estudadas conduz à conclusão de que, “censura”, tal como indicada na Constituição, faz referência à chamada “censura em sentido estrito” ou “censura prévia”. Nesse sentido, diferentemente do que sugerem as discussões populares, para o Direito, atos censores seriam, tão somente, às ações prévias à manifestação da expressão, que tenham como objetivo evitar que essa expressão venha a público. Não somente, a análise sistemática do regramento constitucional também conduz a percepção de que essa censura prévia, para fins de aplicação do princípio da vedação à censura, trata apenas da censura prévia político-administrativa. Isso porque, a própria Constituição apresenta exceções que asseguram o controle da expressão por via judicial ou legislativa.

Mesmo dentro de uma divergência teórica que entende que censura também pode ser compreendida como as interferências *ex post facto* que buscam tutelar a expressão, chamada de “censura em sentido amplo”, os desdobramentos práticos

desse entendimento são apócrifos. Isso porque, entender de forma diversa conduz a um paradoxo jurídico em que, caso os atos de tutela posterior ao cometimento de ilícitos de expressão não possam ser praticados em razão do princípio da incensurabilidade absoluta, a liberdade de expressão passaria a ser entendida como um direito fundamental absoluto, o que é impossível no Estado Democrático de Direito. Mesmo entendendo que as tutelas típicas de regulação da expressão sejam ações censoras, elas precisariam ser tratadas como condutas censoras *sui generis*, não subordinadas ao princípio da vedação à censura.

O que o texto constitucional confere é que: a incensurabilidade absoluta se volta apenas contra a censura político administrativa prévia; as tutelas judiciais e ações legiferantes prévias podem acontecer em regime de exceção, dentro da reserva delimitada pela Constituição Federal; e que as demais medidas *ex post facto* não são censura, mas sim, ferramenta legítima para o controle da liberdade de expressão. Nesse sentido, é correta a compreensão de que a vedação absoluta à censura prévia, conforme delimitado no julgamento da ADPF 130 não tem o condão de prejudicar o exercício legítimo das tutelas legais e judiciais que o Direito reserva para o controle de todos os abusos de direito, inclusive o abuso da liberdade de expressão.

Após adereçar a matéria do caráter preferencial da liberdade de expressão e da vedação absoluta da censura, o estudo enfrentou a hierarquia dos recursos processuais, criada pelo Supremo para dirimir os conflitos que envolvam liberdade de expressão e de comunicação. Segundo a posição adotada pela corte constitucional, os danos decorrentes da prática de ilícitos de expressão devem ser preferencialmente tutelados por meio de direito de resposta e compensação por perdas e danos, cabendo, em hipóteses absolutamente excepcionais, a concessão de tutelas inibitórias ou de remoção do ilícito.

O aprofundamento nos elementos próprios de cada uma dessas tutelas, no entanto, decompõe o entendimento firmado na ADPF 130, por uma série de fatores. Primeiramente, nenhuma das três tutelas indicadas se destinam ao provimento de um mesmo direito. O direito de resposta satisfaz uma ânsia subjetiva da pessoa vitimada pelo restabelecimento da verdade ou pela apresentação da sua versão dos fatos. A compensação por perdas e danos é uma tutela, como o nome indica, compensatória, absolutamente incapaz de exercer reparação ou de incidir sobre o fato causador de dano. Por fim, as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito são as únicas pautadas por uma obrigação de fazer ou não fazer capazes de interferir diretamente no ato ilícito,

impedindo sua ocorrência, repetição, continuação ou removendo o ilícito da circulação. Nenhuma dessas três tutelas é capaz de satisfazer a pretensão das outras.

Outra incongruência percebida na hierarquia proposta é a precedência da condenação por perdas e danos em relação às demais tutelas, pois conforme o próprio regramento processual cível e material cível delimita, a conversão em perdas e danos, nas hipóteses de pretensão por tutela específica contra o ilícito, é uma alternativa subsidiária à impossibilidade absoluta de concessão da primeira. Para o regramento cível que se volta contra o ilícito de expressão, a compensação pecuniária jamais ocupa o lugar de pretensão principal, mas sempre alternativa.

O estudo dos remédios para o controle da expressão valida que as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito são os instrumentos processuais ótimos ao controle do ilícito de expressão. Não apenas, conduz ao entendimento de que sua utilização, ao contrário do que foi firmado na jurisprudência constitucional, é preferencial. Ao menos do ponto de vista metodológico, nos casos de ilícito de expressão, as tutelas inibitórias ou de remoção do ilícito devem ser encaradas como opção padrão, sobre as quais nada impede que o convencimento do magistrado justifique seu não cabimento no caso concreto. O que se enxerga, hoje, é o contrário: uma assunção prévia de que as tutelas são indevidas, que precisa ser provada errada por fatores cada vez mais específicos.

Por fim, para complementar as razões trabalhadas para: (a) desmistificar a liberdade de expressão como um direito fundamental maior que os demais; (b) precisar no que consistiria o princípio da vedação à censura e (c) indicar as impropriedades processuais que conduziram à periferização das tutelas específicas contra o ilícito de expressão, o trabalho expõe as razões de fundo que, não só legitimam, como justificariam a alteração de entendimento rígido sobre os limites da liberdade de expressão.

A exposição final do trabalho apresenta que, os próprios fundamentos de cunho sociológico que justificaram, em 2009, a adoção de uma posição firme a respeito da liberdade de expressão, hoje, doze anos depois, não dialogam com os mesmos fatos do mundo. Se, da análise dos elementos próprios do direito é possível suscitar o cabimento de uma reconfiguração de paradigmas sobre os limites da liberdade de expressão, aqui, a indicação de uma completa alteração nas bases da comunicação social torna patente a necessidade de uma mudança de posicionamento.

As novas dinâmicas que a internet e a migração para as redes sociais trouxeram para a comunicação social não estão, de forma alguma, contempladas nas razões do julgamento da ADPF 130. Ao menos na data de hoje, o Supremo ainda não possui posição formada sobre como lidar com os abusos de expressão na internet. Questões como: a reformulação do papel do comunicador social; o favorecimento do anonimato; o aumento do alcance dos atos ilícitos na rede; a despersonalização dos usuários com o uso de robôs; a propagação de *fake news* e discursos de ódio; a formação de milícias *on-line* e o novo escopo de danos sociais que podem surgir do uso irresponsável da liberdade de expressão na internet, são apenas exemplos de fatos já consolidados no mundo e contra os quais o Direito ainda não definiu as formas adequadas de defesa.

Uma posição recente do Supremo na ADPF 572/DF sinaliza uma predisposição à mudança e ao refino das teorias que delimitam os limites da expressão e da comunicação. Paralelamente, existe uma movimentação no âmbito legislativo para tentar ao menos regulamentar todas essas novas variáveis que foram incorporadas à comunicação.

Sem a pretensão de delimitar um regime de solução para esses conflitos, o trabalho se presta a indicar ao menos alguns pontos de incongruência na forma como a matéria da liberdade de expressão vem sendo tratada. Em um contexto em que a comunicação social está mais anárquica e caótica e ameaçadora ao Estado e ao bem-estar social, parece adequada a desconstrução da máxima de liberdade preferencial, em detrimento de uma metodologia de aferição de elementos de validade que, uma vez localizados, poderiam privilegiar a liberdade de expressão em detrimento de outros direitos.

No mesmo sentido, é razoável, dados os permissivos legais e constitucionais que legitimam as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito, que haja uma sistematização de mesmo calibre que possa tirar as tutelas específicas contra o ilícito da periferia dos provimentos judiciais. Mediante critérios de ponderação responsáveis, conjugados com uma dialética que observe os elementos de idoneidade da liberdade de expressão, parece ser plenamente cabível o recurso às tutelas específicas para garantir a sociedade contra o ilícito iminente ou já praticado.

O ideal é que, tanto a doutrina quanto o judiciário abandonem essa posição de máximas universalizáveis e se prestem mais às peculiaridades caso a caso dos ilícitos de expressão. No mesmo sentido, é interessante o afastamento do espantinho que

professa que toda e qualquer intervenção contra o ilícito de expressão é o primeiro passo para um estado de exceção ou que, um caso com características próprias, caso tutelado, tenha o condão de desmoroar com o regime democrático.

O acesso à justiça e às tutelas preventivas é, tal como a liberdade de expressão, um direito fundamental e, aqui, chamamos atenção para uma última consideração de Jónatas Machado, ao alertar sobre o “perigo de se operar uma distinção maniqueísta entre uma teoria democrática da liberdade de expressão e uma teoria libertária da mesma”³⁵¹. O Direito não pode operar por absolutos e, menos ainda, permitir a sugestão de absolutos. Do contrário, o ordenamento que deveria se prestar a solucionar conflitos se torna ferramenta para preservá-los.

³⁵¹ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p.262.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, G.; NERY JR.; N. CAMPOS, R. **Fake News e Regulação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- AGUIAR, Rui. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 455**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/401>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 20 de nov. de 2021.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. **BverfGE 7, 198**. 1958. Disponível em: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=51>. Acesso em: 20 de nov. 2021
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. **BverfGE 90, 241**. 1994. Disponível em: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=621>. Acesso em: 20 de nov. 2021.
- ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. **Liberdade de expressão**. E-book kindle. [S.l.]: Amazon, 2017.
- ARENHART, Sérgio. **A tutela inibitória da vida privada**. Vol. 2. Ribeirão Preto: Revista dos Tribunais. 2000.
- ASH, Timothy. **Free Speech: Ten principles for a connected world**. Atlantic Books, 2019. Disponível em: https://falrunc.files.wordpress.com/2020/01/goldman_baker_falrv18.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021,
- ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 10 jun. 2021.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. Novos Estudos e Parecer de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AZEVEDO, Dádiva. **O mapa do marketing de influência no Brasil**. Influency.me: 2020. Disponível em: <https://www.influency.me/blog/pesquisa-o-marketing-de-influencia-no-brasil-em-2020/>. Acesso em: 29 de nov. de 2021.
- BARBOSA, Ruy. **A Imprensa e o dever da verdade**. V. 272. Brasília: Senado Federal, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada dos Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, 2004.

Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BENTIVEGNA, Carlos. **Liberdade de expressão, Honra, Imagem e Privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. 1ª edição. Barueri: Manole, 2020.

BRASIL. **Atos Institucionais**. 1964 - 1969. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/atos-institucionais>. Acesso em: 02 de dez. de 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 2.848, de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 fev. 2020.

BRASIL. **Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros**. FENAJ. 2014. Disponível em: https://fenaj.org.br/wp-content/uploads/2014/06/04-codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. **Decreto de 22 de novembro de 1823**. Manda executar provisoriamente o projecto de lei da Assembléa Constituinte sobre liberdade de imprensa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-22-11-1823.htm. Acesso em: 09 fev. 2020.

BRASIL. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Estabelece normas para as eleições**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 10 de jun. de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 10 de jun. de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015. **Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13188.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.743, de 16 de julho de 1965. **Dispõe sobre as comemorações do centenário do nascimento do Marechal Rondon**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4743-31-outubro-1923-567758-publicacaooriginal-91090-pl.html>. Acesso em: 10 jun. 2021

BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. **Lei de Imprensa, 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em: 05 jul. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.331.098/GO**. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília/DF. out. 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865652547/recurso-especial-resp-1331098-go-2012-0040486-9>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.576.988/PR**. Diário de Justiça. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília/DF. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.704.600/RS**. Diário de Justiça. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília/DF. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.771.866/DF**. Diário de Justiça. Rel. Marco Aurélio Bellizze. Brasília/DF. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 896.635/MT**. Diário de Justiça Eletrônico. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília/DF. mar. 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2638/recurso-especial-esp-896635>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. 13 jun. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.815/DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 1010 jun. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4.451/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 26 jun. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin. 10 jun. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130**. Rel. Min. Carlos Britto, Brasília/DF, abr. 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 28.747/PR**. Relator: Alexandre de Moraes. 05 jun. 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630085>. Acesso em: 04 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 31315**. São Paulo/SP. Processo n. 0075474-58.2018.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/08/2018, Data de Publicação: DJe-162 10/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 19.464/DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli. 10 out. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur438224/false>. Acesso em: 04 de out. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 840.718/DF**. Relator: Ricardo Lewandowski. 2018. 07 set. 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768163695/agreg-no-recurso->

extraordinario-agr-re-840718-df-distrito-federal/inteiro-teor-768163705. Acesso em: 25 jul. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2/RS**. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 set. 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.758/GO**. Relator: Ministro Celso de Mello. 16 jun. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91860/false>. Acesso em: 04 de out. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional 9.428/DF**. Relator: Ministro Carlos Britto. 10 dez. 2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RCL_9428_DF_1278897682630.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1637344195&Signature=qBRropfZhLVIEhMsQoopOcgPIM%3D. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 511.961/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 17 jun. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Rext. 662.055/SP**. Relator: Ministro Roberto Barroso. 17 jun. 2009. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_RG-RE_662055_34b93.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1637343996&Signature=FvIr8CibEr4pbOY%2BGRSo%2BgWjlp4%3D. Acesso em: 04 out. 2021.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Constituição promulgada em 1967**: Constituição que buscou legitimar o governo militar autoritário. Rádio Câmara. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277511-constituicao-promulgada-em-1967-constituicao-que-buscou-legitimar-o-governo-militar-autoritario-07-55/>. Acesso em: 02 de dez. de 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Veja as principais mudanças feitas pelo relator do Projeto de Lei das Fake News**. Agência Câmara de Notícias. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/823776-veja-as-principais-mudancas-feitas-pelo-relator-do-projeto-de-lei-das-fake-news/>. Acesso em: 29 de nov. 2021.

CARDOSO, Vivian *et. al.* Vacinas e movimentos anti vacinação: origens e consequências. **Revista Eletrônica Acervo Científico**. 2021. Disponível em: <https://acervomais.com.br/index.php/cientifico/article/view/6460/4082>. Acesso em: 03 out. 2021.

CENSURA *in*: MICHAELIS dicionário brasileiro da língua portuguesa. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=Censura>. Acesso em: 30 de novembro de 2021.

CGI.BR. **TIC Domicílios: Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros**. São Paulo. 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic_dom_2019_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 08 ago. 2021.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 2.630/2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Publicado: 03/07/2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983&filename=PL+2630/2020. Acesso em: 25 jul. 2020.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 4.027/2020**. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1918441&filename=PL+4027/2020. Acesso em: 25 de julho de 2021.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 2.844/2020**. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1896983&filename=PL+2844/2020. Acesso em: 25 de julho de 2021.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 6.812/2017**. 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1522471&filename=PL+6812/2017. Acesso em: 25 de julho de 2021.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 1.941/2020**. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1882992&filename=PL+1941/2020. Acesso em: 25 de julho de 2021.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 693/2020**. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1867119&filename=PL+693/2020. Acesso em: 25 de julho de 2021.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 1.258/2020**. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1871619&filename=PL+1258/2020. Acesso em: 25 de julho de 2021.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 1.585/2019**. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1720858&filename=PL+1585/2019. Acesso em: 25 de julho de 2020.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei nº 10.087/2018**. 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1653524&filename=PL+10087/2018. Acesso em: 25 de julho de 2021.

CONGRESSO NACIONAL. **Projetos de Lei - Liberdade de Imprensa e liberdade de expressão**. 2021. Disponível

em:https://docs.google.com/spreadsheets/d/13LWktW2i1sCPh6b9VkDYkSKRF-5GmT-Q_6qy6gAPrwQ/edit?usp=sharing. Acesso em: 10 de dez. de 2021

D'ANCORA, Matthew. **Pós-Verdade: A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News**; tradução Carlos Szlak. 1ed. Barueri: Faro Editorial, 2018.

DANTAS, Melina; GRACIOSO, Luciana. **Influenciadores digitais e as novas configurações de produção e uso da informação na sociedade**. São Carlos. Seminário Informação, Inovação e Sociedade. 2018. Disponível em: <http://www.telescopium.ufscar.br/index.php/siis/siis/paper/viewFile/203/215>. Acesso em: 20 de nov. 2021.

FARIA, José Eduardo. **A liberdade de expressão e as Novas Mídias**. Editora Perspectiva. 2020.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: Teoria e proteção constitucional**. 2001. Tese (Programa de Pós Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jun. 2021.

FILHO, Ilton Robl; SARLET, Wolfgang Ingo. Estado Democrático de Direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos da personalidade. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016.

G1. **Twitter apaga publicações de Jair Bolsonaro por violarem regras da rede**. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/29/twitter-apaga-publicacoes-de-jair-bolsonaro-por-violarem-regras-da-rede.ghtml>. Acesso em: 25 jul. de 2020.

GOLDMAN, Alvin I; BAKER, Daniel. **Free Speech, Fake News and Democracy**. First Amendment Law Review. V. 18. 2019. Disponível em: https://falrunc.files.wordpress.com/2020/01/goldman_baker_falrv18.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 12 ed. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro. Editora Forense, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: habeas-corpus e mandado de segurança. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 76, p. 163-178, 1981. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66920>. Acesso em: 29 nov. 2021

HABERLE, Peter. **La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional**. Granada: Biblioteca Comares de Ciência Jurídica, 2003.

ISTO É. **Bolsonaro sobre vacina da Pfizer: 'Se você virar um jacaré, é problema seu'**. São Paulo. 19 de dez. de 2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/bolsonaro->

sobre-vacina-de-pfizer-se-voce- virar-um-jacare-e-problema-de-voce/. Acesso em: 20 de jun. de 2021.

JUNIOR, Ronaldo. “Fake News” e as Novas Ameaças à liberdade de expressão. In: FARIA, José Eduardo. **A liberdade de expressão e as Novas Mídias**. Editora Perspectiva. 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Ed. 70, 1986.

KROTOSZYNSKI JR, Ronald. *A Comparative Perspective of The First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany*. **Tulane Law Review**. V. 78. N. 5.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. Direito de informação. **Revista de Informação Legislativa**, n. 67, Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, Julho- setembro 1980, p. 182-183.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica Notadez**. Porto Alegre, 2001.

MACHADO, Jónatas **Difamação de Figuras Públicas: Tutela Jurídica e Censura Judicial à Luz do Direito Português**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, CPC/2015)**. Disponível em: http://lex.com.br/doutrina_27247131_TUTELA_CONTRA_O_ILICITO_ART_%20497_PARAGRAFO_UNICO_CPC_2015.aspx. Acesso em: 10 fev. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MATHISEN, Kay. Censura e Acesso à Expressão. In: SAMPAIO, José *et al.* **Liberdade de expressão no Século XXI**. Belo Horizonte. Del Rey, 2016, p. 10.

MEDRADO, Vitor. **A liberdade de expressão e a justiça brasileira: Tolerância, discurso de ódio e democracia**. 2ª ed. e-pub. Dialética.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e imagem. **Revista de informação legislativa**, n. 122. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Maio de 1994, p. 298.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MILL, John, **Ensaio Sobre a Liberdade**. Clube dos Autores, 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Marcos Históricos do Direito do Homem**. Vol. 1. 1992. Disponível em: <http://rdpc.uevora.pt/bitstream/10174/24099/1/A%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20da%20Virg%C3%ADnia%20%28...%29.pdf>. Acesso em: 15 de nov. 2021.

MIRAGEM, Bruno. Liberdade de imprensa e proteção da personalidade no direito brasileiro: perspectiva atual e visão de futuro. **Revista Forense**. 2021. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/10/08/liberdade-imprensa-personalidade/>. Acesso em: 10 out. 2021.

MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 7, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MIT. **The spread of true and false news online**. *American Association for the Advancement of Science*. USA. vol. 359. 2018. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146>. Acesso em: 04 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. art. 19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. **Convenção Americana dos Direitos Humanos**. 1969. PGE/SP. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

PISANI, Andrea Proto. *La Tutela Giurisdizionale Dei Diritti Della Personalità: Strumenti e Tecniche Di Tutela*. **Il Foro Italiano**, vol. 113, Società Editrice Il Foro Italiano AR, 1990. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/23185164>. Acesso em: 29 de nov. 2021.

POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso de ódio: A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença**. Brasília: Consulex, 2012.

REINO UNIDO. **Bill of Rights**. 1689. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living->

heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/collections1/collectio
ns-glorious-revolution/billofrights/>. Acesso em 10 de nov. de 2021.

ROBL, Ilton. **Fundamentos Filosóficos e políticos das liberdades de imprensa e de expressão no Estado Democrático de Direito**: Algumas reflexões a partir do constitucionalismo norte-americano e do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na ADPF nº. 130. *In*: MAIA, Luciano *et al.* Direitos Fundamentais e Democracia I. Compedi. 2014.

RUEDIGER, M. A. (Coord.). **Robôs, redes sociais e política no Brasil**: casos de interferências ilegítimas no debate público por automação de perfis [Caderno de referência] .Vol. 2. Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2018. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24843>. Acesso em: 29 de nov. 2021.

SAMPAIO, José *et al.* **Liberdade de expressão no Século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. **Falsehoods and the First Amendment**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3426765. Acesso em: 25 jul. 2021.

TUFECKI, Zeynep. **Zuckerberg's Preposterous Defense of Facebook**. N.Y. TIMES. 29 set. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/09/29/opinion/mark-zuckerberg-facebook.html>. Acesso em: 25 de julho de 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. **First Amendment**. Washington. 1791. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/our-government/the-constitution/>. Acesso em: 11 de nov. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Bradenburg vs. Ohio**. 395 U.S.1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>. Acesso em: 29 de nov. de 2021.

UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Beauharnais v. Illinois**. 343 U.S. 1953. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/>. Acesso em: 11 de nov. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Chaplinsky vs. New Hampshire**. 1942. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/>. Acesso em: 29 de nov. 2021

UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **New York Times Co. v. Sullivan**. 1964. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>. Acesso em: 29 de nov. 2021. p.254.

UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Schenck v. United States**. 1919. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>. Acesso em: 29 de nov. de 2021

VAIDHYANATHAN, Siva. **Facebook Wins, Democracy Loses**. N.Y. TIMES. 8 de set. de 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/09/08/opinion/facebook-wins-democracy-loses.html>. Acesso em: 25 jul. 2021.