

RECEBIDO EM: 05/09/2022

APROVADO EM: 13/03/2023

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DESAFIOS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

FREEDOM OF EXPRESSION AS A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE BRAZILIAN LEGAL-CONSTITUTIONAL SYSTEM: CHALLENGES TO THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

“De todas as liberdades, a do pensamento é a maior e a mais alta. Dela decorrem todas as demais. Sem ela todas as demais deixam mutilada a personalidade humana, asfixiada a sociedade, entregue à corrupção o governo do Estado. Rui Barbosa.

Mônia Clarissa Hennig Leal¹
Celso Jerônimo de Souza²

- 1 Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (Santa Cruz do Sul-RS - Brasil). Pós-Doutorado pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls), Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, com estágio pós-doutoral pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. E-mail: moniah@unisc.br.
- 2 Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre. Formado pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, atual Universidade Estadual do Norte do Paraná/UENP. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/UNISC. Especialista em Processo Civil pela Universidade Candido Mendes/UCAM. Especialista em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco/FACIPE. E-mail: celsojeronimo@uol.com.br.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito de direitos fundamentais enquanto sistema de valores e legitimação do ordenamento jurídico. 2. Direitos fundamentais e a interface com a teoria da dimensão objetiva: efeitos irradiativos e repercussão nas relações do estado com o indivíduo e nas relações interprivadas. 3. A posição da liberdade de expressão como direito fundamental no sistema jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

RESUMO: O que se aspira com este artigo, para além de investigar, é demonstrar a posição ocupada pela liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais no contexto do sistema jurídico constitucional do Brasil, passando pela análise do conceito e (in)dependência do legislador ordinário para lhe dar concretude, a par da supremacia e centralidade da Constituição. Será analisada, também, a eficácia e dever de proteção estatal dos direitos fundamentais, seja nas relações entre Estado e indivíduo, ou nas relações entre particulares, vinculando tanto os Poderes constituídos como os órgãos e instituições do Estado, na perspectiva da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O trabalho pretende, ainda, responder a seguinte pergunta: qual a proteção constitucional da liberdade de expressão e sua relevância no contexto do Estado Democrático de Direito? O método de abordagem é o dedutivo, enquanto o método de procedimento é o histórico e a técnica de pesquisa utilizada é a documental indireta e bibliográfica. A conclusão aponta no sentido de que, inexistindo hierarquia ou prevalência “*prima facie*” entre as normas de direitos fundamentais, então somente diante do caso concreto é que será possível definir o direito que deverá prevalecer e, em razão disso, receber a proteção estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Expressão, Direitos Fundamentais, Dimensão Objetiva. Dever de Proteção Estatal.

ABSTRACT: The aim of this article, in addition to investigating, is to demonstrate the position occupied by freedom of expression in relation to other fundamental rights in the context of the constitutional legal system in Brazil, going through the analysis of the concept and (in)dependence of the ordinary legislator to give it concreteness, in pair with the supremacy and the centrality of the Constitution. The effectiveness and duty of state protection of fundamental rights will also be analyzed whether in the relations between the State and the individual, or in the relations between individuals, linking both the constituted powers, as the organs and institutions of the State in the perspective of the theory of the objective dimension of fundamental rights. This work also intends to answer the

following question: what is the constitutional protection of freedom of expression and its relevance in the context of the Democratic State of Law? The method of approach is deductive, while the method of procedure is the historical and the research technique used is the indirect documentary and bibliographic. The conclusion points to the fact that if there is no “*prima facie*” hierarchy or prevalence among the norms of fundamental rights, then only in concrete case will it be possible to define the right that should prevail and, as a result, receive state protection.

KEYWORDS: Freedom of Speech. Fundamental Rights. Objective Dimension. Duty of Protection.

INTRODUÇÃO

A todo momento o tema liberdade de expressão tem ocupado os espaços públicos de debate, sendo inegável a sua relevância no contexto do Estado Democrático de Direito, exigindo uma vigilância constante, a fim de que toda e qualquer tentativa de restrição indevida ou omissão estatal seja fiscalizada, sendo que o Poder Judiciário tem destacado papel na sua efetiva proteção.

Este artigo tem como propósito investigar e demonstrar a posição ocupada pela liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais no sistema constitucional pátrio. Será pesquisada, também, a sua eficácia e dever de proteção estatal nas relações entre Estado e indivíduo e nas relações entre particulares, conectando os Poderes constituídos, os órgãos e instituições do Estado, na perspectiva da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O método de abordagem será o dedutivo, enquanto o método de procedimento será o histórico e a técnica de pesquisa a documental indireta e bibliográfica. O trabalho contemplará quatro seções, objetivando-se, na primeira, compreender os direitos fundamentais a partir do conceito e teorias que procuram explicá-los, bem como o momento histórico em que passaram a merecer a atenção da sociedade e também a sua relevância no sistema democrático, na medida em que afetam a interpretação de toda e qualquer norma jurídica, além de vincular as relações no plano vertical e horizontal.

Na segunda seção, os direitos fundamentais serão abordados levando-se em consideração a teoria da dimensão objetiva, bem como os efeitos irradiantes dela resultantes, permeando tanto as relações entre o Estado e o indivíduo como as relações entre particulares, na perspectiva do modelo de Estado organizado por uma sociedade democrática que tem o dever de garantir a sua efetiva proteção.

Será tratado, na terceira seção, o lugar ocupado pela liberdade de expressão enquanto direito fundamental e a sua relação simbiótica com a noção de democracia, devendo o Estado preservar a qualidade e a integridade do debate público, ante a importância que o livre intercâmbio de ideias exerce na formação de uma sociedade política mais consciente e sobretudo livre, digna da efetiva proteção estatal, embora não se trate de um direito absoluto que não possa comportar restrição quando colidir com outros direitos de igual estatura constitucional.

Por fim, na quarta seção será apresentada resposta à seguinte pergunta: qual a proteção constitucional da liberdade de expressão e sua relevância no contexto do Estado Democrático de Direito?

1. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO SISTEMA DE VALORES E LEGITIMAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Os direitos fundamentais, na definição de Marmelstein (2014), são normas jurídicas consagradas no plano constitucional de um Estado Democrático de Direito associadas à noção de dignidade da pessoa humana, bem como de limitação do poder, de sorte que, pela sua importância axiológica, não apenas legitimam, como fundamentam todo ordenamento jurídico, implicando reconhecer que “esses direitos representam um ‘sistema de valores’ com força suficiente para afetar a interpretação de qualquer norma jurídica.”

Ratifica Barroso (2020, p. 492) que eles funcionam como medida de legitimidade do próprio ordenamento jurídico do Estado, atestando que “são os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico”, mas sem perder de vista que a assertiva precisa ser compatibilizada com a noção de proteção multinível de direitos, cabendo elucidar que não se trata de uma concepção reducionista acerca do papel e da relação entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Muitas teorias surgiram sobre os direitos fundamentais, conforme Dimoulis e Martins (2020), especialmente a partir da década de 1960, objetivando, num primeiro momento, redefini-los e, num segundo, classificá-los, levando-se em conta os seus efeitos, as suas funções e dimensões, acrescentando que cada direito fundamental tem por objetivo “regulamentar uma situação ou relação real, isto é, um conjunto de fatos que acontecem por razões físicas ou sociais” (DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 169).

No particular, assevera Steinmetz (2001) que a “tipologia das teorias dos direitos fundamentais mais influente é a de Böckenförde”, o qual “identifica cinco teorias dos direitos fundamentais: a liberal, a institucional, a democrático-funcional, a do Estado social e a axiológica.” Para a primeira, “os direitos fundamentais são direitos subjetivos de liberdade frente ao

Estado”, na medida em que “a liberdade é pré-estatal”, ou seja, “não é constituída pelo Estado, porque o precede.” Por sua vez, para a segunda teoria, os “direitos fundamentais são institutos, princípios objetivos” e a liberdade “aparece como liberdade objetivada”; enquanto a teoria democrático-funcional “ênfatisa a função pública e política dos direitos fundamentais”, conferindo preferência à “liberdade de imprensa, de opinião, de reunião, de associação”; a teoria do Estado social se opõe à teoria liberal, compreendendo que “a liberdade jurídica liberal é mais formal do que real”, por essa razão “pretende superar a distância entre a liberdade jurídica e liberdade real”. Na teoria do Estado social, segundo o autor, os direitos fundamentais “não são apenas direitos de defesa, mas também fundamentam pretensões de prestações sociais frente ao Estado.” Por fim, a teoria axiológica tem como ponto de partida a “teoria da integração de Rudolf Smend”, para quem o “Estado é um permanente processo de integração em e de uma comunidade de valores” e, desta forma, os direitos fundamentais “antes de serem pretensões subjetivas, são normas objetivas”, como também “se apresentam como um sistema de valores fundamentais da comunidade” (STEINMETZ, 2001, p. 104).

Na percepção, ainda, de Dimoulis e Martins (2020, p. 63), quando abordam a relação entre direito constitucional e infraconstitucional, os direitos fundamentais, com frequência, não podem ser concretizados sem a intervenção do legislador ordinário³, e esta mediação pode servir também para solucionar colisões entre eles, citando como exemplo a limitação da liberdade de expressão em face do direito fundamental à privacidade, ambos enunciados no artigo 5º, incisos IV e V, da Constituição Federal, e vice-versa, embora reconheçam que normas infraconstitucionais “estão sempre submetidas ao controle de constitucionalidade”.

É certo, no entanto, que tais autores (2020) se referem ao dever de proteção do Estado em relação aos particulares, adotando uma posição mais alinhada com a teoria da eficácia indireta de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, que se dá com primazia por meio do legislador, mas este é exatamente um dos aspectos particulares dos princípios, que, tendo em vista o seu caráter aberto, não conseguem prever e regular todas as situações fáticas de sua incidência.

De outro lado, para Leal e Maas (2020), no modelo do Estado Constitucional de Direito, quanto à temática dos direitos fundamentais, vigora a centralidade e supremacia da Constituição, dotada que é de força própria, passando a valer como norma jurídica fundamental, e, nessa perspectiva, conforme a situação fática que se apresente, não há dependência da mediação do legislador, sem

³ “O dever de ação do Estado cumpre-se primordialmente pelo Legislativo, que deve cuidar da tutela do direito fundamental em face dos particulares” (DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 155).

perder de vista que a Lei Fundamental orienta sempre a interpretação final, vinculando todas as demais normas do sistema jurídico pátrio.

Nessa lógica de raciocínio, sustentam Leal e Maas (2020) que a teoria da proteção dos direitos fundamentais, desenvolvida que foi na Alemanha pela doutrina e jurisprudência daquele país, a partir da 2ª Guerra Mundial, aponta tanto a eficácia vertical, quanto a eficácia horizontal destes direitos, vinculando as relações entre indivíduo e Estado, como também aquelas verificadas entre os particulares, porquanto ao lado de uma dimensão subjetiva, tais direitos contemplam também uma dimensão objetiva, impondo ao Estado o dever de proteção.

Por sua vez, os direitos fundamentais foram imaginados e servem como instrumentos para proteger os indivíduos contra a opressão estatal (direitos de defesa), na medida em que, ainda segundo Leal e Maas (2020), sua proteção não é uma faculdade conferida aos agentes estatais, que na sua atuação devem se valer do princípio da proporcionalidade, atentando para que a atividade protetiva não seja insuficiente e tampouco excessiva.

Os direitos fundamentais surgiram com promessa de garantir as liberdades civis ou individuais da pessoa humana, a reclamar uma prestação negativa do Estado, atrelada à dimensão subjetiva, ao lado da qual também há uma dimensão objetiva, de modo que, na ótica de Steinmetz (2001, p. 31):

A vinculação aos direitos fundamentais tem dupla dimensão: primeiramente, é uma vinculação negativa, porque o legislador não poderá intervir nos direitos fundamentais, restringindo-os, ou autorizar que um outro poder público intervenha (Executivo e Judiciário), sem fundamento constitucional; e depois, é uma vinculação positiva, porque cabe ao legislador criar as estruturas normativas configuradoras, reguladoras, procedimentais, organizatórias para a plena eficácia dos direitos fundamentais. A vinculação negativa fundamenta-se na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, enquanto uma esfera individual livre de ingerência estatal, exceto em hipótese justificada constitucionalmente. A vinculação positiva funda-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, obrigando o legislador a tomar providências que garantam a vigência e a eficácia desses direitos.

Observam, a propósito, Dimoulis e Martins (2020) que a Constituição garante os direitos fundamentais em muitas das suas disposições, todavia o faz com uma certa reserva legal, permitindo que o legislador ordinário insira limitações e, com isso, restrinja a sua área de proteção, embora igualmente consagre outros tantos sem a previsão expressa ou possibilidade de limitação por lei infraconstitucional.

Com efeito, defende Figueiredo (2006, p. 87) que:

a estrutura da sociedade, os direitos civis e políticos e os direitos sociais seriam dispostos no mesmo patamar, garantindo que um arcabouço jurídico perfeito só se forma através de instituições garantes do conjunto dessas prerrogativas aos cidadãos.

Outro ponto a considerar acerca da perspectiva jurídico-objetiva quanto ao valor dos direitos fundamentais diz respeito à eficácia dirigente que estes direitos irrompem sobre os órgãos governamentais, porquanto podem ser recebidos ou vistos como ordens dirigidas ao Estado, objetivando dar concretude aos comandos contidos nas normas (SARLET, 2015).

O desafio, entretanto, na visão de Leal e Maas (2020, p. 89), “tanto em face dos direitos fundamentais individuais quanto dos sociais, reside em como efetivar essa proteção, como ultrapassar o aspecto formal, teórico, para o aspecto material, da execução de proteção na prática”. Nessa perspectiva, as autoras (2020), reportando-se a Christian Calliess, vaticinam que é imperioso dar força aos direitos fundamentais para viabilizar sua concretude, na medida em que, quanto maior for o controle e a sua proteção, mitigada é a chance de ocorrerem falhas.

Nesse contexto, parece adequado afirmar que a principal promessa dos direitos fundamentais é assegurar as liberdades civis da pessoa humana, sem desconsiderar os direitos sociais, tendo em mira a sua conexão com a teoria da dimensão objetiva, a qual vincula não apenas as relações entre o Estado e indivíduo, como as relações regidas pelo direito privado, temática que será visitada no próximo tópico.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INTERFACE COM A TEORIA DA DIMENSÃO OBJETIVA: EFEITOS IRRADIATIVOS E REPERCUSSÃO NAS RELAÇÕES DO ESTADO COM O INDIVÍDUO E NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS

A noção do dever de proteção que resulta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se resume às relações entre o cidadão e o Estado, mas também abrange as relações típicas de direito privado, isto é, entre particulares, de sorte que a proteção estatal de tais direitos ocorre sob dupla dimensão, objetiva e subjetiva: a primeira de caráter prestacional, em face dos direitos positivos, que não se deve confundir com a dimensão objetiva dos direitos positivos ou prestacionais, considerando que, mesmo os direitos negativos ou de defesa, possuem uma dimensão objetiva; já a

segunda se caracteriza pelos direitos negativos associados ao Estado Liberal⁴ e, de igual modo, os direitos positivos e prestacionais também são dotados de uma dimensão subjetiva. Aliás, como asseveram Leal e Kohls (2018), ao “mesmo tempo em que os direitos fundamentais são direitos do cidadão, também representam um dever para o Estado. Isso porque o Estado precisa proteger e adotar ações para viabilizar a realização desses direitos”, pautando sua atuação com base neles.

Nos dias correntes, verifica-se que cada vez mais a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é aceita, sendo também reconhecidos os valores consagrados nesses direitos, projetando-se, de igual modo, nas relações entre particulares, na medida em que os agentes privados, notadamente os detentores do poder social e econômico, são potencialmente capazes de ofender e produzir danos aos princípios constitucionais, oprimindo tanto e até mais do que o próprio Estado⁵ (MARMELSTEIN, 2014).

Na compreensão de Leal (2007, p. 1):

A partir da noção valorativa e destacada atribuída aos direitos fundamentais neste contexto, contudo, traduzida e refletida, por seu turno, numa compreensão material, aberta e comunitária acerca da Constituição, desenvolve-se a idéia de que estes direitos, incorporados ao ordenamento com um caráter marcadamente principiológico e material, configuram e conformam, segundo expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional alemão, uma “ordem objetiva de valores” que possui uma dimensão objetiva e, por conseguinte, um caráter vinculante com relação a todos os poderes e âmbitos do Estado, sendo a sua realização impositiva em todas as esferas e em todas as instâncias.

A propósito da dupla dimensão dos direitos fundamentais em relação ao Estado, é certo que deste podem ser exigidas ações ou omissões conforme a sua conjuntura de concreção, admitindo-se, por sua vez, o efeito irradiador dessa concepção, obrigando também os particulares a participarem de sua efetivação (ALEXY, 1993).

4 Na compreensão de Leal e Maas (2020, p. 49): “[...] juntamente a uma concepção subjetiva, há uma objetiva dos direitos fundamentais, o que faz com que devam ser observados não só quando da relação do indivíduo com o Estado, mas também nas relações entre particulares, ou seja, na compreensão de uma eficácia contra terceiros (Drittwirkung), de uma vinculação não somente vertical (Estado e indivíduo), mas igualmente horizontal (Horizon-talwirkung), indivíduo-indivíduo, dos direitos fundamentais”. Completam Dimoulis e Martins (2020, p. 151), reportando-se ao cariz filosófico-teórico da dimensão subjetiva, no sentido de que esta dimensão está associada à teoria liberal dos direitos fundamentais, “a qual concebe os direitos fundamentais do indivíduo de resistir à intervenção estatal em seus direitos [...] o Estado tem a obrigação negativa de não fazer alguma coisa, não intervir na esfera individual, salvo se houver legitimação ou justificação constitucional para tanto

5 Conforme Marmelstein (2014, p. 337), “[...] com cada vez mais frequência, as normas constitucionais estão sendo utilizadas para auxiliar na solução de conflitos entre particulares, através da ideia de ‘eficácia horizontal’ dos direitos fundamentais [...] Como se sabe, os direitos fundamentais foram concebidos, originalmente, como instrumentos de proteção dos indivíduos contra a opressão estatal. É o que se pode chamar de eficácia vertical dos direitos fundamentais, simbolizando uma relação (assimétrica) de poder em que o Estado se coloca em uma posição superior em relação ao indivíduo.”

Segundo Dimoulis e Martins (2020, p. 151), a dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁶ é reconhecida e “já tem uma longa história doutrinária”, estando a caminho de ser considerada clássica, e é definida como “dimensão dos direitos fundamentais cuja percepção independe de seus titulares”, isto é, “dos sujeitos de direito”, que oferece “critérios de controle da ação estatal” independente de “possíveis intervenções e violações” a direitos de alguém ou da “reclamação do seu titular”.

A teoria da dimensão objetiva se origina da doutrina e da construção do Tribunal Constitucional da Alemanha a partir do caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958, um leading case segundo o qual todos os ramos do direito, no caso, o Direito Civil, deveriam se orientar pelas normas de direitos fundamentais consagradas na Lei Fundamental, estabelecendo uma ordem de valores objetiva⁷; entretanto, o embrião da teoria é conferido ao magistério doutrinário de Günter Dürig e Heinrich Lehmann no ano de 1956 (LEAL; MAAS, 2020).

Nesse sentido, recordam Leal e Maas (2020, p. 50) que:

[...] frente ao que foi decidido pelo referido Tribunal, embora a elaboração embrionária dessa teoria já pudesse ser encontrada, por exemplo, em autores como Günter Dürig (*Festschri für Nawiasky*, 1956) e Heinrich Lehmann (*Laufke in der Festschrift*, 1956), que já haviam trabalhado com essa noção antes mesmo do caso Lüth, sendo, inclusive, citados na decisão.

O caso Lüth acabou conferindo um papel de destaque ao Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), isto porque, diante da condenação de Erich Lüth pela Justiça de primeiro grau de Hamburgo por liderar um movimento de boicote ao filme “Amante Imortal”, de Veit Harlan, pela ligação deste no passado com o regime nazista, sua conduta foi considerada contrária à moral e aos costumes previstos no Código Civil Alemão, em prejuízo dos produtores do filme. Não se conformando com a decisão, Lüth recorreu ao *Bundesverfassungsgericht*, onde teve êxito e a decisão foi reformada sob o argumento da prevalência do direito fundamental à liberdade de expressão (LEAL, 2007).

6 Para Dimoulis e Martins (2020, p. 152), “Relevante é o conceito objetivo (ou dimensão objetiva) dos direitos fundamentais para o controle abstrato de constitucionalidade de normas”, na medida em que o exercício desse controle é um dever do Estado, “podendo (e devendo) uma série de autoridades estatais provocar seu exercício.”

7 Sustentam Leal e Maas (2020, p. 50) que: “Uma das mais importantes decorrências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais consiste no dever de proteção estatal (Schutzpflicht), não apenas nas relações dos cidadãos com os órgãos públicos, mas nas próprias relações entre particulares, vindo, assim, a incidir no direito privado, como, por exemplo, em relações contratuais, direitos de herança, etc. [...] A compreensão se amplia à ideia de que ao lado de uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, caracterizada pelos direitos negativos, típica do Estado Liberal, encontra-se uma dimensão objetiva, na face de direitos positivos, prestacionais. Deve-se ter o cuidado de não se atrelar a dimensão objetiva apenas aos direitos positivos, visto que tanto direitos negativos como positivos podem possuir uma dimensão objetiva”.

Sobre as consequências dessa decisão, Alexy (2019, p. 116) atesta que o juiz deverá, em toda decisão, observar os direitos fundamentais, os quais, enquanto valores ou “decisões objetivas de valores”, devem irradiar sobre todo o direito, fazendo-se sentir sua força não só na relação entre o indivíduo e o Estado, como também “no direito civil, que trata da relação entre os cidadãos”. Daí porque, segundo Steinmetz (2001, p. 110), a decisão do caso L^üth foi inspirada na teoria axiológica, na medida em que assentou, de maneira explícita, a tese dos direitos fundamentais não apenas como uma ordem objetiva de valores, mas também como um sistema de valores, incorporando o Tribunal Constitucional Federal, na sua jurisprudência, o modelo valorativo-objetivo, quando brandiu:

es, sin embargo, igualmente cierto que la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores, ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir en todos los ámbitos del Derecho como decisión constitucional fundamental; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices y impulso.

Nesse cenário, é oportuno o registro coligido por Dimoulis e Martins (2020) de que o Tribunal Constitucional Federal (TCF) conquistou reconhecimento da comunidade jurídica exatamente em função das extensas fundamentações dogmáticas que permeiam as suas decisões.

É de ressaltar que a dimensão objetiva não apenas projeta como também incide nos direitos fundamentais, seja na relação entre Estado-indivíduo, seja nas relações interprivadas, devendo refletir, de igual modo, em todos os poderes do Estado, como o Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que tanto a dimensão objetiva como o princípio da proporcionalidade, tornaram-se nas construções dogmáticas mais importantes do constitucionalismo do segundo pós-guerra (LEAL; MAAS, 2020).

Nessa vereda, na abordagem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Dimoulis e Martins (2020) reforçam a imperativa obrigação de o Estado protegê-los ativamente e preventivamente contra ameaças ou agressões provocadas por particulares, considerada a hipótese de que estes, ao exercitarem seu direito fundamental, possam lesar outros direitos fundamentais, e, como mostra a dogmática do dever estatal de tutela (DIMOULIS; MARTINS, 2020), constitui-se imperativo cogente a proteção estatal de tais direitos

e com mais vigor na perspectiva da eventual assimetria de forças entre os agentes particulares em conflitos⁸.

Tal imperativo de proteger um cidadão do outro, para Leal e Maas (2020), é missão estatal, dado que, na hipótese de o Estado deixar ou tolerar que um cidadão se comporte de forma contrária ou lesiva a direito fundamental de outro indivíduo, haverá, potencialmente, uma omissão no seu dever protetivo.

Não constitui tarefa fácil, por outro lado, estabelecer uma vinculação com a noção de “ordem de valores”, ante a controvérsia verificada na doutrina, que tem sido alvo de críticas em torno da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como advertem Leal e Maas (2020, p. 63), mercê da própria terminologia pautada na diversidade das suas denominações, como: a) - ordem objetiva de valores; b) - sistema de valor; c) - decisão constitucional fundamental; d) - direitos fundamentais como normas objetivas; e) - princípio estruturante; f) - norma-guia; g) - princípios fundamentais.

No contexto da dimensão objetiva (LEAL; MAAS, 2020), podem ser observados, por sua vez, os seguintes aspectos: a) - irradiação dos efeitos nas relações de direito privadas, na medida em que retiram sua força dos direitos fundamentais com a hipótese da interpretação conforme as normas infraconstitucionais, ou seja, estas não podem deixar de dialogar com aqueles e a decisão do caso *Lüth-Urteil* é um bom exemplo disso; b) - garantias dos processos de decisão que podem causar prejuízos aos direitos fundamentais; assim, o Poder Legislativo, encarregado de produzir leis, deverá levar em conta os direitos fundamentais; c) - princípios de organização (órgãos administrativos ou judiciais) e procedimentos seguros nos âmbitos das instituições públicas e privadas aptos a efetivarem os direitos fundamentais; d) - dever de proteção das liberdades (acesso à justiça, liberdade de associação, garantia da ampla defesa e contraditório).

Segundo Sarlet (2004, p. 110):

[...] não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerência na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal de todos os indivíduos, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência [...]

⁸ “[...] necessidade de intervenção direta do Estado nos conflitos entre particulares. Tal dever se configura quando o conflito privado se dá entre partes que são tão desiguais a ponto de impedir na prática o exercício do direito da parte mais fraca (DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 157).”

O próprio Sarlet, logo após sintetizar os principais debates sobre a dimensão objetiva, que prefere definir como perspectiva objetiva, à guisa de explicação, deixa assentada “a função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a criação e a constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento”, sabendo-se que a eficácia de tais direitos resulta da sua dimensão objetiva, na medida em que é a partir dessa teoria que se poderá alicerçar a noção de uma eficácia irradiante (SARLET, 2015, p. 156).

Nesse âmbito, quando o Tribunal Constitucional Alemão reconhece a proteção à liberdade de expressão no caso Lüth, estava a resguardar um direito fundamental consagrado na Constituição, acomodando uma ordem objetiva de valores orientadora de todos os ramos do direito; daí porque não é por acaso que, nessa perspectiva, no caso brasileiro, simbolicamente, o catálogo de direitos fundamentais passou a ser inserido no início da Constituição, servindo de baliza às demais normas constitucionais e ordinárias, inspirada que foi pela teoria desenvolvida na Alemanha (LEAL; MAAS, 2020).

Importante não perder de vista, tendo como horizonte a compreensão de Böckenförde, que a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi construída não a partir do texto da Lei Fundamental, considerando que nesta não havia norma específica sobre a temática⁹, mas foi influenciada pelo texto constitucional ou, para utilizar palavras diferentes, pelos preceitos do texto constitucional, preservando-se, com isso, os valores supremos nele contidos, sendo a dupla dimensão (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais fruto da combinação entre a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (LEAL; MAAS, 2020).

Quando se fala em dimensão objetiva dos direitos fundamentais, remete-se ao corolário de que estão a operar como “critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional”, sendo que daqui emana a ideia do “efeito de irradiação dos direitos fundamentais”, de forma que as autoridades do Estado, quando se depararem com o desafio tanto de interpretar quanto de aplicar as normas infraconstitucionais, deverão se orientar pelos direitos fundamentais. Em outras palavras, diante da variedade de interpretações possíveis, dever-se-á optar pela que “melhor se coadune às prescrições dos direitos fundamentais” (DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 152).

Uma vez agregada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais a acepção da mais-valia, permite-se que eles, além de incorporar, expressem alguns valores objetivos fundamentais à comunidade, de modo que a interface entre cidadão-Estado evolua para o sentido de cidadão-Estado-comunidade, restando superada a matriz individual/liberal que, por sua vez, se converte na

9 Para Alexy (2019, p. 117), “O que os direitos fundamentais são hoje não se deixa extrair do texto seco da Lei Fundamental, mas somente dos cerca de 94 volumes da jurisdição do Tribunal Constitucional Federal, que assumiu sua abençoada função em 1951. Os direitos fundamentais são aquilo que são sobretudo através da interpretação.”

noção de comunidade, a qual, nas suas relações, deverá também salvaguardar os direitos fundamentais¹⁰ (LEAL; MAAS, 2020).

Nessa senda, não há como discordar de LEAL (2007, p. 68) quando aponta os três aspectos que, em sua opinião, se destacam no caso *Lüth-Urteil*, a saber: a)- a compreensão do catálogo de direitos como uma ordem objetiva de valores; b)- em decorrência disso, a vinculação dos três Poderes a essa ordem; c)- a possibilidade de colisão de valores, advertindo que a noção de ordem valorativa não reflete, *prima facie*, qualquer direito suprapositivo, porquanto não procura no direito natural a sua base, ao reverso busca se instrumentalizar dentro do próprio sistema positivo.

Por sua vez, sob a perspectiva da dimensão objetiva, defendem Leal e Maas (2020, p. 50) que o dever estatal de proteção “não pode se dar de forma indiscriminada, carecendo ser ponderado, a fim de que não seja nem insuficiente e nem excessivo.” Reforçam as autoras (2020) que o dever de proteção estatal se apresenta como a principal decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo considerada como a ideia central dessa teoria. Desse modo, o Estado não se apresenta como mero agente violador ou destinatário das proibições ditadas pelos direitos fundamentais, convertendo-se no responsável não apenas por protegê-los, como também por assegurar as condições indispensáveis à sua concretização.

Em que pese a noção de dever de proteção resultar da dimensão objetiva, esta premissa somente pôde ser notada, com maior destaque, numa decisão envolvendo o aborto tomada em maio de 1993, quando a Corte Constitucional da Alemanha incorporou, na teoria dos direitos fundamentais, a ideia de “proibição de proteção insuficiente”. Nesse diapasão, está o Estado vinculado ante a proibição de proteção insuficiente, o que faz pressupor que as medidas impostas pelo legislador devem ser o bastante para sustentar um parâmetro mínimo e eficiente de proteção do direito fundamental exigido pela Constituição (LEAL; MAAS, 2020, p. 77).

Não se deve perder de vista que Leal e Maas (2020, p. 81), mencionando Calliess, se concentram na concepção do “duplo dever estatal”, objetivando delinear a tarefa do Estado quanto ao dever de proteção, na medida em que ele, o Estado, não deve, por um lado, interferir na liberdade do cidadão, tendo a obrigação, por outro, de proteger esse cidadão, assegurando os seus direitos.

Nesse contexto, segundo as autoras (2020), inspiradas por Dietlein, residiria nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a forçosa missão de efetivar o dever de proteção, sem descuidar que a tarefa do Poder Legislativo não se limita a positivar deveres estatais quando ocorrem violações aos

¹⁰ Para Leal e Maas (2020, p. 53): “O pilar dessa teoria deriva do fato de que é concebido que o Estado de Direito, em um aspecto meramente formal, não é suficiente para assegurar os direitos fundamentais – o que foi comprovado pela ditadura nazista. Nesse olhar, os direitos fundamentais passam a ser inseridos no início da Constituição (na Constituição Brasileira do artigo 5º ao 17), para justamente serem nortes às demais normas constitucionais e ordinárias, pressupondo uma vinculação também material das leis, com forte vinculação com o conteúdo dos direitos fundamentais”.

direitos fundamentais, mas deve também atuar de forma preventiva e eficaz no amparo desses direitos.

Acrescenta-se que o Estado está obrigado, por meio da mediação do legislador ordinário, e, no caso de omissão deste, o Poder Judiciário poderá ser acionado, além da própria Administração Pública, devendo adotar as medidas cabíveis a fim de garantir os bens e as atividades protegidas pelo catálogo dos direitos fundamentais em toda e qualquer relação estatal e não estatal (LEAL; MAAS, 2020).

Daí porque, entendem Leal e Maas (2020, p. 91) que pela “decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o dever de proteção gera um dever do Estado de criar as condições necessárias ao exercício e à fruição dos direitos fundamentais” e a Constituição impõe que estes “possuam um mínimo de garantias, na correlação de que ao dever de proteção tem-se a ‘proibição de insuficiência’ e aos direitos de defesa uma proibição de excesso.”

Desse modo, atestam Dimoulis e Martins (2020, p. 173) que os direitos fundamentais consagram limites, com a possibilidade de “cerceamento de condutas e situações que fazem parte da área de proteção do direito fundamental¹¹”, a depender da interpretação conferida, além da gramatical, também ao método sistemático; por exemplo, a locução contida no art. 5º, XII, apenas introduz uma reserva legal qualificada, não devendo ser entendida como a exclusão de uma situação da área de proteção. Por sua vez, no tocante à sua titularidade, “o constituinte pode retirar do recorte fenomenológico da realidade social no qual incide a norma constitucional as categorias de pessoas que, por seu soberano critério, não gozam da garantia constitucional do direito fundamental”.

Importante não perder de vista, entretanto, que a chamada eficácia de irradiação decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não pretende anular os direitos infraconstitucionais (civil, penal, administrativo), pois eles remanescem como ramos autônomos, mas influenciados pela Constituição, derivando desta perspectiva a eficácia vertical dos direitos fundamentais e a eficácia contra terceiros, incluídas as relações entre particulares no plano horizontal, irradiando a força da Constituição para todos os demais ramos, poderes e funções do Estado (LEAL; MAAS, 2020), a alcançar, por essa lógica, as atividades do Ministério Público, dado que o constituinte não se contentou em afirmar que se trata de instituição permanente, assentando também seu indispensável papel à função jurisdicional.

Com olhos no amplo catálogo dos direitos fundamentais, a partir da Constituição de 1988, a liberdade de expressão, nas palavras de Cambi e Porto

11 Lembram os autores (2020, p. 172) que a “Constituição Federal decide proteger somente determinadas reuniões, quais sejam, aquelas cujos participantes não portem armas e que possam ser caracterizadas como pacíficas [...] o constituinte recorta de todos os comportamentos e situações tematizados pela norma de direito fundamental somente aqueles que pretende proteger”.

(2020), tornou-se não apenas um dos princípios norteadores da Constituição Cidadã, como também um valioso direito fundamental, aspecto este que será escrutinado no tópico que segue.

3. A POSIÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

No contexto dos direitos fundamentais, interessa para o presente estudo a liberdade de expressão, sinônimo de manifestação do pensamento e de opinião, que ocupa posição de destaque no sistema jurídico brasileiro, considerando-se sua íntima relação com a noção de democracia, daí porque defende Farah (2021) que o Estado deve agir como um parceiro no sentido de preservar a qualidade e a integridade do debate público, não se portando como um inimigo da liberdade de se expressar.

Por sua vez, a Constituição brasileira, logo no seu artigo 5º, estabelece as liberdades de manifestação do pensamento, de consciência, de crença, expressão da atividade intelectual, artística e científica, o acesso à informação e o direito de resposta, deixando assentado, ainda, em seu artigo 220, que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, sendo “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL, Constituição 1988).

Não é por acaso que o tratamento privilegiado conferido à “liberdade de expressão no sistema jurídico brasileiro tem raízes no esforço de redemocratização conduzido pela Constituição de 1988, que assegurou o fim da censura política e artística praticada pelo regime militar então vigente”, sem dizer que o Brasil, pelo fato de ser signatário de diversos tratados internacionais (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americanas sobre Direitos Humanos), está comprometido com a proteção do direito não apenas da livre manifestação do pensamento, como da difusão das ideias, opiniões e sentimentos (ARAÚJO; PORFIRO, 2020, p. 45).

Na verdade, “os ares da redemocratização sopraram e a partir da década de 1980, o Brasil passou a se afinar com um sentimento democrático avesso ao autoritarismo” (FARAH, 2021, p. 8).

Para se compreender a extensão do conceito, é preciso dizer que se trata de um direito fundamental que assegura a livre manifestação do próprio pensamento, ideias e opiniões por meio da palavra, de escritos, imagens ou de quaisquer outros meios de difusão, além da comunicação e recebimento de informação sem impedimentos, restrições ou discriminações (SOARES; MANSUR, 2020).

Segundo Macedo Júnior (2020, p. 128), a controvérsia envolvendo a liberdade de expressão no Brasil tem ocupado cada vez mais os espaços públicos de debate e o autor se perturba com a opinião pública brasileira por identificar nela uma certa tendência de simpatizar-se “com regras mais restritivas que constituem uma ameaça à liberdade de expressão”.

Na percepção do autor (2020, p. 128), “a teoria e a prática americanas nos podem ser úteis”, citando exemplos do que considera como tendência de restrições e ameaças à liberdade de expressão e a forma como tem sido interpretado o tema da liberdade de expressão no Brasil, reportando-se à proibição do livro *Mein Kampf*¹² (*Minha Luta*), de Adolf Hitler, à proibição de outdoors com citações bíblicas durante a parada gay¹³, à marcha da maconha¹⁴, ao caso Levy Fidelix¹⁵ e ao caso Ellwanger¹⁶ (MACEDO JÚNIOR, 2020).

No entanto, aproveita-se a carona de Araújo e Porfiro (2020, p. 47) para dizer que todas as pessoas, indistintamente, são titulares do referido direito fundamental, de sorte que se mostra inviável a possibilidade jurídica de se “extinguir as liberdades comunicativas, em virtude do exercício de determinada profissão ou de uma qualidade pessoal”, na medida em que o livre intercâmbio de opiniões se afigura indispensável “para a formação de uma sociedade política livre e garantidora de direitos fundamentais”, daí porque “a liberdade de expressão ostenta nas democracias contemporâneas,

12 Por meio de ação cautelar nº 0030603-92.2016.8.19.0001, proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o Juízo de Direito da 33ª Vara Criminal da cidade do Rio de Janeiro decretou, em sede liminar, a proibição da venda e distribuição do livro de Adolf Hitler, com o título de *Mein Kampf* (*Minha Luta*), com fundamento no art. 20, da Lei nº 7.716/89 (Lei de Crime Racial), que tem a seguinte redação: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Na decisão o Juiz, como precedente, referiu-se ao HC 82424/RS (Caso Ellwanger) (RIO DE JANEIRO, TJRJ, 2016)

13 Em agosto de 2011, antes da realização da 7ª Parada Gay de Ribeirão Preto, um outdoor postado por uma igreja evangélica despertou atenção por mencionar frases bíblicas, com destaque para uma do livro Levítico: “Assim diz Deus: ‘Se também um homem se deitar com outro homem, como se fosse mulher, ambos praticaram coisa abominável...’”. Um Juiz local proibiu a igreja de publicar outdoors com tais conteúdos, por entender que seriam manifestações de natureza homofóbicas e o Tribunal paulista manteve a proibição (SÃO PAULO, TJSP, 2011).

14 Na ADPF 187/DF, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, o STF “julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, ‘de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos’” (BRASIL, STF, 2011).

15 Candidato do PRTB à presidência da República, em 2014, que participou de debates com outros candidatos na TV e acabou sendo condenado, na primeira instância, ao pagamento de R\$ 1.000.000,00 a título de indenização, por conta de discurso considerado homofóbico. No entanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença (SÃO PAULO, TJSP, 2017).

16 O STF, no julgamento do HC 82424/RS, conhecido como “Caso Siegfried Ellwanger”, que teve o Ministro Moreira Alves como relator, denegou a ordem, a saber: “HABEAS-CÓRPU. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA”. Sobre essa decisão do STF, Bentivegna (2020, p. 216) tece o seguinte comentário: “O Paciente, na qualidade de escritor e também de editor, teria editado textos próprios e de terceiros, de caráter revisionista e todos tendentes à negação ou diminuição da importância do holocausto judeu da 2ª guerra mundial. Defendiam tais textos, de certa forma, os nazistas e um deles chegava a taxar (sic) os judeus, numa certa passagem, de ‘os agentes inimigos da humanidade’. Ellwanger foi denunciado e condenado pelo crime previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei nº 8.081/90, que prevê: ‘Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos’” (BRASIL, STF, 2003).

uma posição preferencial”, como se extrai da Rcl. 38.782¹⁷ (rel. min. Gilmar Mendes, j. 3-11-2020, 2ª T, DJE de 24-2-2021) e ADI 4451/DF (rel. min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2018, Tribunal Pleno, DJE de 6-3-2019)¹⁸.

Contudo, embora possa induzir uma hierarquia axiológica¹⁹, quando comparada com os demais direitos fundamentais, segundo os autores citados, não significa “que seja um direito absoluto e incompatível com eventual restrição” (ARAÚJO; PORFIRO, 2020), na mesma linha de Alexy (2019, p. 118), para quem se afigura correta a fórmula desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal no sentido de que até os direitos fundamentais garantidos sem reserva podem sofrer restrição “a favor de direitos fundamentais colidentes de terceiros e de outros valores jurídicos que possuem nível constitucional.”

Nesse contexto, cabe o alerta de Silva (2010, p. 100) no sentido de que, quando estiver em jogo a “regulação do exercício da liberdade de expressão”, essa medida não poderá restringir “excessivamente o fluxo de informações e idéias”, de modo que tal concepção se coaduna e nada mais faz do que reproduzir a noção de “proibição de excesso”, como visto no tópico anterior.

Sem embargo, pondera Pizarro (1991, p. 31) que:

La libertad de expresión y, en particular, la de prensa no constituyen un altar en el que pueda inmolarse indebidamente la dignidad de las personas. El tantas veces denominado “cuarto poder” debe, al igual que los tres que reconoce formalmente la Constitución Nacional, someterse a um orden jurisdiccional, cuya observancia resulta imprescindible para una comunidad organizada.

17 Na Rcl 38.782, o Ministro Gilmar Mendes destacou que: “É notória a importância que a liberdade de expressão representa para o regime democrático. Trata-se de direito fundamental previsto pela Constituição 1988 ao qual se relacionam a livre manifestação de pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a livre expressão de consciência, a liberdade de comunicação e outras manifestações similares. Para assegurar esse amplo leque de liberdades, a liberdade de expressão tem como âmbito de proteção “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”, desde que não esteja em conflito com outro direito ou valor constitucionalmente protegido” (BRASIL, STF, 2020).

18 Nesta ADI 4451/DF, o Ministro Alexandre de Moraes deixou assentado que: “A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos ceceadores durante o período eleitoral. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional” (BRASIL, STF, 2018).

19 No entanto, defende Steinmetz (2001, p. 109) que “não há uma hierarquia entre as normas constitucionais e, em hipótese de conflito entre duas ou mais normas de direitos constitucionais de direitos fundamentais, a solução deverá preservar a unidade da Constituição [...] a decisão que der preferência a uma das normas terá de ser justificada, permitindo um controle racional intersubjetivo.”

Quando se reporta à liberdade de expressão, o modelo norte-americano dificilmente não será lembrado, por um lado, enquanto a tradição constitucional de matriz germânica também merece atenção especial, por outro, em razão, sobretudo, do caso *Lüth*. Destaca Sarmiento (2006) que a garantia da livre manifestação do pensamento está prevista na Constituição americana desde 1791, reflexo da sua Primeira Emenda. A propósito disso, narra Robert A. Sedler (2016) que era o princípio da neutralidade de conteúdo, que serviu de fundamento para a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade de leis estaduais e federais, que proibia a queima da bandeira americana, por exemplo.

O exercício do direito à liberdade de expressão, na visão de Sarmiento (2006, p. 57), passou a ser efetivamente protegido no contexto do sistema de justiça norte-americano somente após a 1ª Guerra Mundial e, na atualidade, se tornou o direito fundamental mais valorizado pela jurisprudência constitucional daquele país, até mesmo “ao custo de enfraquecimento na garantia de outros direitos contrapostos, como a privacidade, honra e também igualdade”, noticiando o autor (2006, p. 60) o caso de “uma passeata organizada pelo Partido-Nacional Socialista da América, de pessoas envergando uniforme militares nazistas e portando bandeiras com suásticas, no município de Skokie [...] com 70.000 habitantes, dos quais 40.000 eram judeus e 5.000 sobreviventes do Holocausto.”

As tentativas do município de Skokie para impedir a manifestação, segundo Sarmiento (2006), restaram frustradas e inclusive as normas editadas para obstar o evento foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte de Illinois, mediante o fundamento de violar a liberdade de expressão.

Reconhece Sedler (2016, p. 97) que a liberdade de expressão nos Estados Unidos recebe um elevado grau de proteção constitucional, a ponto de considerar que a “proteção conferida é talvez mais forte do que a conferida a qualquer outro direito individual sob a Constituição americana” de sorte que “o valor da liberdade de expressão, em geral, prevalece sobre outros valores democráticos, tais como igualdade, dignidade humana, privacidade”.

Menciona, ainda, o autor (2016, p. 97) que é “parte da nossa cultura que as pessoas sejam, ‘livres para falar o que pensam’”, de sorte que para “melhor ou pior, este é o modo americano” ou, como descreve Schauer (2016, p. 102), “a abordagem americana é mais naturalmente aplicada a partir de escolhas mais profundas da cultura constitucional do país.”

Explana Farah (2021, p. 13), socorrendo-se de Stuart Mill, acerca da natureza quase absoluta²⁰ conferida à “liberdade de expressão e de completa proteção do discurso político”, sob a compreensão de que “silenciar a

20 Sobre a ideia de liberdade, na doutrina de Stuart Mill, explica o autor (2021, p. 14), “era de tamanha relevância que, através da construção do princípio do dano, não seria legítima a interferência sobre o indivíduo ou a comunidade, sem a sua vontade a não ser que fosse para prevenir danos aos outros [...] a liberdade abrangeria o domínio interior da consciência, com a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de sentimento, e uma absoluta liberdade de opinião, em qualquer tipo de assunto”.

expressão é roubar a raça humana, a posterioridade e a geração existente”. Ademais, se “a opinião está errada, perde-se a oportunidade de trocar o erro pela verdade. Se está certa, perde-se a possibilidade de percepção e impressão da verdade, quando do choque com a opinião errada”.

No sistema constitucional alemão, a liberdade de expressão é considerada pela Lei Fundamental de Bonn (art. 5.1) como um dos mais importantes direitos fundamentais, segundo expõe Sarmento (2006), mas, ao contrário do modelo norte-americano, não se sobrepõe aos demais direitos, sendo a livre manifestação do pensamento objeto de ponderação em relação a outros bens jurídicos protegidos, como ocorre quando colidir, por exemplo, com os direitos da personalidade (art. 5.2 e art. 5.3). Evidencia o autor (2006) que, no Direito alemão, não é a liberdade de expressão o valor máximo da ordem jurídica, mas a dignidade da pessoa humana.

Esse argumento é reforçado por Schauer (2016, p. 105) ao asseverar que a Lei Fundamental germânica “permite explicitamente restrições de direitos fundamentais, desde que estabelecidas de forma explícita por uma lei de aplicação geral e que preserve a ‘essência’ do direito afetado”. Entretanto, é coerente aderir à posição de Farah (2021, p. 40), inspirado em Winfried Brugger, que admite e reconhece que a liberdade de expressão, de regra, não se trata de um direito prevalente no direito alemão, sendo, contudo, inegável que “ela possui o status de direito de especial importância devido às funções a que serve”.

Outro ponto importante do modelo alemão reside na possibilidade de o seu Tribunal Federal, com base no art. 9º da Lei Fundamental, decretar a “privação dos direitos fundamentais” para todo aquele que “abusar das liberdades constitucionais” (SARMENTO, 2006, p. 72).

Com efeito, o arquétipo jurídico brasileiro sobre a liberdade de expressão parece se identificar mais com o modelo alemão, bastando conferir a posição que vem sendo adotada pelo STF, não consagrando, “*prima facie*”, a primazia do direito à livre manifestação face aos demais direitos fundamentais, embora, ao longo do histórico de julgamentos, se possa perceber uma tendência de reconhecimento amplo dessa liberdade, de maneira que, na hipótese de colidência entre aquele e estes, a solução do caso concreto passará pela técnica do sopesamento (ALEXY, 2015).

Na percepção de Sarmento (2006, p. 105), o Brasil preferiu adotar o caminho:

que aceita as restrições à liberdade de expressão voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias estigmatizadas, parece-nos correto, tanto sob o ponto de vista jurídico como moral. Ele está em plena consonância com a normativa internacional sobre direitos humanos e com a jurisprudência constitucional da maioria das democracias liberais

modernas – os Estados Unidos, neste particular, é que representam a exceção.

Como premissa essencial, reforça Barroso (2020, p. 318) que os direitos fundamentais, nestes incluída a liberdade de expressão, não são absolutos, de sorte que o “seu exercício está sujeito a limites” e quando tais limites não emanam diretamente da Constituição, “são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional²¹”, sendo certo que o “tema da restrição aos direitos fundamentais é um dos mais ricos e complexos da moderna dogmática constitucional”.

Na compreensão de Sarlet (2004, p. 118), os direitos fundamentais admitem limitações, partindo da premissa de que “em princípio, inexistente direito absoluto, no sentido de uma total imunidade a qualquer espécie de restrição”, mas refuta qualquer possibilidade de a limitação “ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição.”

Bentivegna (2020) chama a atenção para o fato de que a liberdade de expressão, enquanto pilar do Estado Democrático de Direito, pode deter a primazia quando estiver em conflito com outros direitos da personalidade, contudo, o certo é que, havendo tensão entre direitos fundamentais, a ponderação acerca de qual deles irá prevalecer se resolve à luz do caso concreto, vale dizer, conforme Barroso (2020), a solução passará pela valoração de elementos do caso concreto com vistas à resposta que melhor atenda a vontade constitucional.

Nessa mesma esteira, explica Ávila (2016) que não são as normas jurídicas, aprioristicamente, que determinam a dimensão de peso, como se tal dimensão estivesse incorporada na estrutura de um tipo de norma a ponto de esta ser privilegiada em detrimento de outra, mas se trata de prerrogativa conferida ao julgador para aplicá-la diante do fato concreto.

Em palavras diferentes: “a dimensão de peso desse ou daquele elemento não está previamente decidida pela estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto”, como foi o caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. No início da década de cinquenta, Erich Lüth era o diretor do Clube da Imprensa de Hamburgo e conclamou todos os distribuidores de filmes cinematográficos, como também o público

21 A nota Barroso (2020, p. 318): “Como regra geral, colisões de direitos fundamentais devem ser resolvidas em concreto, e não em abstrato. A lei pode procurar oferecer parâmetros para a ponderação, mas dificilmente será válida se ela própria realizar, de modo absoluto, a ponderação, hierarquizando de maneira permanente os direitos em jogo e privando o juiz de proceder ao sopesamento à luz dos elementos do caso concreto. Por essa razão, o art. 20 do Código Civil, ao cercar drasticamente a liberdade de expressão em favor do direito de imagem, não resiste, em sua literalidade, ao teste de constitucionalidade, exigindo um difícil esforço de interpretação conforme a Constituição. V. Luis Roberto Barroso, Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação, in Temas de direito constitucional, 2005, t. III, p. 79 e s. Foi nesse sentido, aliás, a decisão do STF no julgamento da ADI 4.815, DJU, 29 jan. 2016, Rel. Min. Cármen Lúcia.”

em geral, a boicotar o filme “Amada Imortal”, lançado à época por Veit Harlan, antiga celebridade de filmes difusores das ideias nazistas.

Por conta disso, Harlan e parceiros comerciais desse novo filme ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 BGB, Código Civil alemão. O referido dispositivo dispõe que todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, está obrigado a uma prestação negativa sob cominação de pena pecuniária.

Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Lüth, com base no art. 5 I 1, da Lei Fundamental, sob a alegação de ter sido violado o seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, acionou o Tribunal Constitucional Federal (TCF), que acolheu a reclamação para revogar a decisão condenatória estadual, sendo a primeira vez que os direitos fundamentais passaram a ser considerados direitos públicos subjetivos de resistência dirigidos contra o Estado e na perspectiva de ordem axiológica objetiva.

Por essa decisão foram fixadas não apenas as bases da dogmática geral dos direitos fundamentais, como a própria dogmática da liberdade de expressão e os seus limites, bem ainda, o imperativo de se aplicar a ponderação no caso concreto (MARTINS, 2005).

Ao lado desse paradigmático caso do direito germânico, o sistema jurídico pátrio também contribui para a compreensão do tema versado no presente artigo com a Reclamação 22328 e a ADPF 496, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, ambos da relatoria do Ministro Roberto Barroso. A Reclamação foi ajuizada contra decisão judicial que determinara a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico da reclamante, mediante o fundamento de que a decisão reclamada afrontava o que decidido na ADPF 130, a qual proibiu a censura de publicações jornalísticas, bem como qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões, que se afigura medida de caráter excepcional, porquanto a liberdade de expressão desfruta de posição preferencial e traduz pré-condição para o exercício dos demais direitos e liberdades.

O STF julgou procedente a Reclamação e reconheceu que o eventual “uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização” e o comando para “a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico de meio de comunicação” violou essa orientação (BRASIL, STF, 2018).

Por sua vez, na ADPF 496, a questão girava em torno da recepção pela Constituição Federal do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato, e sua conformidade ou não com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental por entender que a

norma do artigo 331 do Código Penal versando sobre o crime de desacato “foi recepcionada pela Constituição de 1988”, em razão das seguintes premissas: a)- para a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do STF, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, em casos de grave abuso, a utilização do direito penal para a proteção de outros interesses e direitos relevantes é legítima; b)- a diversidade de regime jurídico existente entre agentes públicos e particulares é uma via de mão dupla, isto é, as consequências previstas para as condutas típicas são diversas não somente quando os agentes públicos são autores dos delitos, mas, de igual modo, quando deles são vítimas; c)- a criminalização do desacato não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida; d)- os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, deles se exige maior tolerância à reprovação e à insatisfação, limitando-se o crime de desacato a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública (BRASIL, STF, 2020).

Nesse contexto, a análise dos dois julgados pelo STF revelou que, enquanto na Reclamação 22328 a livre manifestação do pensamento prevaleceu pelo fato de desfrutar de posição preferencial no sistema jurídico pátrio, na ADPF 496, ao reverso, foi preterida, sob o fundamento de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto.

CONCLUSÃO

A teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não apenas se projeta nas relações do Estado com o indivíduo, como também nas relações de direito privado, sem descurar, ainda, que os seus efeitos irradiam e repercutem em todos os ramos do direito, de forma que as autoridades estatais, quando tiverem que interpretar e aplicar as normas constitucionais ou infraconstitucionais, deverão se orientar pelos direitos fundamentais e, nesta lógica, encontra-se inserida a livre manifestação do pensamento.

A liberdade de expressão é encarada como um dos pilares do modelo constitucional brasileiro, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, e usufrui de posição preferencial no sistema jurídico pátrio, mas não detém a supremacia, enquanto a dignidade da pessoa humana é reconhecida como o valor máximo da ordem jurídica, podendo estar associada a direitos que se contrapõem à liberdade de manifestação do pensamento, como a privacidade, a imagem, a honra, etc.

Na hipótese de haver tensão ou colisão entre a liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais, podendo caracterizar conflito entre normas constitucionais, caberá ao intérprete, diante do caso concreto, aplicar o princípio da proporcionalidade, mediante a técnica do sopesamento, assim como ao legislador e ao operador jurídico, para encontrar a solução

que ao mesmo tempo traduza a vontade, como também preserve a unidade da Constituição, resguardando, assim, a sua força normativa, até para que os direitos fundamentais não se tornem ou voltem a ser meras declarações políticas.

Inexistindo hierarquia ou prevalência “*prima facie*” entre as normas de direitos fundamentais, então somente diante do caso concreto é que será possível definir o direito que deverá prevalecer e, em razão disso, receber a proteção estatal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. Teoria Discursiva do Direito. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ARAÚJO; Valter Shuenquener de; PORFIRO, Camila de Almeida. O Ministério Público e a liberdade de expressão dos seus membros. Revista do CNMP, Brasília, v. 8, p. 41-74, 2020.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2020.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Liberdade de Expressão, Honra, Imagem e Privacidade - Os limites entre o lícito e o ilícito. Barueri: Manole, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Melo. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496 (0012916-84.2017.1.00.0000). Requerente:

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Intimado: Presidência da República; Relator: Ministro Roberto Barroso. Acompanhamento Processual, Brasília, DF, 30 out. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424 – Rio Grande do Sul. Ementa: Habeas-Corpus. Publicação de Livros: Anti-Semitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem Denegada. Relator Min. Moreira Alves, redator para Acórdão Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 907. ADI 4451/DF, rel. min. Alexandre de Moraes, julgamento em 20 e 21.6.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Reclamação 22328/RJ. Direito Constitucional. Agravo regimental em reclamação. Liberdade de expressão. Decisão judicial que determinou a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico. Afronta ao julgado na ADPF 130. Procedência. Recorrente: ABRIL Comunicações S/A. Recorrido: 7ª Vara Cível do Foro Central da Comarca do Rio de Janeiro. Relator: Min. Roberto Barroso, 6 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14784997>. Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 38.782. Rio de Janeiro. RCL 38782. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 03 de novembro de 2020. p. 29. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>. Acesso em 22 jun. 2021.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; PORTO, Letícia de Andrade. A descriminalização do desacato em face da proteção da liberdade de expressão. Revista do CNMP, Brasília, v. 8, p. 351-384, 2020.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FARAH, André. Liberdade de expressão e remoção de conteúdo da internet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

FIGUEIREDO, Ivanilda. Políticas Públicas e a Realização dos Direitos Sociais. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. “Dever de proteção”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; KOHLS, Cleize Carnelinda. Direitos fundamentais e o dever de proteção: uma análise pautada no sistema constitucional e na decisão do caso *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil* na corte interamericana de direitos humanos. *EJLL*, Joaçaba, v. 19, n.1, p. 149-166, jan./abr. 2018.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Liberdade de Expressão: que noções podemos aprender com a experiência americana. In: FARIA, José Eduardo (Org). *A liberdade de expressão e as novas mídias*. São Paulo: Perspectiva, 2020. p. 127-167.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf. Acesso em: 05 mai. 2021.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación: daños por noticias inexactas o agraviantes*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação Cautelar n. 0030603-92.2016.8.19.0001. 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Autor: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Réu: Centauro Editora e Distribuidora de Livros ME. Julgamento em 02/02/2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0045315-08.2011.8.26.0506. Relator: Des. Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto – 6ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 10/12/2015; Data de Registro: 17/12/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação de Indenização n. 1098711-29.2014.8.26.0100. Relator: Des. Natan Zelinski de Arruda. 18ª Vara Cível de São Paulo e 4ª Câmara de Direito Privado. Autor: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Réu: José Levy Fidelix da Cruz. Julgamento em: 27/07/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. Revista de Direito do Estado (RDE), Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, p. 53-105, out./dez. 2006.

SCHAUER, Frederick. Liberdade de expressão em decisões na Europa e nos Estados Unidos: um estudo de caso na arquitetura constitucional comparada. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). Liberdade de Expressão no Século XXI. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 99-122.

SEDLER, Robert A. Um ensaio sobre a liberdade de expressão: os Estados Unidos versus o resto do mundo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). Liberdade de Expressão no Século XXI. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 87-98.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Felipe Ramos Ribas; MANSUR, Rafael. A tese da posição preferencial da liberdade de expressão frente aos direitos da personalidade: análise crítica à luz da legalidade constitucional. In: SCHREIBER, Anderson et al (Coord). Direito e Mídia – Tecnologia e Liberdade de Expressão. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 29-53.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.