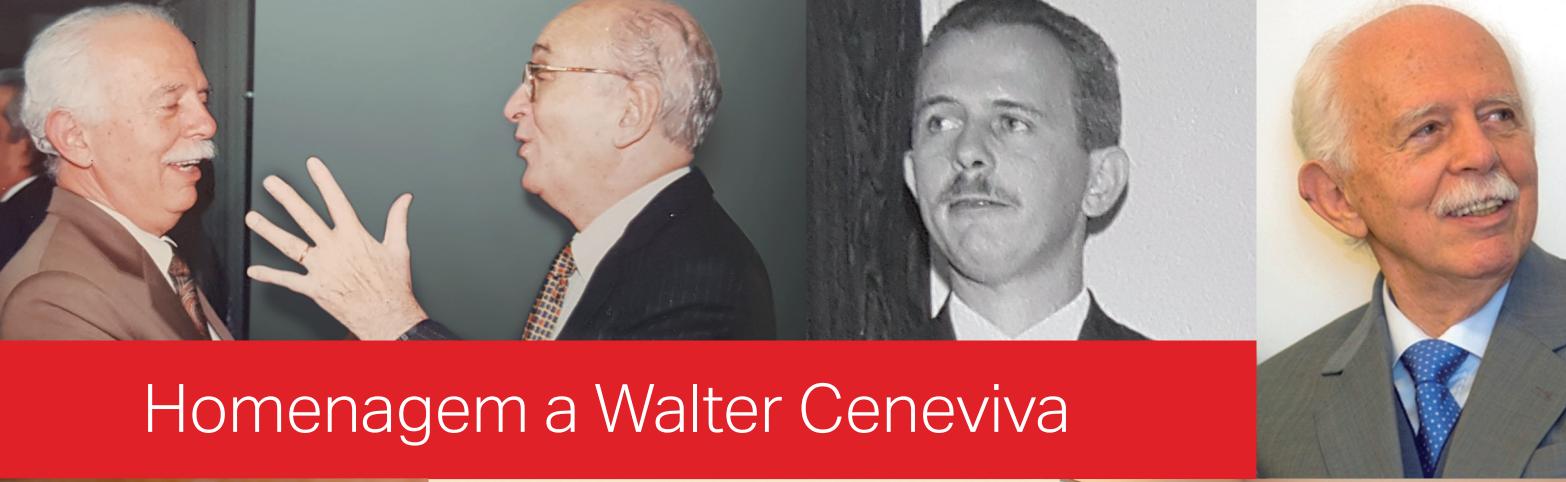


Revista do Advogado

Nº 145 | ABR | 2020



Homenagem a Walter Ceneviva



Liberdade de expressão: importância e limites.

Walter Ceneviva, constante defensor das liberdades, da ética e da responsabilidade.

Sumário

- 1.** O que é liberdade de expressão
 - 1.1.** O direito de personalidade
 - 1.2.** O conflito das liberdades
 - 2.** A liberdade de expressão no sistema legal brasileiro
 - 2.1.** Constituição Federal
 - 2.2.** A liberdade de expressão e o Direito infraconstitucional
 - 3.** Liberdade de expressão de ideias conceituais e liberdade de expressão de ideias personalizadas
 - 4.** Liberdade de expressão de políticos e em relação a políticos
 - 5.** Liberdade de imprensa
 - 6.** Liberdade das artes
 - 7.** Liberdade de expressão na internet
 - 8.** Liberdades coletivas de expressão
 - 9.** Conclusões
- Bibliografia

1 O que é liberdade de expressão

1.1. O direito de personalidade

Cada indivíduo, e todo indivíduo, independentemente de raça, cor, religião, sexo, costumes, localização geográfica, escolha política, situação econômica ou qualquer outra variável, tem o direito de estar no mundo. E estar no mundo implica necessariamente estar de uma determinada forma.

Celso Cintra Mori

Advogado. Formado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), 1968. Consultor em Direito Privado; contencioso judicial e administrativo; e arbitragem. Presidente do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (Cebepej). Conselheiro e ex-presidente do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (Cesa). Compôs o Conselho da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP). Presidente do Conselho da Associação dos Antigos Alunos da Faculdade de Direito da USP (Arcadas).

Maria Cecília Pereira de Mello

Advogada. Formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP), 1984. Procuradora do Estado (1985-2003). Desembargadora federal aposentada do TRF-3 (2003 a 2017).

Estar no mundo é estar vivo. É o direito à própria vida. Estar de uma determinada forma é estar vivo segundo a forma determinada por sua personalidade. Disso se conclui que direito de personalidade é a possibilidade fática e jurídica de estar no mundo, reconhecido e respeitado como indivíduo, de forma autônoma em relação a qualquer outro ser. Ilustres civilistas já definiram o direito de personalidade como “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica” (GONÇALVES, 2019, p. 98).

O direito de personalidade é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. Portanto, antecede o direito de adquirir direitos ou obrigações. É o direito de estar no mundo de forma individual e peculiar, com aptidão para adquirir outros direitos e obrigações.

Cada pessoa tem o direito de ser como indivíduo, e cada indivíduo, por definição, é diverso do outro. Portanto, o direito de personalidade é, por natureza, o direito à diversidade. Porque o direito à diversidade é essencialmente inerente ao direito de personalidade.

Exatamente por representar todas as formas como cada indivíduo pode estar no mundo, o direito de personalidade é um conjunto de direitos. É impossível, em respeito à peculiaridade e diversidade de cada pessoa, exaurir a enumeração dos direitos de personalidade. Mas se podem considerar determinadas categorias de direitos que compõem o direito de personalidade.

O direito à dignidade é, se não o mais importante, um dos principais direitos de personalidade. Antes de exercer quaisquer outros direitos, o ser humano, ou pessoa na perspectiva jurídica, tem direito à dignidade. No direito à dignidade a pessoa é sujeito e objeto. É o sujeito do direito porque tem a titularidade dele. É quem pode defendê-lo. Mas também é o objeto do direito porque é aquele que deve ser tratado com dignidade. As considerações expandidas sobre a dignidade da pessoa humana

não caberiam neste texto, no qual se deve progerdir para o tema da liberdade de expressão. Mas se pode aqui resumir que dignidade é a adequação incondicional à essência de ser humano e às circunstâncias que permitem que essa essência se realize com sentimento de autoestima e de aceitação social. A dignidade de todo ser está na possibilidade de ser adequado à sua própria essência e às suas condições distintivas, com a consciência da autoestima e do respeito alheio.

O direito à dignidade é,
se não o mais importante,
um dos principais direitos
de personalidade.

O direito de personalidade é o direito de ser. De ser pessoa. Do direito de ser decorre necessariamente o direito de expressar aquilo que se é. Ser é ser intrínseca e intimamente. Expressar aquilo que se é consiste em revelar, expor ao mundo aquilo que se é intrínseca e intimamente. Direito de personalidade é o direito de ser e expressar o ser que se é. Portanto o direito de expressão é parte inerente do direito de personalidade.

A liberdade de expressão é um direito inerente à pessoa. Seja à pessoa individual, seja à pessoa coletiva. Na ordem individual, a liberdade de expressão faz parte dos direitos de personalidade. A personalidade é o que o ser pensa e sente e a forma peculiar e individual como expressa o que pensa e sente. Liberdade de expressão é o direito de expressar os conteúdos da própria personalidade.

1.2. O conflito das liberdades

Todo ser tem potência. Tem a energia que no instante seguinte o transformará no seu vir a ser. No ser humano, chamamos a potência de poder. Poder é a potência consciente, ou a consciência da potência. Poder é a capacidade consciente do ser

humano de ser e de se transformar no seu vir a ser. A liberdade é a capacidade de exercer o próprio poder, e dar vazão às próprias potências.

Como a humanidade é composta de bilhões de seres humanos e as diferentes aglomerações sociais são compostas por milhares ou milhões de pessoas, todas com diferentes intensidades de potência, de poder e de liberdade, é impossível supor que todas essas pessoas possam exercer simultaneamente e sem limites todas as suas liberdades. Haverá necessariamente conflitos de liberdades. A liberdade de uns necessariamente estará impactada pela liberdade dos outros. Imagine-se que, no exercício de sua liberdade de ir e vir, uma boa parte da humanidade decidisse, simultaneamente, estar no mesmo momento no Pico do Everest. A liberdade de ir e vir de muitos estaria limitada. Ou imagine que, em uma assembleia de cem pessoas, todas resolvesssem simultaneamente exercer a liberdade de discursar.

Os conflitos no exercício das liberdades se podem resolver de forma elementar pela intensidade das potências ou de poder que impulsionam a liberdade. Quem tiver mais potência e poder exercerá a sua liberdade em prejuízo da liberdade de quem tiver menos potência e menos poder. A essa forma de resolver os conflitos de liberdades chamamos de selvagem ou bárbara. Selvagem porque é por essa forma que se resolvem os conflitos de liberdades na selva. Bárbara porque era assim que os chamados povos bárbaros resolviam os seus conflitos de liberdades.

Mas os conflitos de liberdade também se podem resolver de forma civilizada. Na trajetória de sua cultura, a humanidade fruiu experiências de prazer e amargou experiências dolorosas que gradual e progressivamente lhe permitiram fazer escolhas, racionais e emotivas, que lhe dessem maior possibilidade de prazer do que de dor. A esse contínuo processo de escolhas e progressão de experiências chamamos de processo civilizatório. É a marcha de descobertas, construções e

acontecimentos que possibilita escolhas e facilita a vida civil, vale dizer, a vida conjunta com características de urbanidade.

No processo civilizatório há o essencial reconhecimento, quer pela ordem política, quer pela ordem jurídica, de que pela impossibilidade de convivência simultânea de todas as liberdades de todas as pessoas na sua forma absoluta, há que se prestigiar as liberdades organizando-as segundo os valores da sociedade civilizada. Valor é a intensidade do desejo. Valor social é aquilo que uma determinada sociedade deseja continuamente e por muito tempo.

Nas sociedades civilizadas, as liberdades que forem mais compatíveis com os seus principais valores serão preservadas de forma mais ampla. As liberdades que agredirem valores sociais serão limitadas, ou suprimidas.

No conflito individual de liberdades se costumava dizer que a liberdade de um termina onde começa a liberdade de outro. Esse conceito está parcialmente superado, embora continue sendo verdade que nenhuma liberdade individual é absoluta, nem pode ser analisada isoladamente, e que toda liberdade precisa ser considerada na correlação de muitas liberdades de muitas pessoas. A essas verdades, entretanto, se junta a evidência de que a liberdade de um não termina necessariamente onde começa a liberdade do outro, porque podem existir liberdades simultâneas e superpostas. Várias pessoas podem exercer simultaneamente liberdades comuns, sem que a liberdade de um signifique limite para a liberdade do outro.

O que efetivamente limita a liberdade, aceita a premissa de que não existem liberdades absolutas, são os direitos de personalidade do outro. Como expressão de diferentes personalidades, as liberdades se limitam na medida em que seja necessário, para que os direitos de expressão de personalidades de uns não prejudiquem os direitos de personalidade de outros.

A limitação das liberdades se pode fazer por autocontrole, ou por controle externo. No autocontrole, aquele que tiver consciência de estar expressando sua personalidade com liberdade, mas de forma a prejudicar direitos de personalidade de outros, que considere prioritários ou de maior valor social, evitará abusar de sua própria liberdade.

A limitação das liberdades se pode fazer por autocontrole, ou por controle externo.

A garantia e a limitação externas da liberdade de expressão se fazem por diferentes autoridades, democraticamente ou mediante imposição arbitrária de vontades. Dentre os sistemas de garantia e limitação externas da liberdade de expressão por autoridade democrática se incluem o sistema legal e o sistema jurisdicional.

2 A liberdade de expressão no sistema legal brasileiro

2.1. Constituição Federal

A Constituição Federal (CF) consagra, já no seu Preâmbulo, o objetivo de assegurar a liberdade.¹ Aqui o legislador constitucional se referiu a todas as liberdades, sem discriminar entre elas. Logo a seguir, no inciso III do art. 1º da Constituição, consagra a dignidade da pessoa humana como

um dos fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito.²

Portanto, a liberdade e a dignidade da pessoa humana são garantias constitucionais que podem se somar, mas também podem estar em competição ou conflito, quando uma significar a redução ou eliminação da outra. Como ambas são garantias constitucionais, não se pode afirmar *a priori* e definitivamente qual delas deve prevalecer nas situações de concorrência entre si, ou qual delas deve ser eliminada. O julgamento será feito caso a caso, consideradas as circunstâncias do contexto, dentro de uma visão sistêmica do conjunto de valores, princípios e garantias constitucionais.

O Título II da Constituição se denomina "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". Nesse Título, no inciso IV do art. 5º do Capítulo I, afirma-se que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

A liberdade de pensamento é absoluta. Não há possibilidade de alguém controlar os pensamentos de outrem. Da mesma forma, a liberdade de sentimento também é absoluta. Enquanto manifestações biológicas de cada indivíduo, a liberdade de pensamento e a liberdade de sentimento fogem a qualquer possibilidade de conhecimento, aferição ou controle por terceiros. Assim, não se submetem a nenhuma disciplina legal. É impossível, enquanto o pensamento e o sentimento se mantenham na ordem da atividade mental de quem pensa ou sente, sequer saber o que está sendo pensado ou sentido. Portanto, embora alguns textos legais se refiram à liberdade de pensamento,³ é desnecessário

1. "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para 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 de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."

2. "Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;"

3. Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, no seu art. 13, sustenta que: "Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão".

imaginar quais seriam os limites, controles ou consequências do exercício da liberdade de pensamento, ou de sua violação, porquanto não se pode disciplinar o que escapa ao conhecimento exterior.

Para a ordem jurídica, o que tem relevância é a expressão dos pensamentos e dos sentimentos. Expressar é justamente tornar perceptíveis a terceiros os pensamentos e os sentimentos. Enquanto não expressos, pensamentos e sentimentos não têm nenhuma significação ou relevância jurídicas. Assim, quando se fala em liberdade de expressão, a questão que se coloca é a de saber o quanto o ser humano é livre para, do universo absolutamente livre de seus pensamentos e sentimentos, selecionar e manifestar ao mundo exterior, trazer para fora da intimidade de sua mente o que sente e o que pensa.

Quando se fala em liberdade de expressão de pensamento e sentimento, estão incluídas todas as formas pelas quais tais capacidades humanas podem ser expressas. Embora tais formas tendam ao infinito, podem ser organizadas em alguns grandes grupos ou categorias. Pode-se falar em expressão verbal, escrita ou falada, em expressão gestual ou corporal, em expressão através da música ou de qualquer manifestação artística.

Mas, logo no inciso V do art. 5º da Constituição, seguinte àquele em que se assegura a liberdade de expressão do pensamento, também se afirma que é garantido o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Já nesse confronto entre os citados dois incisos do art. 5º se constata que a liberdade de expressão do pensamento é assegurada. Não se pode, em princípio, impedir preventivamente a liberdade de expressão. Mas tal liberdade não é absoluta. Não é absoluta exatamente porque não se sobrepõe à dignidade da pessoa humana, nem mesmo a direitos patrimoniais desta. Em garantia de outras liberdades e de outros valores que a Constituição também prestigia, a lei proíbe a expressão do pensamento quando esta significar

i) ofensa à dignidade e à honra de outrem (art. 138 e ss. do Código Penal – CP), ii) incitação ao crime (art. 286 do CP) ou iii) discriminação racial, religiosa e de nacionalidade, bem como iv) a divulgação do nazismo (art. 20 da Lei nº 7.716/1989 e seu § 1º).

Também na Constituição se verifica o confronto eventual da liberdade de manifestação do pensamento com a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas, prevista no inciso X do art. 5º.⁴ O fato de a Constituição prever uma indenização para o caso de violação não pode ser visto como relativização da inviolabilidade. Não se pode deduzir que o constituinte tivesse dito que se pode violar mediante o pagamento de indenização, porque não foi isso que se inscreveu na Constituição. Inviolável quer dizer aquilo que não se pode violar. Portanto, toda liberdade de expressão que significar a violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem das pessoas poderá ser vista como abuso do direito de liberdade e, como tal, limitada, suprimida e reprimida. Na ordem mental, o respeito pela dignidade do outro se opera pelo autocontrole. Na ordem jurídica, o respeito pela dignidade do outro se opera pelo poder pedagógico e coercitivo das normas, a começar pela Constituição.

O inciso IX da CF assegura a liberdade de expressão da atividade intelectual, o que significa que protege a liberdade de expressão das ideias e do pensamento de todas as profissões que envolvem precípua e principalmente atividade intelectual, como as profissões jurídicas, a literatura e as artes em geral, e o magistério. Destacam-se aqui as liberdades de expressão da atividade intelectual artística e da atividade intelectual de comunicações, a que corresponde a liberdade de imprensa sob todas as suas formas.⁵

4. "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"

5. "IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"

A par de não ser absoluta, a liberdade de expressão do pensamento não é inconsequente. Como se extraí do inciso V acima citado, a expressão do pensamento que causar agravio a alguém gera direito de resposta proporcional, além de indenização por dano material, moral ou à imagem. Isso significa que a liberdade de expressão do pensamento é assegurada, mas, se dela resultar dano, haverá a obrigação de repará-lo.

A par de não ser absoluta, a liberdade de expressão do pensamento não é inconsequente.

Essa sutileza conceitual permeará muitos dos comandos constitucionais e da legislação infraconstitucional. A liberdade de manifestação do pensamento significa que a ninguém se pode previamente e por antecipação mandar calar, a boca ou a pena. Mas, se o pensamento manifestado causar dano injusto, material, moral ou à imagem, haverá o dever de reparar tal dano mediante indenização, que não se compensa com o direito de resposta. E o exercício da liberdade de manifestação abusiva pode ser interrompido.

Em preservação da liberdade de expressão e do direito à intimidade, a Constituição torna inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações privadas, com destaque para as telefônicas, mas sem excluir qualquer comunicação eletrônica. A exceção prevista pelo constituinte se limita a hipóteses em que os titulares do direito à inviolabilidade estejam sendo investigados ou processados criminalmente, e ainda assim sujeitando-se a quebra do sigilo ao juízo de necessidade emitido por autoridade judiciária com competência jurisdicional.⁶

6. "XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas→

Na ordem da liberdade de expressão, é importante atentar para o disposto no inciso XIV do art. 5º da Constituição, que garante a todos o direito à informação. Se por um lado o inciso IX já assegurava o direito à livre expressão da atividade intelectual de comunicação, garantindo a liberdade de imprensa, por outro lado este inciso XIV assegura o direito a ser informado. Com isso, assegura o direito de receber notícias e opiniões, entre outros meios, pela imprensa. A liberdade de imprensa decorre de uma dupla liberdade. A liberdade de expressão de quem informa e o direito de ser informado, que é um direito constitucional de personalidade, de que são titulares os destinatários das informações prestadas pela imprensa.

2.2. A liberdade de expressão e o Direito infraconstitucional

Na ordem infraconstitucional, a liberdade de expressão encontra estímulos e desestímulos tanto na legislação penal quanto na legislação civil e eleitoral. Os chamados crimes contra a honra nada mais são do que barreiras penais ao exercício abusivo da liberdade de expressão quando esta agride outros direitos de personalidade. Os crimes contra a honra estão previstos no CP (arts. 138 e seguintes) e no Código Eleitoral (art. 325 e seguintes).

O exercício de atividade profissional é livre (art. 5º, inciso XIII, da Constituição), ressalvada a qualificação exigida para determinadas prestações de serviços. Mas, mesmo no exercício das profissões que exigem ampla liberdade de expressão, como são por exemplo as atividades relacionadas ao processo civil, há limites estabelecidos pelo binômio necessidade e adequação. Segundo o art. 78 do Código de Processo Civil,

"É vedado às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da

→ salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"

Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados".

O crime de desacato (art. 331 do CP) é cometido por aquele que, no abuso da liberdade de expressão, se utiliza de expressões desnecessárias e ofensivas contra funcionário público. O bem jurídico protegido é a dignidade da função pública e a liberdade e o dever que tem o funcionário público de bem exercer a sua função. Quando esse exercício não agrada a quem busca o serviço público, existe a liberdade de expressar o desagrado. Mas, quando essa liberdade de expressão se volta contra a dignidade pessoal do funcionário, configura-se o crime de desacato. Esse tipo penal tem sido bastante polêmico porquanto durante muito tempo se entendeu que o crime de desacato corresponderia a não acatar a ordem de funcionário público. Mas o crime de desacato não se pode confundir com o crime de desobediência que está previsto no art. 330 do CP. Portanto, desobedecer a ordem legal de funcionário público não é crime de desacato. É crime de desobediência resistir à ordem legal, quando faz parte de função pública emitir ordem legal.

Também não se pode confundir o crime de desacato com o crime contra a honra de funcionário público no exercício de suas funções. Os crimes contra a honra, que protegem qualquer vítima deles, têm a penalidade agravada quando o ofendido é funcionário público no cumprimento de seu dever legal (art. 141, inciso II, do Código Penal). Por outro lado, e não raro, o crime de desacato é invocado por falsas vítimas que se consideram confrontadas em seus impulsos de abuso de autoridade e arbítrio. Para os objetivos deste texto, deve-se refletir sobre a liberdade de expressão que tem e pode exercer o cidadão satisfeito, ou insatisfeito, com o serviço público que lhe é prestado, mas que pode ser coibida se ultrapassar limites de urbanidade, mesmo quando não configure crime de injúria.

O crime de desacato se relaciona com o direito de expressão exatamente porque corresponde

a condutas de se atribuir a liberdade de manifestar desapreço pessoal por funcionário público no exercício de sua função. O bem jurídico protegido, ensina Magalhães Noronha, é "a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública" (NORONHA, 1988, p. 303).

Embora estejam na legislação ordinária algumas definições de limites para a liberdade de expressão que é garantida pela Constituição, é oportuno lembrar que essas disposições da lei ordinária encontram igual fundamento na Constituição. Esta protege os direitos de personalidade, entre os quais o de intimidade, honra e dignidade. Trata-se, portanto, de concorrência entre direitos fundamentais, como lembra Ingo Sarlet (2012), "uma restrição de direito fundamental exige um fundamento constitucional".

A equivalência entre a natureza mandamental de diferentes comandos constitucionais que protegem direitos fundamentais exige uma ponderação dos valores sociais constitucionalmente garantidos:

"As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis e duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige sobretudo a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação jusfundamental" (STEINMETZ, 2001, p. 69).

O que se constata, e se deve prestigar, é que há no sistema constitucional e infraconstitucional brasileiro um regime de equilíbrio entre a liberdade de expressão, nas suas diferentes manifestações, e a proteção à dignidade de pessoa humana, ambas como garantias fundamentais de direitos de personalidade.

O equilíbrio entre essas duas garantias de direitos fundamentais se faz mediante a ponderação que observe parâmetros e princípios solidamente constituídos e defendidos, destinados a coibir o abuso de direito onde e como quer que se manifeste. Não confundir o direito com o abuso do direito, eis a questão. Barbosa Moreira (2003, p. 105) oferece critérios muito respeitáveis para se distinguir um do outro:

"O dado fundamental para que se caracterize o abuso de direito é a ultrapassagem de determinados limites, no respectivo exercício. Tais limites podem ser impostos: (a) pelo fim econômico ou social do direito exercido; (b) pela boa-fé; (c) pelos bons costumes. O titular precisa exceder ao menos uma dessas categorias de limites. Não é necessário que exceda mais de uma: a enumeração é alternativa, não cumulativa".

Desses critérios se poderiam desdobrar discussões sobre o que seja boa-fé e o que sejam bons costumes. Para o benefício da síntese, basta que se diga que boa-fé é a intenção de se conduzir segundo a ética. Bons costumes são os que contribuem para a concretização dos valores sociais, vale dizer, dos valores que a sociedade considera importantes para a sua organização e sobrevivência.

3 Liberdade de expressão de ideias conceituais e liberdade de expressão de ideias personalizadas

Quando a Constituição assegura a liberdade de pensamento e a liberdade de expressão dos pensamentos e sentimentos, confrontando-os com a proteção da dignidade da pessoa humana, torna-se necessário distinguir entre a expressão de ideias conceituais e a expressão de ideias a respeito de determinada pessoa.

Os conceitos, as ideias universais e abstratas sobre crenças ou verdades que brotem do pensamento podem ser livremente expressas, e será mais raro que possam conflitar com o direito à

dignidade da pessoa humana. Entretanto, mesmo essas ideias conceituais podem ser expressas de forma abusiva, ou violadoras da lei, quando, por exemplo, incitem o crime ou configurem os crimes tipificados como preconceito. Preconceito é exatamente um conceito preconcebido. Portanto, mesmo na expressão de ideias conceituais pode haver abuso de direito.

A liberdade de expressão política é fundamento da democracia.

Quando alguém expressa um conceito sobre determinada crença religiosa, política ou mesmo esportiva, exerce a liberdade de expressão. Mas, em tese, pode praticar um abuso de direito se objetivamente e sem necessidade ofende os que professam aquela crença religiosa, política ou mesmo esportiva. A liberdade de expressão conceitual é a liberdade básica de expressão do pensamento e do direito de crítica. Manifestar-se favorável ou contrariamente a uma ideia é o exercício mais elementar da liberdade constitucional de pensamento. O abuso de direito pode ocorrer quando, a pretexto de se expressar o pensamento quanto a uma determinada ideia, invadem-se os direitos de personalidade com lesão notória à dignidade dos que pensam de forma diversa.

4 Liberdade de expressão de políticos e em relação a políticos

A liberdade de expressão política é fundamento da democracia. Democracia é justamente o regime que permite a todos os cidadãos expressar a sua vontade política e, a partir dela, participar da construção das ordens de Poder.

Nas considerações sobre a liberdade de expressão, merece um capítulo à parte a atividade de

representação política. Na democracia representativa, o político que tenha sido eleito para determinado cargo manifesta-se em nome da comunidade por ele representada. Que não se limita a quem nele votou. Para o exercício da liberdade de expressão da vontade e das ideias da comunidade que representa, o político deve ter, e efetivamente tem, a imunidade parlamentar (art. 53 da Constituição). Isso significa que, no exercício das suas funções parlamentares, o político tem imunidade. Nessa atividade, a sua liberdade de expressão é absoluta. Por ser uma forma extraordinária de exercício da liberdade de expressão, está limitada aos atos praticados no exercício da atividade parlamentar.

O bem jurídico que se procura proteger com a imunidade parlamentar é o interesse social, a pretensão coletiva no sentido de que o representante parlamentar não se intimide e não possa ser constrangido na defesa dos direitos e interesses por ele representados.

Em outra perspectiva da representação política, tem-se frequentemente discutido a amplitude da liberdade de expressão daqueles que criticam os políticos. Parece-nos totalmente equivocada a noção de que, em decorrência da própria natureza da atividade política, do direito de crítica que lhe é implícito e do antagonismo natural entre correntes de opiniões diversas, se deveriam restringir os direitos de o político se insurgir contra quem, em suposto exercício regular da liberdade de expressão, ataca a sua dignidade. Há decisões na jurisprudência, até do Supremo Tribunal Federal, sustentando que, ao ingressar na vida política, o cidadão sabe que será atacado e, portanto, deveria ter maior capacidade de absorver ofensas à sua dignidade.

Pensamos que é exatamente o contrário. A uma sociedade civilizada interessa a existência majoritária de pessoas dignas. Portanto, como política pública, o sistema constitucional, o legislativo infraconstitucional e o jurisdicional protegem a dignidade das pessoas. Por muito maiores motivos interessa a uma sociedade civilizada a existência

de políticos dignos. Portanto, especial cuidado se deve devotar à defesa dos políticos dignos. O rebatimento da dignidade da atividade política afasta dessa atividade as pessoas dignas, de que resulta um prejuízo institucional catastrófico para o país. Portanto, na avaliação da liberdade de expressão que rege o direito de crítica aos políticos, devem-se utilizar critérios rigorosos de separação do joio e do trigo. A dignidade dos políticos dignos deve prevalecer sobre a liberdade absoluta de expressão, para que esta se contenha nos limites necessariamente muito amplos de crítica das ideias, e de críticas pessoais que não ultrapassem as barreiras da boa-fé e dos bons costumes.

5 Liberdade de imprensa

Um dos temas mais debatidos, mundialmente, quando se cogita da concorrência entre a liberdade de expressão e a proteção do direito à dignidade da pessoa humana, é a liberdade de imprensa.

Por imprensa, em atualização do conceito motivada pela progressão tecnológica, devem-se entender todos os meios de comunicação coletiva de informações e opiniões. Entre esses meios se incluem a comunicação falada, escrita e de imagens, impressa ou digital (art. 220 da Constituição). A boa imprensa é a que deixa claro aos seus destinatários o que é informação e o que é opinião. E que se assegura em transmitir a informação verdadeira. A má imprensa é a que distorce a informação para amoldá-la à opinião de quem a transmite. Mas o legislador e o sistema jurisdicional não cuidam, e não devem cuidar, dessa distinção entre boa ou má imprensa. A liberdade de imprensa existe e é assegurada constitucionalmente, independentemente de sua qualidade.

Como já se viu acima, a liberdade de imprensa é constituída por um conjunto de liberdades. Nela se compreendem, na perspectiva de quem produz e divulga a notícia ou a opinião, a liberdade de expressão do pensamento (art. 5º, inciso IV, da

Constituição), a liberdade de atividade intelectual (art. 5º, inciso IX, da Constituição) e a liberdade de informar sob qualquer forma de comunicação (art. 220 da Constituição). Na perspectiva de quem recebe a notícia ou a opinião, a liberdade de imprensa corresponde ao direito de ser informado (art. 5º, inciso XIV, da Constituição).

A liberdade de expressão artística corresponde a formas de manifestação indissociáveis da natureza humana.

A liberdade de imprensa não pode sofrer qualquer restrição prévia. A CF, exceto na hipótese de estado de sítio (art. 139, inciso III), proíbe qualquer forma de censura prévia, de obstrução ou de impedimento à atividade da imprensa (art. 220, § 2º). Isso, entretanto, não significa que o exercício dessa liberdade não possa gerar consequências. A consequência mais frequente é o direito de resposta (art. 5º, inciso V, da Constituição). Mas o abuso de direito também pode resultar em suspensão temporária ou definitiva de notícia que não corresponda à verdade e, simultaneamente, ofenda a honra, ou, ainda que sendo verdadeira, viole o direito à intimidade (art. 5º, inciso X, da Constituição). E, nos termos do art. 5º, inciso X, a atividade da imprensa que se revele, *a posteriori*, abusiva do direito de liberdade e violadora de direitos de personalidade, notadamente a privacidade, a honra e a reputação, pode gerar a obrigação de reparação econômica ou moral.

No conflito entre a liberdade de imprensa e a honra das pessoas, mesmo que investigadas, mas ainda titulares do direito constitucional à presunção de inocência, concorrem dois interesses sociais relevantes. Há relevante interesse social na liberdade de imprensa, que, ao permitir ao cidadão informar e ser informado, constitui um dos alicerces

da democracia e das escolhas conscientes que a alimentam. Também há relevante interesse social em que os cidadãos sejam honrados e sejam assim reconhecidos e respeitados. Quando, em nome da liberdade de imprensa, se trata com desonra tanto os cidadãos honrados quanto os que não o são, ocorre a banalização da desonra, em prejuízo da sociedade. Aos indignos e desonrados interessa a impressão social de que todos são indignos e desonrados. A propósito, é oportuno citar o ensinamento do ministro Hamilton Carvalhido, em julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

"Os meios de informação jornalística e o Ministério Público, livres e independentes que devem ser, especialmente no exercício do dever-direito de informar à Sociedade, **submetem-se, [...] por não absolutos o direito de informar e à informação, devidamente a limites, que são requisições absolutas, como** é do Estado de Direito, dos direitos fundamentais individuais, entre os quais, **a honra das pessoas**, que [...] há de estar permanentemente sob a perspectiva da presunção de não culpabilidade, por igual, insculpida na Constituição da República" (STJ, Ação Penal: Apn nº 388-DF 2004/0156017-1).

6 Liberdade das artes

A liberdade de expressão artística merece atenção e proteção especiais, porque corresponde a formas de manifestação indissociáveis da natureza humana.

A atividade mental do ser humano transita em duas ordens. A realidade e a fantasia. Há uma substancial atividade da mente humana voltada para o conhecimento e a experiência da realidade. Não cabem aqui as discussões filosóficas a respeito da efetiva existência do que chamamos realidade, contestada por teorias que sustentam ser esta uma ilusão. Em abstração teórica, é perfeitamente possível distinguirmos entre aquilo que percebemos como real e o que temos consciência de ser

imaginário. Na experiência humana, essa distinção não é sempre clara. A humanidade, ao longo de sua história, viveu os símbolos e os deuses das diferentes mitologias como se fossem parte de sua realidade. Mas não há dúvida de que a ordem da fantasia existe, e nesse sentido é ela própria uma realidade.

Na ordem da fantasia, ou do imaginário que se desprega da realidade sem compromissos, o ser humano transita voluntariamente, quer de forma espontânea, quer induzido por reações químicas buscadas nas drogas que alterem os seus estados mentais. E, também, transita involuntariamente, com baixos níveis de consciência ou no plano subconsciente dos estados oníricos. Acordado, ou dormindo, o ser humano sonha. E o sonho, a fantasia, os estados de liberdade da imaginação descompromissada com a realidade são infinitos.

A arte é justamente a representação desses estados de liberdade em que a mente humana transita sem restrições quer na ordem da realidade, quer na ordem da fantasia, quer em continuada passagem de uma à outra. A arte expressa o consciente, o subconsciente e até o inconsciente. Para existir, precisa fazê-lo com liberdade. Pelas mesmas razões psicológicas e jurídicas de que não se pode limitar o sonho, também não se pode limitar a arte.

No universo das artes, a liberdade de expressão ganha dimensões infinitas, porque são infinitas as formas de manifestação artística. A expressão latina *ars* traduzia a expressão grega *techne*, que significava a habilidade manual no contexto de transmissão de ensinamentos do mestre aos seus discípulos. Mas, já na Grécia e em Roma, a expressão designativa da técnica passou a significar também os conteúdos que a técnica era capaz de criar ou expressar. Não se deve supor que a expressão estivesse limitada pelos conceitos de técnicas ou habilidades manuais. Cuidava-se inicialmente da capacidade de transmitir habilidades manuais, em várias áreas, da medicina à gastronomia, passando pela gramática, pela escultura e pela pintura. Mas que evoluiu para a capacidade de transmitir beleza.

Na língua portuguesa é interessante registrar que a palavra “arte” é frequentemente usada para qualificar, ou desqualificar, os comportamentos fora do padrão esperado, especialmente de crianças. Ao que se pode acreditar, esse fato social tem a ver com a liberdade de expressão na ordem artística.

O subconsciente coletivo chama de arte de criança os comportamentos de desafio a regras ou à ordem estabelecida, quando a criança exerce a sua liberdade de ir, vir e expressar-se fora dos limites da disciplina familiar. É muito possível que essa designação do comportamento infantil tenha sido criada a partir da consciência, mais ou menos clara, do significado da atividade artística, como expressão de pensamentos e sentimentos por formas simbólicas ou de representação, sem respeitar limites de disciplina previamente imposta, e, freqüentemente, em desafio da ordem vigente.

Tal como o comportamento arteiro das crianças, as expressões artísticas dos pensamentos e dos sentimentos têm muito maior liberdade do que outras formas de expressão. A liberdade de expressão artística se manifesta em um campo expandido das liberdades, exatamente porque, paradoxalmente, na medida em que a humanidade avança no processo civilizatório e tem consciência cada vez maior de sua racionalidade, também a humanidade reconhece que dentro de cada cérebro se desenvolvem atividades que a consciência não controla, ou controla apenas parcialmente, mas que também precisam fluir pela liberdade de expressão.

As diferentes formas de arte podem fluir espontaneamente, por si mesmas e pelo seu impulso intrínseco, ou podem se somar a outras diferentes formas de expressão. A liberdade de expressão artística pode-se somar à liberdade de expressão política. Quando Giuseppe Verdi compôs o “Coro dos Escravos Hebreus”, no terceiro ato da ópera “Nabucco”, estava certamente manifestando liberdade de expressão artística. Mas também estava, simbolicamente, expressando a liberdade

de pensamento político em defesa da unificação da Itália.

Nas modalidades de representações de humor e nas charges ou atividades de cartunistas, a liberdade de expressão é frequentemente utilizada como forma de liberdade política ou de crítica. Por tradição cultural, as críticas a ideias políticas, a costumes, e até a religiões ou a pessoas públicas, são consideradas mais livres quando manifestadas pela arte do humor ou da caricatura. Pela natureza do humor, a eventual agressividade da crítica se esvanece, como se o próprio autor estivesse ressalvando que se trata de brincadeira, sem conexão necessária com a realidade.

Nenhuma arte, nem mesmo a arte do humor, representa formas absolutas de liberdade de expressão.

Da mesma forma ocorre com a caricatura. A própria expressão “caricatura” já indica que não se trata da imagem ou da representação dos traços reais de alguém, mas da imagem caricata, isto é, carregada de traços fortes e simbólicos, representada com liberdade artística e desvios ou exageros em relação à realidade. *Caricato*, em italiano, quer dizer carregado. Na caricatura se carrega nos traços que se quer destacar, exagerando-os.

Entretanto, nenhuma arte, nem mesmo a arte do humor e da caricatura, representa formas absolutas de liberdade de expressão. Como todos os direitos, também estes têm os limites naturais representados pela impossibilidade de agredir outros direitos legítimos, notadamente os direitos de personalidade, e, entre estes, o direito à dignidade da pessoa humana. Entra-se aqui em espaço de avaliação extremamente subjetiva. O humor não raramente é a arte de expor ao ridículo. Mas uma coisa é fazer blague com quem já se expôs ao

ridículo. Outra coisa é expor ao ridículo a imagem e as crenças que para outros tenha significação transcendente. Não há linhas claras predefinidas de limites. Mas sempre haverá algum limite a ser fixado pelos critérios de boa-fé e de bons costumes, mesmo que alargados estes pela natureza impactante e irreverente que pode ter a liberdade artística.

7 Liberdade de expressão na internet

A liberdade de expressão manifestada através da rede mundial de informática é fonte de incompreensões, paradoxos e perplexidades. O fenômeno mundial de comunicação instantânea provocado pela internet, a que bilhões de pessoas têm acesso com a garantia do anonimato, leva muitos a pensar, equivocadamente, que a internet pertencesse a uma outra ordem jurídica, em que a liberdade de expressão fosse sempre absoluta, e pudesse ser utilizada para atacar impunemente a honra de outros. O próprio Poder Judiciário, ante a fragilidade dos meios de coerção, é muitas vezes tolerante com ilegalidades praticadas na internet, a pretexto de exercício da liberdade de expressão.

Entretanto, embora a tecnologia da internet favoreça o anonimato, que a Constituição proíbe,⁷ não há na internet nenhum território anárquico ou diferenciado, em que não se apliquem as mesmas leis a que estão sujeitas todas as outras formas de comunicação. Tudo que se disse, ou que se diga, a respeito da necessidade de ponderação e equilíbrio entre o direito à liberdade de expressão e os demais direitos de personalidade, especialmente o direito à dignidade da pessoa humana, é válido para a comunicação que se faça pela via da internet.

A forma digital de garantir o uso e de coibir o abuso não cria diferenciação de regência ou interpretação jurídica. Apenas torna mais difícil a atuação concreta da lei e da jurisdição.

7. Art. 5º, inciso IV.

8 Liberdades coletivas de expressão

A liberdade de expressão pode ser exercida individualmente, ou pode ser exercida por coletivos de pessoas em associação circunstancial ou voluntária, eventual ou contínua. A CF assegura o direito de associar-se (art. 5º, inciso XVIII). Evidentemente, as associações de pessoas livres para expressar os atributos de suas personalidades são igualmente associações com liberdade de expressão do pensamento e do sentimento coletivo, assegurada constitucionalmente.

A liberdade de expressão coletiva se confunde, pelo menos parcialmente, com a liberdade de associar-se. Por consequência dessas duas liberdades, é livre a manifestação de pensamento dos sindicatos, dos órgãos de classe, dos partidos políticos e de todas as outras organizações da sociedade civil que reúnem pessoas para atividades coletivas das mais diferentes naturezas.

Em garantia da liberdade de expressão e da liberdade de associação, a lei deveria, o que não faz, garantir a democracia interna nas associações de filiação compulsória, como são os partidos políticos para os que se queiram candidatar, os órgãos de classe para os que queiram exercer determinadas profissões, e até, em certas circunstâncias e medidas, os sindicatos. A liberdade de expressão coletiva não se poderia sobrepor à liberdade de expressão individual na formação do pensamento coletivo. Para que a liberdade de expressão coletiva corresponda ao conjunto das liberdades de expressão associadas, é indispensável o processo democrático. Mas este é um outro assunto, que fica para um outro texto.

9 Conclusões

A liberdade é um conceito de fácil compreensão, mas de difícil experiência. Todos sabemos, intuitivamente, o que é ser livre e o que é agir livremente. Mas a liberdade causa um duplo sentimento

de medo. Primeiro, temos muitas vezes o medo de ser livres, porque ser livre significa assumir responsabilidade pelo exercício da própria liberdade. Segundo, temos frequentemente medo da liberdade do outro, porque não sabemos em que medida poderá impactar a nossa própria liberdade.

Antes de ingressar na ordem jurídica, o questionamento da liberdade está no sentimento das pessoas. No conflito entre o eu, o nós e o eles, frequentemente se perde a perspectiva racional da liberdade. O mesmo ato de liberdade que alguém invoca e defende para si próprio, ou para os que considera seus iguais, é visto no outro, no diferente, como abuso de direito.

Portanto, mais importante do que saber racionalmente o que é liberdade de expressão e quais são os seus limites, é estar emocionalmente preparado para ser livre, aceitar a liberdade do outro, e para construir uma sociedade que respeite, como valores insofismáveis, a liberdade e as responsabilidades que ela acarreta.

Uma sociedade com essas características estará constituída como um Estado de Direito. O Estado de Direito é o estado do direito de todos. Não pode ser aquele em que a liberdade seja segregada em castas, ou redutos ideológicos, ou feudos políticos. Ou em que alguns pratiquem impunemente o abuso do direito, em nome da liberdade.

No equilíbrio de direitos e deveres da vida social, a liberdade de expressão se constrói, se mantém e se prestigia dentro dos seus próprios limites, que devem ser por natureza muito amplos, mas não são absolutos. Ninguém tem dúvidas do que seja a liberdade de ir e vir. Mas, se alguém, em abuso da liberdade de ir e vir, for à casa de outrem e lhe invadir o jardim e a própria intimidade, não haverá dúvidas em se situar o limite entre o direito e o seu abuso.

Da mesma forma se passa quanto à liberdade de expressão, que permite a todo ser humano expor ao mundo todo o seu pensamento, os seus sentimentos e as suas manifestações artísticas

mais surpreendentes. É permitida a liberdade de expressão social, política, religiosa, artística ou qualquer outra. Mas não se pode usar abusivamente esse direito para invadir e danificar a intimidade e os direitos de personalidade de outrem. A liberdade de expressão integra e dá vida ao direito de

personalidade. Mas não pode ser usada abusivamente para prejudicá-lo.

A liberdade de expressão é o pleno exercício da potência de expansão infinita do espírito humano, dentro dos limites de sua própria dignidade. ■

Bibliografia

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 13, 2003.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1988.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 504 p.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



Associação dos Advogados

Rua Álvares Penteado, 151
Centro | Cep 01012 905 | São Paulo | SP
(11) 3291 9200

www.aasp.org.br