

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

Enzo Miolaro

LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

São Paulo

2023



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Enzo Miolaro

LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Maria Garcia.

São Paulo

2023

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Miolaro, Enzo
Limites Constitucionais da Liberdade de Expressão
/ Enzo Miolaro. -- São Paulo: [s.n.], 2023.
57p. ; 15 cm.

Orientador: Maria Garcia.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) --
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Graduação em Direito, 2023.

1. Direito Constitucional. 2. Direitos
fundamentais. 3. Liberdade de expressão. 4. Fake
news e discurso de ódio. I. Garcia, Maria. II.
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Trabalho de Conclusão de Curso para Graduação em
Direito. III. Título.

CDD

Ao meus pais Adriana e Norberto por me ensinarem a amar e ter fé no que posso ser.

AGRADECIMENTOS

Em todas as conquistas da minha vida, inclusive este estudo, fui assistido por pessoas extraordinárias. A caminhada que percorri nos últimos 5 anos de graduação me mostrou, mais do que nunca, que não é possível ser feliz sozinho, senão o grande êxito da nossa existência está em compartilhar as vitórias com quem amamos.

Sou feliz e grato pela benção que minha família representa, sendo fonte de inspiração, suporte e, principalmente, amor. Esse último, dentre todas as coisas, é o alicerce de qualquer triunfo, pois com ele não há adversidade que não possa ser enfrentada.

Agradeço aos meus pais, Adriana e Norberto, por me ensinarem esses valores e por sempre me incentivarem, exigindo o melhor de mim em todas as oportunidades. A fé que temos uns nos outros é recíproca e a base do nosso sentimento. Ainda, agradeço aos meus padrinhos, avós, tios, primos e parentes que, mesmo sem vínculo sanguíneo, ocupam o lugar mais carinhoso no meu coração.

Agradeço à minha companheira de vida, Beatriz Lourenço Jacob, quem me incentiva a ser uma pessoa melhor todos os dias. Nosso carinho e dedicação um pelo outro fizeram com que nossas famílias se tornassem a mesma, construindo um vínculo de amor e confiança que me guia. A forma com que essa minha nova parte da família me acolheu no último ano da graduação fez com que esse sonho fosse possível, terei esse cuidado e carinho sempre guardado no meu coração.

Aos meus colegas de faculdade, “Só Tapa”, dedico meu agradecimento por cada seminário, prova e momentos inesquecíveis. Vocês foram a alegria das minhas manhãs e a companhia de madrugadas intermináveis de trabalho.

Aos meus amigos de infância, dos quais me aproximei ainda mais no difícil momento de pandemia, agradeço por me darem o suporte necessário para seguir em frente. São meus maiores confidentes e minhas melhores risadas, a vida sempre será mais leve com vocês. Dedico ainda meu mais sincero agradecimento as famílias de Fernando e Gustavo, por me acolherem como um filho durante toda a vida.

Agradeço à Bateria 22 por me fazer ainda mais apaixonado pela música e pela arquibancada. As amizades que fiz e as aventuras que vivi foram um importante aprendizado

sobre companheirismo, me ensinando que a vida tem que ser, ao mesmo tempo que vivida com emoção, leve e doce como o samba.

Agradeço à minha orientadora, Professora Maria Garcia, assim como os demais professores que participaram da minha graduação. A sala de aula é transformadora quando somos guiados por pessoas apaixonadas e, pelo meu caminho, não faltaram aqueles que me ensinassem a amar o Direito.

Dedico, por fim, todos os meus esforços à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo ou, como prefiro chamar, a Gloriosa Pontifícia. Seus corredores exalam a democracia, seus professores respiram a história e seus alunos brilham como seus ideais, nunca se apagarão. Sou com orgulho “filho da PUC” e juro defender sua luta pelo Estado Democrático de Direito hoje e sempre.

Toda era tem o seu próprio fascismo.

– Primo Levi

RESUMO

MIOLARO, Enzo. **Limites constitucionais da liberdade de expressão.**

O presente trabalho apresenta uma análise constitucional sobre as limitações aplicáveis à liberdade de expressão. Para tanto, foi necessário, preliminarmente, compreender o que são princípios, sob a ótica da Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como qual a sua extensão. Observando seu caráter não absolutório, buscou-se compreender os fundamentos do sopesamento de princípios, isto é, como estes se relacionam diante de eventual conflito. Compreendido no âmbito mais amplo, delimitou-se o estudo novamente às especificidades da liberdade de expressão, observando limites que o Texto de 88 teria estabelecido especificamente para este elemento fundamental do Estado Democrático de Direito. Enfim, dissertado sobre o conceito e extensões da liberdade de expressão, foram apresentados casos reais da recente ascensão de usos inconstitucionais desse direito, como forma de ilustrar práticas inadequadas desse princípio de liberdade, em que se utiliza este para cercear outros direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direitos Fundamentais; Liberdade de Expressão; *Fake News*; Discurso de ódio

ABSTRACT

MIOLARO, Enzo. **Limites constitucionais da liberdade de expressão.**

This paper presents a constitutional analysis of the limitations applicable to freedom of expression. To do so, it was necessary, first of all, to understand what principles are, from the perspective of the Brazilian Federal Constitution of 1988, as well as their extension. Observing their non-absolute character, this research tried to understand the fundamentals of principle weighing, in other words, how they relate to each other in case of conflict. Once the broader scope was understood, the study was again delimited to the specificities of freedom of speech, observing the limits that the Text of 1988 established specifically for this fundamental element of the Democratic State of Law. Finally, after disserting on the concept and extensions of freedom of expression, it was presented real examples of the recent rise of unconstitutional uses of this right, as a way to illustrate inadequate practices of this principle of freedom, in which it is used to curtail other fundamental rights.

Keywords: Constitutional Law; Fundamental Rights; Freedom of Expression; Fake News; Hate Speech

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. PRINCÍPIOS E SUAS EXTENSÕES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	13
1.1. Conceituação de princípio.....	13
1.2. Noções sobre o caráter não absolutório dos princípios constitucionais.....	16
1.3. Sopesamento de princípios.....	12
2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL	22
2.1. Conceito de liberdade de expressão	22
2.2. Conexão com o Estado Democrático de Direito	24
2.3. Limites constitucionais da liberdade de expressão	27
3. DOS ATOS DITOS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS.....	41
3.1. Breve contextualização e definição de <i>fake news</i>	41
3.2. O discurso de ódio.....	45
3.3. Indevido uso da liberdade de expressão para prática do discurso de ódio e disseminação sistemática de <i>fake news</i>	48
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

O tema deste estudo, essencialmente, foi inspirado pelo insistente argumento de que a liberdade de expressão é uma carta branca para tudo que se defenda, bem como se expresse simpatia, por qualquer ideologia, ideia ou atitude, isto é, parte do contexto atual da sociedade brasileira, em que grupos têm utilizado a liberdade de expressão como escudo para defender atos que, na verdade, são ilegais.

Ademais, não apenas a liberdade de expressão serviu como proteção convencional, senão foi assistido pelos brasileiros, bem como por outras grandes democracias ocidentais, uma sistematização do discurso de ódio e outras formas incompatíveis com este direito fundamental, utilizando-o de forma recorrente para não serem limitados.

Sob a luz desse cenário, esta monografia pretende demonstrar o limite constitucional da liberdade de expressão diante de diversos exemplos nacionais e internacionais, como o discurso de ódio, a sistematização das *fake news* e demais retóricas que, seja pela inveracidade, ou por estarem atrelados a ideologias fascistas, racistas ou preconceituosas, não merecem estar cobertas pelo manto da liberdade de expressão.

Em termos práticos, este trabalho pretende organizar esse raciocínio abordando, primeiramente, a constitucionalidade da liberdade de expressão, ou seja, uma análise breve de sua origem histórica e aparição na Constituição de 1988. Na sequência, será necessário delimitar a liberdade de expressão como princípio constitucional e, conseqüentemente, compreender que mesmo assim, não se trata de liberdade absoluta, ou seja, até mesmo os princípios constitucionais estão sujeitos a serem sopesados, uns pelos outros.

Explicado o sopesamento de princípios, acredita-se que seja relevante, antes de apresentar as situações fáticas sugeridas, demonstrar não os limites da liberdade de expressão, mas suas maiores extensões. Em outras palavras, acredita-se que para demonstrar o limite, é necessário verificar que a liberdade de expressão pode, e deve, ser ampla para o devido funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Por fim, justamente compreendendo que liberdade de expressão e Estado de Direito coexistem, é necessário evidenciar que sua convivência deve ser harmônica, vez que um deve servir em função do outro. Portanto, os exemplos a serem apresentados devem ser julgados sob

um olhar republicano e democrático, que compreenda a essencialidade da pluralidade de ideias, porém que para esta ser mantida, ou discursos que visem destruir outros devem ser coibidos.

No mais, a apresentação de casos reais que até mesmo ameaçam fazer ruir democracias, ainda que interessantes, não devem ser a principal tarefa deste trabalho, senão ilustrações de uma sólida construção de raciocínio teórico sobre a liberdade de expressão e sua presença no Estado Democrático de Direito.

1. PRINCÍPIOS E SUAS EXTENSÕES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O primeiro tópico desta dissertação visa estabelecer fundamentos básicos para a análise da temática, sendo necessário compreender que a liberdade de expressão é um direito fundamental que, por sua vez, possui caráter de princípio constitucional. Partindo desta primeira premissa, que ainda será destrinchada, deve-se compreender o que são princípios e como estes se relacionam no Direito Pátrio; afinal, sem compreender o que é a liberdade de expressão para o ordenamento que serve de campo de estudo desta pesquisa, seria estabelecer delimitar seus limites, não apenas diante de outros princípios, senão ante seu próprio conceito.

Dessa forma, este Capítulo dedica-se à tarefa de conceituar o termo princípio, abrangendo sua relação de essencialidade no ordenamento jurídico. Para tanto, será demonstrado que os princípios possuem caráter primordial em todo e qualquer sistema que se busca entender, sendo necessário, contudo, não apenas observar sua máxima extensão, porquanto seus limites inevitáveis.

1.1. Conceituação de princípio

Antes de iniciar propriamente a conceituação de princípios, é necessário retomar a premissa basilar deste trabalho, demonstrando que a liberdade de expressão, como direito fundamental, possui caráter de princípio e, tão logo, se comportará como tal quando colidir com os demais princípios da Constituição de 1988. Para tanto, tem-se como valiosa referência a doutrina de Robert Alexy, obra que indica a essencialidade de distinguir regras e princípios para compreender a teoria dos direitos fundamentais.¹

Seguindo este raciocínio, os ensinamentos do autor demonstram que ambos, regras e princípios, são essencialmente normas, isto é, podem ser identificados como “expressões deônticas básicas do dever”, o que significa que o conceito de norma não os diferencia, senão estes são diferentes espécies de um gênero.² Se pertencem, portanto, ao gênero das normas, quando submetidos a critérios, como a generalidade ou o fato de serem razões para regras ou propriamente regras, tem-se mais nítida suas diferenciações.

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

² Idem. Páginas 86 e 87.

Cabe aqui destacar que, mesmo utilizando os critérios mencionados, o autor afirma que existe mais de uma maneira de identificar a sua aplicabilidade, ou seja, a diferenciação, até então, não é exata. Entretanto, esta pesquisa optou por utilizar a tese dada como correta por Robert Alexy, afirmando que princípios são “mandamentos de otimização”, ou seja, são normas que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, pressupondo, nesse caso, uma diferenciação gradual e qualitativa entre princípios e regras. As regras, por outro lado, são limitadas ao que é determinado no “âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”, ou seja, se estendem apenas ao que determinam. Este critério demonstra a questão qualitativa entre ambos, finalmente diferenciando os conceitos.³

Compreendida a separação, é possível caminhar em direção a outras conceituações de princípio, visto que será essencial compreender o que este representa para sanar suas hipóteses de colisão. Nesse sentido, tem-se, nos termos estabelecidos por Carlos Ari Sunfeld, que “A enunciação dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade equivalente: ajudar no ato de conhecimento”.⁴

Nesse caso, trata-se do conhecimento do sistema em que vivemos, ou seja, o ordenamento jurídico nacional. Para compreender a sistemática do Direito no Brasil, assim como em qualquer outro Estado, é primordial compreender o que são e quais são os princípios que o norteiam, especialmente diante de uma problemática que, essencialmente, tratará sobre o conflito de princípios constitucionais.

Sob essa ótica, entende-se que princípios, em sentido amplo, “(...) são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. (...)”.⁵ Desta forma, no Direito, assim como nas demais ciências, os princípios possuem o papel de constituir um alicerce, sob o qual o raciocínio se debruça, sendo, portanto, não apenas um norteador da lógica, mais sua própria base de existência dentro do sistema.

Doravante, aprofundando sobre a relevância do conhecimento dos princípios, tem-se como fundamental destacar que o profissional do Direito possui uma responsabilidade além da

³ Idem. Páginas 90 e 91.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª edição, 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. Página 143.

⁵ Idem. Página 143.

ciência da mera existência destes, porquanto “O jurista não se debruça sobre o direito com fins lúdicos, mas essencialmente práticos”⁶. Em outras palavras, verifica-se que o objeto de estudo deste Capítulo não se resume em simples ideias que norteiam um sistema, sendo também verdadeiras normas jurídicas, devendo ser assim analisadas.

Retomando, por fim, ao caráter de princípio dos direitos fundamentais tem-se, mais uma vez, como valioso ensinamento de Robert Alexy o duplo caráter das normas de direito fundamental, isto é, “O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios(...)”.⁷ Ainda, o autor estabelece uma condicionante para que este caráter bipartite exista, esta vinculação de ambos os níveis, das regras e dos princípios, surge quando “(...) na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípio, que, por isso, está sujeita a sopesamentos.”⁸

Nesse ponto, ainda se demonstrará, em momento oportuno deste estudo, que a liberdade de expressão, como direito fundamental positivado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus artigos 220 e seguintes, possui formulação nesta Lei Maior de cláusula restritiva com a estrutura de princípio. No entanto, a fim de estender a base teórica primordial desta dissertação, será observado o exemplo fornecido pelo autor sobre a liberdade artística, sendo esta ilustração para o objetivo mencionado:

(1) A arte é livre.

É possível supor, da mesma forma que faz o Tribunal Constitucional Federal, que “o art. 5º, § 3º, 1, da Constituição alemã (...) garante a Liberdade de ação no âmbito artístico de forma ampla”. Isso significa, dentre outras coisas, que qualquer intervenção em uma atividade que se inclua no âmbito artístico é *prima facie* proibida. Nesse sentido, vale o seguinte:

(2) São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico.

Se isso fosse compreendido como uma regra completa, estar-se-ia diante de um direito irrestringível, o que não pode ser correto, diante da existência de casos nos quais princípios colidentes têm preferência sobre o princípio da Liberdade artística. É necessário, portanto, que seja incluída uma cláusula de restrição que dê vazão a essa realidade. Caso se construa uma tal cláusula com base na fórmula desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal no vol. 28 de seu repertório de jurisprudência, ter-se-ia uma norma com a seguinte forma:

⁶ Idem. Página 145.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2008. Página 141.

⁸ Idem. Página 141.

(3) São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico **se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que tenham hierarquia constitucional** (que podem se referir a direitos fundamentais de terceiros ou a interesses coletivos), os quais, devido às circunstâncias do caso, têm primazia em face do princípio da Liberdade artística.⁹ (Grifamos)

Sob a ótica da interpretação destes elementos do constitucionalismo alemão, é possível observar onde habita o caráter principiológico das normas de direito fundamental, em sua necessária limitação ao que se determina em uma regra. Conforme exposto, as regras se diferenciam dos princípios não pelo fato de serem normas, visto que ambos o são, senão por seu caráter qualitativo. Pois bem, seguindo este raciocínio, caso a máxima “são proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico” fosse interpretada sem o caráter de princípio, imaginar-se-ia uma barreira intransponível para qualquer limitação deste direito.

Conforme o próprio autor destaca, é a necessidade do sopesamento que faz, portanto, que os direitos fundamentais sejam dotados deste caráter duplo, isto é, trata-se de observar uma elementar primordial no cerne dos princípios, seu caráter não absolutório, o qual será objetivo do próximo tópico.

1.2. Noções sobre o caráter não absolutório dos princípios constitucionais

Preliminarmente, antes de cogitar sobre o caráter não absolutório, vale observar o inverso, isto é, se existem princípios absolutos e, especialmente, se tal fenômeno é compatível com um ordenamento jurídico que preze por direitos fundamentais. Diante deste hipotético cenário da existência dos princípios absolutos, estes seriam dotados de tal força que, diante dos demais, não haveriam de ceder em qualquer cenário, ou seja, estariam além da possibilidade de sopesamento em razão de outros direitos fundamentais, constituindo uma espécie de pilar irredutível no ordenamento.

Ainda que, teoricamente, essa ideia seja relativamente fácil de ser imaginada, isto é, não causa grande estranheza afirmar que princípios como a liberdade e a dignidade humana são absolutos, a teoria de Robert Alexy¹⁰, mais uma vez, demonstra que devem ser consideradas algumas premissas fundamentais que desconstituem esta visão simplista.

⁹ Idem. Páginas 141 e 142.

¹⁰ Idem. Páginas 111 a 114.

Na verdade, o próprio autor destaca que não é complexo argumentar contra a existência do caráter absolutório dos princípios, visto que, conforme o exemplo:

Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todo os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, **ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.**¹¹ (Grifamos)

É evidente que, conforme destacado anteriormente, existem dispositivos que demonstram a aparência absoluta dos princípios, contudo, a própria existência de outros princípios é a inevitável barreira para tanto, observando-se o devido sopesamento. No Direito pátrio, tem-se no artigo 5º da Constituição Federal a afirmação da “(...) inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”, contudo, não se pode afirmar que algum destes direitos, alguns denominados até mesmo como princípios, é absoluto.

É inegável que a liberdade e a segurança pública, por exemplo, vivem em constante colisão, uma vez que a pena privativa de liberdade é uma das formas legais de estabelecer com que a segurança seja garantida, assim como a propriedade privada é limitada por sua necessária função social, estabelecida no inciso XXIII, desse mesmo artigo 5º.

Nesse sentido, são inúmeras as evidências do caráter não absoluto dos princípios e, ademais, dos direitos fundamentais garantidos pela Carta de 88. Sobre isso disserta o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes:

Pode-se ouvir, ainda, que os direitos fundamentais são absolutos, no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição. Tal ideia tem premissa no pressuposto jusnaturalista de que o Estado existe para proteger direitos naturais, como a vida, a liberdade e a propriedade, que, de outro modo, estariam ameaçados. Se é assim, todo poder aparece limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal ou social teria como prevalecer sobre eles. Os direitos fundamentais gozariam de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo.

Essa assertiva esbarra em dificuldades para ser aceita. Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. Prieto Sanchis notícia que a afirmação de que “não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos”.

¹¹ Idem. Página 111.

Igualmente no âmbito internacional, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações “que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros”.

A leitura da Constituição brasileira mostra que essas limitações são, às vezes, expressamente previstas no Texto.

Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.

Não há, portanto, em princípio, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los.¹² (Grifamos)

Por fim, cabe destacar que, se todos os princípios e direitos fundamentais supramencionados não possuem o caráter absoluto, este estudo demonstrará que tampouco a liberdade de expressão é dotada de tal capacidade. Nada obstante, a própria Constituição Federal, em termos sóbrios e sábios, destaca mais de uma vez que a manifestação do pensamento e outras formas de expressão devem respeitar não apenas o disposto na Lei Maior, senão em seu artigo 220, §1º, denomina os incisos IV, V, X, XIII e XIV como barreiras essenciais.

Assim, antes de compreender propriamente como esses dispositivos servem como uma limitação necessária para que esse direito fundamental atenda a sua primordial função democrática, é necessário compreender sobre a teoria do sopesamento de princípios.

1.3. Sopesamento de princípios

Em primeiro plano, tem-se que a teoria sopesamento surge sobre a hipótese de uma colisão, isto é, quando a aplicação de dois princípios ou direitos fundamentais se chocam em uma determinada situação. Nesse caso, é necessário compreender, mais uma vez, que os diferentes tipos normativos possuem soluções distintas para esta temática, pois enquanto os conflitos entre regras são solucionados, por exemplo, por meio de cláusula de exceção que elimine uma delas, isto é, suprimindo uma para a existência da outra, as relações de concorrência principiológica são desdobradas por outras vias.

Considerando que princípios não se invalidam entre si como as regras, é fundamental destacar que a resposta para sua colisão está na observação da dimensão do peso atribuído a

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

cada um deles. Em outras palavras, os conflitos entre princípios se dissolvem mediante ao estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os preceitos indispostos, com base na situação fática que se dá presente.¹³

O processo descrito define condições sob as quais um princípio possui precedência sobre outro e, para tal, é fundamental observar a relevância das circunstâncias as quais determinaram a violação do princípio. Ou seja, existe enraizada aqui uma visão essencialmente fática de cada situação exposta ao conflito a fim de proporcionar o melhor resultado possível mediante ao peso referente aos princípios concorrentes. É necessário, conseqüentemente, notar que inexistente relação de absoluta precedência, bem como as referências às ações não são quantificáveis, senão passíveis de análise pontual em cada situação.

Em suma, o autor faz uma última observação a respeito da resolução de conflitos entre princípios, dessa vez abordando a estrita relação entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Abordando de forma resumida, pode-se dizer que os princípios, em sua própria natureza, são munidos das máximas da necessidade e da adequação, que por sua vez regem o processo de concorrência entre princípios. A essência está em compreender que mesmo estando em oposição, é fundamental buscar por medidas que tendam a minimizar danos relevantes a ambos os princípios, isto é, é de suma importância verificar todas as possibilidades da aplicação para garantir a efetiva redução das limitações dentro do mesmo quadro de otimização dos benefícios.¹⁴

Em adição aos valores mencionados, cabe ressaltar que a ideia do sopesamento, ainda que não se enquadre como um modelo de controle por normas específicas, ou seja, possui certo grau de subjetivismo atribuído ao Poder Judiciário, não se trata de um modelo irracional, senão que a relação de precedências condicionadas possui sentido lógico.¹⁵

Para demonstrar tal caráter, Robert Alexy trabalha com o conceito de “lei do sopesamento”, que pode ser ilustrada pelos seguintes termos: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Em outras palavras, “Segundo a lei de sopesamento, a medida permitida de não-

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2008. Página 92.

¹⁴ Idem. Páginas 85 a 120.

¹⁵ Idem. Páginas 163 e 164

satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro”.¹⁶

Para visualizar de forma mais didática, é válido observar, em termos similares aos que o autor apresenta¹⁷, um exemplo de conflito entre a liberdade de expressão e a segurança nacional. Nesse caso, supondo que um determinado sujeito fizesse declarações sistemáticas em prol de instaurar uma revolução armada no país, é evidente que a segurança nacional, nessa determinada hipótese, estaria sendo colocada em xeque pelo abuso do direito fundamental à liberdade de expressão.

Pois bem, é de se compreender que, observando o sopesamento, não se pode eliminar por completo a liberdade da pessoa responsável por estas declarações, isto é, impedi-la de se manifestar de qualquer forma e sobre qualquer tema, afinal, tal ação presumiria que a segurança nacional é um princípio absoluto e estes já foram criticados anteriormente. Ademais, suprimir qualquer manifestação deste sujeito tampouco seria eficaz para a segurança da nação, visto que temas além desta hipotética proposta de revolução seriam desinteressantes para garanti-la.

Nesse sentido, entende-se que a liberdade de expressão não será completamente eliminada, mas o grau de afetação desta na segurança nacional será sopesado pela sua satisfação. Em outras palavras, aquela exerce com plenitude suas garantias até que esbarre nos pressupostos desta, considerando sempre sua devida proporcionalidade. Reitera estes termos a seguinte afirmação do autor:

(...) De acordo com este modelo, o pensamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionais, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde a uma regra de decisão diferenciada. Do próprio conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo-ou-nada, mas uma tarefa de otimização. Nesse sentido, o modelo de sopesamento aqui defendido é equivalente ao assim chamado princípio da concordância prática. (...)¹⁸

Por fim, vale reafirmar que a lei do sopesamento, conforme proposta, de fato, não fornece uma fórmula absoluta e inequívoca para a solução de conflitos entre princípios, sendo evidentemente um critério de argumentação que deve ser utilizado no campo jurídico. Isto significa que não se trata de uma ciência exata, sendo complexa e distante do exemplo extremo fornecido. Contudo, são estes parâmetros de proporcionalidade que permitem uma análise de

¹⁶ Idem. Página 167

¹⁷ Idem. Páginas 166 a 176.

¹⁸ Idem. Página 173.

casos reais pelo Poder Judiciário, afinal, sequer seria possível estabelecer uma regra de colisão inflexível e perfeita que solucionasse todas as demandas da vida em sociedade.

Por fim, torna-se evidente que os limites constitucionais da liberdade de expressão nem sempre serão previsíveis como se estabelecidos por regra, pelo contrário, é indispensável uma análise fática de toda situação que chegue ao Judiciário. Entretanto, existem balizas estabelecidas pelos Poderes Constituinte Originário e Derivado que norteiam o sopesamento em face de outros direitos fundamentais estabelecidos pela Carta de 88, os quais devem ser observados na sequência.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Conforme demonstrado, a liberdade de expressão, diante do ordenamento jurídico nacional, está firmada como um direito fundamental, visto que esta categoria, por sua vez, possui caráter principiológico. Em outras palavras, ainda que esteja sendo aqui exposto acerca de um direito, este será tratado como princípio em virtude do necessário sopesamento ao existir conflito com outros direitos fundamentais.

Retomado esse pressuposto, faz-se necessário caminhar em direção a um conceito de liberdade de expressão que atenda a este estudo, pois, ainda que a Lei Maior apresente elementos que construam sua existência, o legislador originário não utilizou o termo exato “liberdade de expressão” em suas tratativas, e tampouco teria, portanto, traçado seu conceito.

Nada obstante, é fundamental destacar que, mesmo sem apresentar esse conceito, o Poder Constituinte Originário, ao formular a Constituição Cidadã, tratou de destacar o papel fundamental desse direito para a plena existência do Estado Democrático de Direito, bem como traçou seus limites justamente com este mesmo interesse. Nesse caso, entende-se que a ausência de um conceito não prejudica o que fora objeto da Constituinte, senão será apresentada aquele que atenda aos fins didáticos deste estudo.

2.1. Conceito de liberdade de expressão

Com o objetivo de delimitar um conceito que atenda aos próximos tópicos, é crucial debruçar-se sobre bibliografia mais especializada na temática, sendo que, para tanto, foi consultada a obra de Carlos Frederico Barbosa Bentivegna, quem tratou sobre a liberdade de expressão dentro dos seguintes parâmetros:

Cumpra aqui, em primeiro lugar, fazer um corte epistemológico de forma a deixar claro o objeto de nosso estudo no presente trabalho. **Sempre que mencionamos, a partir do título, e sempre que mencionarmos adiante Liberdade de Expressão, o fazemos no sentido lato (lato sensu), que compreende, de forma ampla, a liberdade de manifestação do pensamento e da opinião (aí incluídas as produções do espírito, quer de natureza científica, literária, artística etc.), bem como a liberdade de informação.** Esta última, a liberdade de informação, no dizer do grande constitucionalista português Jorge Miranda também comporta suas subdivisões: “...são três momentos ou atitudes diferentes: o direito de informar corresponde a uma atitude ativa; o de se informar a uma atitude simultaneamente ativa e passiva (obter informação para si próprio); e o de ser informado, a uma atitude passiva ou receptiva (obter informação de outrem)”.

É importante tal advertência porque **há nuances entre as diferentes modalidades da Liberdade de Expressão lato sensu.** Por exemplo, para invocar a proteção da liberdade de informação o autor da afirmação que colida com direito

alheio deve provar a verossimilhança da informação veiculada – não a verdade absoluta, que é inatingível –, algo que não se exige, em absoluto de quem invoca sua liberdade de expressão por ter emitido um juízo de valor sobre alguém através de manifestação artística, por exemplo.¹⁹ (Grifamos)

Nos termos apresentados pelo autor, tem-se uma importante percepção da amplitude do termo, visto que, em seu sentido amplo, a liberdade de expressão abrange as mais diversas formas de manifestação e até mesmo a liberdade de informação. Assim, retomando o texto formulado pelo Poder Constituinte Originário, é possível interpretar que o artigo 220, ao elencar “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação”, está tratando, em síntese, de liberdade de expressão em seu sentido amplo.

Outra referência ao termo, que é de suma importância não apenas para este estudo, porquanto para a tratativa de quaisquer direitos fundamentais, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sobre esta temática, a Carta Internacional visa garantir que:

Artigo 19

Todo ser humano tem direito à **liberdade de opinião e expressão**; esse direito **inclui** a liberdade de, sem interferência, **ter opiniões** e de **procurar, receber e transmitir informações** e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.²⁰ (Grifamos)

Mais uma vez, verifica-se que liberdade de expressão é utilizada em um sentido amplo, isto é, atende não apenas a ação de se expressar em si, mas, em paralelo, ao receber e transmitir informações e ideias.

É fundamental ressaltar, portanto, que a liberdade de expressão não corresponde a um mero direito de se expressar sobre algo, senão abrange até mesmo a possibilidade de buscar por informação. O simples ato de pesquisar, por exemplo, para este estudo, é assegurado pela liberdade de expressão, assim como o direito de receber informações é crucial para sua existência. Afinal, se a liberdade de expressão fosse apenas uma faculdade para se manifestar, em nada seria eficaz caso não fosse ao mesmo tempo assegurado o direito de ser ouvido, ou seja, a eficácia deste direito corresponde a uma necessária via de mão dupla, falar e receber aquilo que foi falado, bem como, completando esta ponte, o direito de pesquisar por aquilo foi manifestado.

¹⁹ BENTIVEGNA, Carlos Frederico B. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. Barueri - SP: Editora Manole, 2019. E-book. ISBN 9788520463321. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520463321/>. Acesso em: 24 mar. 2023.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 mar. 2023.

Verificado o fato que, para ser de fato efetiva, a liberdade de expressão necessita alcançar tanto o agente da fala, como os ouvintes e pesquisadores, é de se considerar que, mesmo não explicitamente, o artigo 220 e a Declaração Universal cumprem com a função de apresentar ao cidadão brasileiro a abrangência da liberdade de expressão que o contempla. Sob esta ótica, tem-se que, para os fins desta dissertação, será considerada a liberdade de expressão em seu sentido amplo, seguindo os ditames constitucionais, que corresponde ao direito de manifestar, informar e até mesmo pesquisar, sob qualquer forma ou meio, informações e ideias.

2.2. Conexão com o Estado Democrático de Direito

Uma vez considerado que a liberdade de expressão corresponde ao direito fundamental de se expressar e, ao mesmo tempo, receber e buscar por todos os meios de manifestação, é inegável que sua existência seja basilar para a devida eficácia do Estado Democrático de Direito. Toda democracia, por essência, necessita da participação popular, assim como todo Estado de Direito pressupõe a participação do povo que lhe abriga por meio do exercício da cidadania. Nesse sentido, a livre circulação de ideias, informações e demais meios de expressão é fundamental para que sejam ouvidas as mais diversas pessoas que constituem a sociedade.

Nos termos apresentados pela obra de Daniela Bucci, quem tratou sobre a relação do Direito Eleitoral e a liberdade de expressão, tem-se:

A Resolução 16/4, emitida em 2011 pelo Conselho de Direitos Humanos, reconhece que a liberdade de expressão e opinião consagrada na Declaração Universal de Direitos Humanos e no Pacto sobre os Direitos Cívicos e Políticos é “um pilar fundamental para a construção de uma sociedade democrática e fortalecimento da democracia, tendo em conta que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”³².

Assim, destacamos dois diplomas que tratam da liberdade de expressão no âmbito internacional global: a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 – DUDH, em seu artigo XIX, estabelece que toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão e que “este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. A DUDH também estabelece no artigo XXI que toda a pessoa “tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos” e que “a vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto”.

Dessa forma, a **DUDH traz uma cláusula geral de liberdade de expressão que deve ser interpretada em conjunto com a possibilidade de o indivíduo participar das tomadas de decisões do governo de seu país**, estabelecendo que as eleições devem ser periódicas, legítimas, por voto secreto e sufrágio universal. A liberdade de

expressão deve ser, pois, a regra – **principalmente para fins políticos em um contexto democrático.**²¹ (Grifamos)

Conforme disposto no trecho supracitado, o reconhecimento deste direito fundamental como um pilar dos valores democráticos não surgiu na Carta de 88, senão é fruto dos movimentos internacionais pós Segunda Guerra Mundial. Nesse tempo, diante da sombra do fascismo que acabara de ser derrotado, foi necessário um esforço global para demarcar princípios básicos que deveriam nortear a limitação do poder dos Estados, garantindo aos povos direitos universais básicos que, uma vez protegidos, funcionam como barreiras contra Estados autoritários.

Ademais, é primordial ressaltar que a própria Constituição Federal, inspirada também por esse movimento e pelo cenário nacional da época, positivou uma série de direitos fundamentais, incluindo a liberdade de expressão, associando-os com a existência do Estado de Direito que vigora hoje no Brasil. Nos termos do artigo 5º da Constituição, responsável por apresentar os direitos e garantias fundamentais, o inciso IX deixa evidente que é assegurada a livre “(...) expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Nada obstante, nesse mesmo ímpeto de garantir a amplitude desse direito fundamental, o artigo 220 afirma que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição(...)”. Em outras palavras, sendo a Constituição Cidadã responsável por estabelecer os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, tanto a menção no artigo 5º, quanto o fato de existir capítulo próprio para a comunicação social, são demonstrações de que é inegável a participação da liberdade de expressão no ordenamento.

Contudo, é necessário desde já estabelecer uma fundamental ressalva para este estudo, visto que, tratando-se de um direito fundamental com caráter principiológico, deve-se recordar de sua limitação, isto é, do fato de não ser absoluto. A máxima de que quanto mais liberdade de expressão, mais segura é a democracia e o Estado de Direito não é verdadeira, visto que em face de todo princípio devem existir barreiras em outras questões basilares.

Sob esta ótica, a liberdade de expressão, portanto, na mesma medida em que está associada ao Estado Democrático de Direito por sua máxima extensão, também se vincula por

²¹ BUCCI, Daniela. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2018. E-book. ISBN 9788584933211. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584933211/>. Acesso em: 26 mar. 2023.

seus limites. A eficácia e até mesmo existência desse modelo é necessariamente atrelada a uma barreira, afinal se a liberdade de expressão for utilizada, por exemplo, como instrumento que visasse ruir preceitos constitucionais, conforme ainda se demonstrará, esta em nada será democrática.

Esse necessário equilíbrio, formador de diversos dilemas jurídicos, é analisado e discutido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o seguinte exemplo trazido por Roberto Barroso:

O problema ganha em complexidade quando há confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental. **A liberdade de expressão pode colidir com a manutenção de padrões mínimos de ordem pública;** o direito de propriedade pode colidir com o objetivo de se constituir um sistema justo e solidário no campo; a propriedade industrial pode significar um óbice a uma eficiente proteção da saúde; a justiça pode colidir com a segurança etc. **Na solução desse tipo de colisão, o intérprete deverá observar, sobretudo, dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública.**²² (Grifamos)

Sobre estas hipóteses de conflito, que serão tratadas com maior profundidade adiante, compreende-se que não tratam apenas de questões individuais ou meramente casuísticas, sendo que, na verdade, são verdadeiros dilemas para a aplicação do sopesamento de princípios. Entretanto, antes de analisar o equilíbrio entre direitos fundamentais, é interessante entender que, justamente pelo fato de colidirem, a máxima extensão individualizada de cada um não corresponde a uma democracia mais ou menos eficiente, sendo a sua harmonização a resposta para tanto.

Com o ímpeto de compreender a melhor disposição entre princípios, uma vez demonstrada a essencialidade da liberdade de expressão para todo Estado Democrático de Direito, faz-se necessário apresentar suas limitações, para quando este direito atua em via oposta aos ditames da Constituição. Para tanto, é válido destacar mais uma vez o texto do artigo 220, porém, nesta oportunidade, atribuindo maior relevância à sua ressalva: “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.**”²³

Nada obstante, na sequência do inciso IX do artigo 5º, tem-se o inciso X, o qual positiva que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado

²² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

²³ (Grifamos)

o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Em suma, tendo pleno conhecimento desta necessária harmonização entre máxima e mínima liberdade de expressão, o Poder Constituinte Originário atribui para este direito fundamental deveres indissociáveis, os quais constituem inegável limitação que protege o Estado Democrático de Direito, sendo esses merecedores de melhor análise.

2.3. Limites constitucionais da liberdade de expressão

Compreendido que a liberdade de expressão, como direito fundamental com caráter principiológico, não é absoluta para que se adeque ao seu papel no Estado Democrático de Direito, isto é, tem limitações pois, por sua natureza, deve harmonizar-se com os demais preceitos do ordenamento jurídico, entende-se que os limites da liberdade de expressão estão descritos no próprio texto em que esta é positivada, na Constituição Federal de 1988.

Sob essa ótica, mesmo o Poder Constituinte Originário não estabelecendo uma formal definição do conceito de liberdade de expressão, e tampouco estabelecendo um específico dispositivo que positivasse suas limitações, tal feito não seria sequer necessário para compreender que esta possui barreiras. Ademais, conforme foi destacado do artigo 220, existe uma evidente ressalva para a extensão desse direito fundamental ainda nas primeiras linhas em que a Constituição se debruça sobre o tema.

Sobre o trecho mencionado, tem-se na íntegra do *caput* do artigo 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”. Nesse caso, é fundamental entender que a limitação da liberdade de expressão identificada nesse dispositivo não se resume em uma mera questão objetiva, senão este Direito não sofrerá qualquer restrição salvo considerado o que está disposto na Carta de 88.

Em outras palavras, ao questionar o que significa o trecho “observado o disposto nesta Constituição”, entende-se que corresponde ao todo, ou seja, seus princípios, direitos fundamentais e seus mais diversos dispositivos. Em suma, esta parte final do *caput* do artigo é responsável pela interpretação de uma enorme barreira que cerca a liberdade de expressão, sendo essa a própria Constituição.

À título de exemplo, é possível considerar a redação do artigo 225 da Constituição Federal, em que se estabelece o dever, tanto do Poder Público, quanto da coletividade, de

defender e preservar o meio ambiente. Sob uma situação hipotética na qual um indivíduo, parte da coletividade brasileira, decide criar uma campanha de publicidade com o nome “deprede o meio ambiente”, incentivando que pessoas descartem lixo de forma incorreta, desmatem promovendo queimadas e realizem outras práticas contra a defesa do meio ambiente, evidenciase um conflito entre direitos fundamentais.

Pois bem, observando o caso, é verificado que a liberdade de expressão, por meio da disseminação dessa campanha, está afetando diretamente o direito assegurado pelo artigo 225, ou seja, um direito fundamental está em situação de conflito com outro, neste caso o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Considerando ainda que a campanha fictícia tem como único objetivo destruir o meio ambiente, demonstrando contrariedade com as diretrizes do artigo 225, a liberdade de expressão, prevista no artigo 220, deveria ser limitada em prol da não disseminação e realização desse projeto.

Segue essa mesma lógica o raciocínio do Ministro Gilmar Mendes, conforme demonstra ao dissertar sobre o tema da proibição das manifestações em casos concretos:

Já se viu que a Constituição repudia a censura, proclamando ilegítimo que se proíba a divulgação de certos conteúdos opinativos ou informativos sem prévia autorização do Estado. **O veto à censura não significa, todavia, impedimento de sanções**, “uma vez que, depois de haver disseminado uma opinião, pode-se ser chamado para defender a sua liceidade perante os tribunais”.²⁴ (Grifamos)

Portanto, tem-se nessa situação que a iminente inconstitucionalidade de um ato, no caso o desrespeito ao artigo 225, acionaria a ressalva do artigo 220, permitindo que a divulgação da campanha “deprede o meio ambiente” fosse restrita, a fim de observar os termos da Constituição. Vale indicar que o exemplo fornecido é uma hipérbole de casos que são de interpretação mais complexa, sendo incomum que a discussão deste tema verse sobre casos tão simples quanto uma campanha evidentemente inconstitucional, entretanto este primeiro exemplo permite compreender parte da extensão da primeira limitação avaliada, sendo possível verificar outras barreiras mais específicas.

Ainda, é oportuno retomar a visão da doutrina sobre este sopesamento de princípios, mais especificamente quando envolvendo a liberdade de expressão e o contexto no qual este direito fundamental foi inserido no Capítulo V da Constituição de 1988:

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Página 244.

O REGRAMENTO DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

O capítulo que cuida da comunicação social retrata, na realidade, o momento constitucional de outubro de 1988. O País estava saindo de um período em que as liberdades democráticas estavam restringidas e a liberdade de imprensa sofria sérias restrições. Todo o capítulo reflete, portanto, a realidade vivida e contestada do período de falta de liberdade de imprensa e cuida, de forma bastante efetiva, da proteção das liberdades democráticas, especialmente do direito à livre informação, livre manifestação de pensamento e livre criação.

Boa parte do conteúdo do capítulo poderia constar de uma declaração de direitos. Aliás, **os direitos lá anunciados devem ser interpretados sistematicamente com os elencados no art. 5º, especialmente nos incisos IV, V, IX e XIV.**

Assim, o capítulo inicia com a garantia de que a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão nenhuma restrição, **observado o disposto na Constituição.**

Verifica-se que **não se está garantindo uma liberdade irresponsável e sem qualquer critério** do poder de informar ou mesmo do direito de criar ou de manifestar o pensamento.

Há valores constitucionais que devem ser respeitados dentro da calibragem necessária a uma boa interpretação. Verificamos que entre outros bens estão os direitos das crianças e dos adolescentes, que devem ser colocados a salvo de toda forma de discriminação, como preceitua o art. 227. Da mesma forma, o meio ambiente deve ser protegido, por exemplo.

São muitas e diversas as restrições constitucionais, devendo o intérprete, em cada caso, servir-se de todo o sistema para encontrar os limites à liberdade de manifestação, que encontra reservas dentro dos próprios bens protegidos constitucionalmente.²⁵ (Grifamos)

Sob a luz do que expõe esse trecho, é inevitável associar o presente raciocínio ao que fora abordado pela obra de Robert Alexy²⁶ diante do caráter não absolutório dos princípios e seu necessário sopesamento. É evidente que o direito fundamental à liberdade de expressão não foi criado sem contexto, senão é parte de um todo e, por assim ser, tem dever de coerência com as demais diretrizes do plano que lhe garante existência. Isso significa que este estudo não compreende apenas que a liberdade de expressão é limitada, pois tudo aquilo que a Constituição permite está, ao mesmo tempo, limitado por sua própria conexão com seu todo. A lei que atribui a liberdade para todos é a mesma que estabelece o dever de respeitar seus limites para que esta possa, por fim, existir.

Mais um exemplo da necessária interpretação de dispositivo constitucional dentro do devido contexto da Carta de 88 pode ser extraído do §2º, artigo 220, o qual determina que “é

²⁵ JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes; ARAUJO; Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 23ª edição. Santana de Parnaíba [SP]: Editora Manole, 2021. E-book. ISBN 9786555769838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555769838/>. Acesso em: 21 fev. 2023. Páginas 567 e 568.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. É evidente que, mais uma vez fornecendo um caso hipotético, o Texto Maior não permite a difusão da ideologia nazista, isto pois esta é inconstitucional por sua própria essência de desrespeito aos Direitos Humanos. Nesse sentido, é incorreto afirmar que o fato de o Poder Constituinte ter estabelecido que é vedada censura de natureza ideológica, que o nazismo poderá ser difundido no Brasil, pelo contrário, tal possibilidade é inconstitucional.

Sobre esse mesmo dispositivo da Constituição, afirma a doutrina:

Na mesma linha de proteção ao direito de comunicação, a Constituição Federal, em seu art. 220, § 1º, anuncia que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Neste caso, a regra constitucional já elenca os limites ao direito de informação jornalística. Não pode, portanto, invadir a área reservada à imagem, à intimidade, à vida privada e à honra (inciso X), devendo ser garantido o direito de resposta, proporcional ao agravo, com condenação por dano moral, patrimonial e à imagem (inciso V), dentre outros bens.

Fica proibida a censura ideológica, política e artística. **É evidente que a proibição, imposta pelo Poder Judiciário, com fundamento em outros valores constitucionais, não configura exercício de censura**, já que o próprio Texto Constitucional garantiu o direito, “**observado o disposto nesta Constituição**”.²⁷ (Grifamos)

Isto é, ainda que seja concedida a liberdade para que não exista tal modalidade de censura, não é considerado como tal limitar ou até mesmo impedir discursos que infrinjam eminentemente outros valores constitucionais.

Em suma, encontra-se aqui demonstrado o racional do primeiro limite da liberdade de expressão a ser considerado, a própria Constituição. Entretanto, ainda que este seja o mais abrangente fator de limitação, afinal é necessário compreender que o sopesamento de princípios diante da colisão entre direitos fundamentais é matéria de complexa aplicação em virtude da necessária avaliação fática, é essencial observar que não apenas existe esta ressalva do *caput* do artigo 220, mas outros dispositivos constitucionais atribuem ainda mais forma para as barreiras aqui discutidas.

Nesse caso, cabe continuar a observar outros dispositivos do Capítulo V da Constituição, como a continuidade do artigo 220, no entendimento de Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo:

²⁷ JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes; ARAUJO; Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª edição. Santana de Parnaíba [SP]: Editora Manole, 2021. E-book. ISBN 9786555769838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555769838/>. Acesso em: 21 fev. 2023. Páginas 567 e 568.

Dentre os limites, a Lei Maior determinou que uma lei federal tratasse de regular as diversões e os espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (art. 220, § 3º, I).

Também determinou que a referida lei federal tratasse de estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (CF, art. 220, § 3º, II). A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias ficou sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do § 3º do art. 220, e deverá conter, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Há a proibição de que os meios de comunicação social sejam objeto, direta ou indiretamente, de monopólio ou oligopólio. Trata-se de regra de importante traço democrático, que garante a diversidade da informação, veiculada pela forma mais variada de seu traço ideológico. Sem que haja monopólio ou oligopólio, é possível, ao menos em tese, haver uma multiplicidade de agentes de informação, veiculando matérias oriundas das mais variadas fontes e ideologias, permitindo, portanto, o acesso mais igualitário à informação.²⁸ (Grifamos)

Seguindo a lógica estabelecida pelo Poder Constituinte originário, verifica-se a necessidade de uma limitação que vai além do conteúdo para o caráter verdadeiramente democrático da expressão. Conforme destacado quando abordado sobre a essência da liberdade de expressão, foi ressaltado que não basta a livre capacidade de se manifestar, senão é fundamental garantir os meios pelos quais possam ser ouvidos os mais diversos grupos que constituem a sociedade.²⁹

Ora, ainda que o conteúdo do §3º, incisos I e II, §5º e demais dispositivos do artigo 220 pareça ser apenas garantidor de direitos, esse é limitador para grupos que pretendam, por exemplo, estabelecer monopólios nos meios de comunicação. Dessa forma, entende-se que a liberdade de expressão, no que tange aos meios para receber informação, carece também de limitações, sendo estas objetivas na Constituição para garantir a voz de minorias ou grupos com menor possibilidade para investimento no setor.

É de se afirmar, portanto, que não apenas está contida no *caput* do artigo 220 a limitação do direito fundamental estudado, mas seus termos, em linhas gerais, concedem e limitam condições as quais dão a sua verdadeira função dentro do Estado Democrático de Direito. Seja observando os termos da própria Constituição, ou afirmando a essencial inexistência de oligopólios nos meios de comunicação, o artigo tem como função eminente prover o caráter democrático a este direito fundamental, o que não significa meramente prever direitos, mas

²⁸ Idem. Página 569.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 08 abr. 2023.

limitar formas de reduzir a capacidade de expressão de partes hipossuficientes, com fulcro em popularizar meios que justamente devem ser universais.

Uma vez analisada a preocupação do artigo supracitado com o caráter democrático da capacidade de veicular informações e garantir um direito de fato universal, é interessante observar o paralelo produzido entre o conteúdo de seu §6º e o que dispõe o artigo 221, conforme firma a doutrina:

Por se tratar de **meio que causa dano mais reduzido (atualmente), o veículo impresso de comunicação independe de licença**, como determinado pelo § 6º do art. 220 da Constituição.

Exatamente pelo motivo inverso, ou seja, porque os meios de comunicação televisivos e de radiodifusão atingem índices impressionantes de audiência, o constituinte determinou que sua programação atenda aos seguintes princípios:

- a) preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- b) promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- c) regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- d) respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Portanto, os incisos do art. 221 da Lei Maior determinam vetor claro e certo para a veiculação de rádio e televisão. Ocorre que, sob o manto de que as atividades são de promoção da cultura nacional ou finalidades educativas ou informativas, as televisões e as rádios abusam em suas programações, desviando a sua finalidade e perdendo a noção de que apenas são concessionárias de serviços públicos. A União, como é sabido, não interfere, permitindo uma verdadeira ruptura com os vetores determinados pelos incisos do art. 221.

A Emenda Constitucional n. 36/2002, alterou a exigência de brasileiros no controle acionário das empresas jornalísticas.³⁰ (Grifamos)

Dentre as considerações a serem feitas sobre a comparação destes dispositivos, é primordial ressaltar o fato de o texto do Constituinte Originário ter considerado maior cuidado com os meios de comunicação de maior alcance, isto é, o rádio e a televisão. Uma vez entendido pelos então legisladores a maior capacidade de difusão destes meios, houve maior cautela ao delimitar os fins aos quais deve o conteúdo veiculado por estes atender.

Sob esse contexto, fica claro o contraste entre a liberdade de expressão disposta no artigo 220, o qual positiva sua amplitude, e o artigo 221 que delimita princípios a serem seguidos por

³⁰ JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes; ARAUJO; Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª edição. Santana de Parnaíba [SP]: Editora Manole, 2021. E-book. ISBN 9786555769838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555769838/>. Acesso em: 21 fev. 2023. Páginas 569 e 570.

determinados meios. Conforme já delimitada a definição, princípios são considerados alicerces sobre os quais o raciocínio se debruça, ou seja, base da lógica dentro do sistema³¹, o que implica que os então denominados princípios deste artigo, dispostos nos incisos I a IV, devem assim ser considerados.

Em outros termos, se o artigo 221 estabeleceu uma série de princípios para a programação de rádio e televisão esses não são meramente ilustrativos, senão limitam a liberdade desses meios para que cumpram com a sua função constitucional. Se é determinado que exista preferência pelas finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, não pode, por exemplo, um canal de televisão promover de forma exclusiva programas que não atendam a qualquer um destes fins.

Ainda que essa hipótese seja regida por lei infraconstitucional, conforme o Decreto 4.901 de 2003, que institui o Sistema Brasileiro de Televisão Digital, surgiram na Carta de 88 as diretrizes a serem respeitadas, tanto pelo decreto criado, quanto eventuais leis futuras e até mesmo a atividade desses meios de comunicação quando houver omissão no ordenamento. Portanto, retoma-se a lógica de que os princípios criados pelo artigo mencionado vinculam, de forma mandatória, toda a programação das emissoras de rádio e televisão que atuam no Brasil, sendo primordial para a constitucionalidade de suas atividades a observância desse dispositivo.

Justamente pela capacidade de difusão de informações, manifestações culturais, publicidades e demais gêneros, a Constituição priorizou maiores cuidados com os meios supracitados. Afinal, a possibilidade de alcançar um número massivo de pessoas, ainda que seja de grande valia para, por exemplo, fins educativos, ao mesmo tempo constitui um grande risco ao não garantir a qualidade do conteúdo a ser recebido pela população.

Em um cenário em que a informação se espalha de forma instantânea para milhões de pessoas, é fundamental considerar que a desinformação possuirá as mesmas armas, isto é, caso o Estado não atue para regular tais meios, não existindo princípios que rejam esta atividade, uma ferramenta primordial para o desenvolvimento da humanidade tem potencial de se tornar um meio de propagação de discursos escusos.

Contudo, ao menos no que concerne ao âmbito constitucional, não falhou o Poder Originário Brasileiro em instituir um arcabouço legal suficiente para lidar com os entraves

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª edição, 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. Página 145.

existentes em 1988, ademais, por meio da Emenda Constitucional n° 36 de 2002, conseguiu o Poder Derivado atender aos anseios gerados no Século XXI, com o avanço da internet e a popularização do acesso aos *smartphones* e redes sociais. A referida Emenda se utilizou dos princípios já dispostos no artigo 221 para estender a sua abrangência aos novos meios de comunicação global, permitindo trazer o texto para a nova era tecnológica.

São os termos dispostos pelo artigo 222, §3°, da Constituição que demonstram esta importante alteração:

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sobre as leis brasileiras e que tenham sede no País.

(...)

§ 3° Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. (Grifamos)

Analisando a redação emendada em 2002, torna-se evidente que antes mesmo da grande difusão das redes sociais, por meio da facilidade do acesso aos meios digitais, no final da década passada, o legislador nacional já havia se antecipado diante dos efeitos que a comunicação social eletrônica poderia gerar na sociedade. Em outras palavras, dentro da seara constitucional, não há ausência de normatização, senão os limites da liberdade de expressão para os atuais problemas enfrentados por essa nova revolução na comunicação já foram positivados na Constituição Federal.

Entretanto, questiona-se: se já existe dispositivo constitucional que positivou até mesmo princípios que devam reger a comunicação nos meios digitais, por qual razão este tema segue carente por uma pacificação, não apenas na doutrina, mas nos debates populares pela liberdade de expressão? Ainda que este estudo não tenha se disposto a responder tal questão, apenas tratando dos limites constitucionais desse direito fundamental, é possível observar alguns tópicos que tornam nítida a complexidade dessa discussão.

Primeiramente, a redação do §3° permite identificar uma crucial omissão na atuação do Poder Legislativo após 2002 em criar a prevista lei específica para os meios de comunicação social eletrônica. Mesmo sendo impostos os princípios por meio da redação do artigo 221, a EC n° 36 afirmou a necessidade de formulação de norma que regesse tal tema, fato que não afasta

vinculação das diretrizes do artigo mencionado, mas, ainda sim, constitui carência em seus termos.

Ainda, sem uma lei específica, entende-se que o artigo 222 afirma que os meios de comunicação tratados deverão obedecer aos princípios do artigo 221, contudo não estabelece meios de fiscalização, medidas preventivas ou punitivas para o descumprimento destas diretrizes, ou qualquer outra forma de execução daquilo que fora previsto na Constituição. Isso implica que enquanto o Decreto 4.901 de 2003 acompanhou o citado artigo 221, as especificidades das redes sociais seguem sem a devida atenção do legislador quanto aos limites da liberdade de expressão.

Por fim, é fundamental compreender a eminente atualidade e volatilidade do tema, isto é, a ciência do Direito rege sobre os fatos da vida em sociedade, e não o contrário. É perfeitamente compreensível que diversas discussões, tanto no âmbito jurídico, quanto nas mais diversas áreas de conhecimento, estejam ocorrendo sobre esta temática, afinal o avanço das redes sociais e sua mundialização não é fato pretérito, mas um movimento contínuo à contemporaneidade. Sob esta ótica, o presente estudo não encontrará meios para pacificar dilemas complexos que têm se estendido sobre o mundo inteiro em face das novas tecnologias, porém pode contribuir para demonstrar como a Constituição Federal de 1988 deve nortear a pacificação da situação.

Adentrando, portanto, nas últimas observações a serem destacadas dos limites constitucionais da liberdade de expressão, entende-se que a solução para tal problemática deve ser, sem dúvida, guiada pelos ditames estabelecidos na Lei Maior, afinal além dos princípios trazidos pelo artigo 221, é importante evidenciar que, assim como afirmar o *caput* do artigo 220, a comunicação social eletrônica também será limitada pela Constituição. Nesses termos, acima de qualquer meio de comunicação, seja este impresso, digital ou por meio de rádio e televisão, está o respeito ao todo que representa a Constituição Federal, sendo essa a maior referência para sua atividade.

Em suma, entende-se que, não obstante os princípios dispostos no artigo 221, os quais se estendem ao artigo 222, todos os meios de comunicação, assim como a liberdade de expressão como direito fundamental, estão necessariamente vinculados aos termos da Constituição. Uma vez compreendido que o *caput* do artigo 220 estabelece diretrizes para todo o capítulo constitucional da comunicação social, não há como afirmar que estes ou aqueles

meios de comunicação estão vinculados apenas aos ditames dispostos pelo artigo 221, afinal o meio impresso não está associado literalmente a estes, mas todos, sem exceção, devem se curvar, dentro do sopesamento, aos demais princípios existentes na Carta de 88.

Compreendido este pressuposto, é válido observar alguns exemplos de limitações à liberdade de expressão, quando, por exemplo, verifica-se o conflito entre esta e outros direitos fundamentais. É certo que, observando o sopesamento, nem sempre a expressão será suprimida nos entraves analisados, afinal é essencial compreender as particularidades de todos os casos para assim os avaliar, contudo, para fins didáticos, é possível estabelecer alguns parâmetros gerais.

Sob o texto estabelecido pelo artigo 5º da Constituição Federal, tem-se como relevante para esta temática, entre outros, os seguintes incisos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (Grifamos)

Todos os dispositivos supracitados possuem conexão com direitos fundamentais assegurados pela Constituição que, eventualmente, podem conflitar com a liberdade de expressão. Nesse caso, é interessante observar um a um para compreender os limites traçados ao direito por ora estudado.

Primeiramente, é explícita a vedação estabelecida pelo inciso IV, o qual, ao mesmo tempo que consagra a livre manifestação do pensamento, impede que esta seja feita de forma anônima, ou seja, que o sujeito responsável pela expressão não seja identificado. Nesse caso

existe conexão com os direitos estabelecidos nos incisos V e X, uma vez que, por exemplo, o direito a indenização por eventual dano material ou moral deva ser garantido, fato que requer, necessariamente, a identificação do agente que causou tal prejuízo, isto é, o manifestante do pensamento.

Cumpra esclarecer que, nesse caso, a Constituição não descreve propriamente um limite da liberdade de expressão no sentido do conteúdo manifestado, senão estabelece um dever do manifestante de, por não poder se manter no anonimato, responder por eventuais danos, ou até mesmo crimes. Outra ilustração para este dispositivo pode ser identificada na onda de ataques ocorridos em escolas em 2023, conforme noticiados por diversos canais de notícia.³²

Nesse contexto, tanto alguns ataques que ocorreram, quanto outras ameaças, tiveram um fator em comum, a publicação nos meios digitais de plano ou desejo do agente de realizar o crime. Sob esta ótica, identifica-se um sentimento de liberdade destes indivíduos em anunciar que realizarão esses atos reprováveis, crendo no anonimato que perfis em redes sociais, os quais não contêm seus nomes, proveem.

Ora, é evidente que é função do Estado Brasileiro eliminar esta sensação de impunidade percebida por esses atos delituosos, afinal, encontram-se aqui dois atos eminentemente inconstitucionais. Em primeiro plano, o anonimato, vedado pela necessária identificação do autor para que responda por eventual crime cometido e, em seguida, a extrapolação ao direito à liberdade de expressão, ao realizar apologia ao crime contra a vida, ferindo gravemente outros direitos fundamentais.

Nada obstante, segue a mesma lógica a limitação positivada pelos incisos V e X da Constituição Federal, uma vez que ambos estabeleçam como inviolável o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Conforme destacado anteriormente, o sopesamento de princípios deve ser o método aplicável para resolução desses entraves, sendo sempre necessário avaliar de forma casuística as situações. Contudo, é razoável observar o seguinte posicionamento sobre este específico conflito:

Não compartilho do sonho iluminista de que a liberdade de expressão, como quer Ayres Brito, tenha uma precedência constitucional que se impõe em toda e qualquer situação concreta, nem que a liberdade leve naturalmente à responsabilidade. A

³² <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-teve-ao-menos-16-ataques-em-escolas-nos-ultimos-20-anos-relembre-casos/>; <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2023/04/05/ataque-creche-blumenau.ghtml> e <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/04/supostas-ameacas-de-ataques-alteram-rotina-nas-escolas-no-pais.shtml>. Acesso em: 16 abr. 2023.

própria Constituição, em seu art. 220, estatui ser plena a liberdade de expressão, observado o disposto na própria Constituição, ou seja, a submete à composição ou à sujeição a outros valores, em especial, a meu ver, à dignidade da pessoa humana, que constitui um valor fonte, nuclear, cujo desrespeito impede a fruição de qualquer outro direito fundamental.

Esse reconhecimento da maior intensidade valorativa da dignidade da pessoa humana, contudo, **não deve ser admitida em termos absolutos**, pois é de se aceitar que em **hipóteses excepcionais**, de acordo com as específicas circunstâncias do caso concreto, outro valor constitucional possa prevalecer. No entanto, **como regra geral, a dignidade da pessoa humana, a ser preservada em sua dignidade social, igual para todos (direito à não discriminação), e em sua integridade física e psíquica, devem prevalecer, mesmo diante da liberdade de expressão**, malgrado seja esta uma importante conquista, sem a qual não se corporifica o Estado Democrático de Direito.³³ (Grifamos)

O trecho mencionado apresenta as conclusões de Miguel Reale Júnior sobre seu artigo intitulado “Limites à liberdade de expressão”, oportunidade em que o autor, apesar da ressalva sobre hipóteses excepcionais, afirma a relevância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em face da liberdade de expressão. A vida privada, honra, imagem e intimidade compõem valores que nos constituem como humanos, isto é, sua preservação não corresponde apenas na essencialidade da ordem em sociedade, senão garante aos indivíduos sua personalidade.

Uma vez que a liberdade de expressão seja utilizada para ferir, de forma deliberada, esses valores, não há de se considerar a constitucionalidade da manifestação, visto que se trata do uso de um direito fundamental por um indivíduo para extirpar o direito fundamental de outrem. Salvo exceções, verificado que os princípios e direitos consagrado pela Constituição devem respeitar o próprio Texto que os proveu, o limite imposto pelos incisos V e X do artigo 5º são essenciais para compreender a extensão da livre manifestação do pensamento.

Por fim, observando o inciso XIV do referido artigo, tem-se outro elemento fundamental para a liberdade de expressão, o acesso universal à informação. Sob a luz deste direito, é necessário retomar o sentido amplo da livre expressão, ou seja, o de se manifestar e de receber ou buscar por informação. Em primeiro plano, o inciso demonstra apenas conceder garantia de acesso à informação, contudo, guarda este dispositivo um importante dever.

Se todo ser humano possui direitos fundamentais, assegurados a todos, ter acesso à informação, é dever do Estado, bem como dos meios de comunicação, seja impresso, rádio, televisivo ou digital, garantir que o conteúdo não seja, na verdade, desinformação. Em outras

³³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Limites à liberdade de expressão**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], [S. 1.], v. 11, n. 2, p. 374–401, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1954>. Acesso em: 10 abr. 2023.

palavras, o direito instituído estabelece o importante dever de manter a população informada com base em fatos advindos de fontes confiáveis e idôneas.

Nesse caso, se, por exemplo, uma rede de televisão patrocina um telejornal que vincula notícias fraudulentas, de forma deliberada, por motivos escusos, não há de se considerar que assim pode agir pelo direito à liberdade de expressão, senão corresponde tal prática a uma inconstitucionalidade frente ao desrespeito com o conteúdo do inciso XIV. É fundamental lembrar, ainda, que o Poder Constituinte estabelece que rádio, televisão e demais meios digitais, justamente por sua capacidade de divulgação em massa, carecem de maiores cuidados, devendo respeitar, entre outros, os princípios da preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas e do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, nos termos do artigo 221.

Encerradas as considerações sobre alguns dos limites explícitos à liberdade de expressão que estão enraizados em direitos fundamentais instituídos pelo artigo 5º, é necessário estabelecer mais dois pontos; em primeiro lugar, cumpre destacar que o presente estudo não pretende, em qualquer hipótese, fazer apologia à censura, ou qualquer outra forma de restrição indevida de direitos.

A necessidade de limitar manifestações, como retirar conteúdo do ar, multar por infrações e outras formas de sanção, quando pessoas físicas ou jurídicas desrespeitam os ditames constitucionais não se trata de censura, mas remédio constitucional contra práticas lesivas à sociedade. Sobre esta conclusão, afirma a doutrina:

O que está **proibido**, portanto, é a **censura administrativa**, levada a efeito por órgãos do **Poder Executivo**. **A limitação com fundamento constitucional não poderia constituir censura em nenhuma de suas formas**, pois o conflito concretamente surgido pelo exercício de dois direitos constitucionais deve ser **resolvido pelo Poder Judiciário, que, desta feita, pode impor limites à manifestação do pensamento**.

Isso não significa que, em homenagem a outros bens constitucionais, seja proibida a manifestação de pensamento. **Deve ser ela disciplinada dentro de um contexto constitucional**.³⁴ (Grifamos)

Ou seja, a censura, proibida de forma exemplar pela Constituição Federal de 1988, com base no artigo 5º, inciso IX, e artigo 220, §2º, não corresponde às limitações estabelecidas para práticas criminosas e tampouco outros discursos inconstitucionais, senão tratou o Poder

³⁴ JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes; ARAUJO; Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 23ª edição. Santana de Parnaíba [SP]: Editora Manole, 2021. E-book. ISBN 9786555769838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555769838/>. Acesso em: 16 abr. 2023. Página 568.

Constituinte de impedir decisões arbitrárias, que visem cercear por razões políticas, ideológicas e outras, discursos legitimamente legais, os quais estão protegidos pela Lei Maior.

É inegável a função primordial da liberdade de expressão para a existência do Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, incompatível com este sistema a existência de uma censura arbitrária. Nesse sentido, as limitações apresentadas devem ter como pressuposto decisões fundamentadas na legislação nacional, com fulcro no Texto Constitucional, ou seja, deve-se sempre considerar como afastada a mais remota possibilidade de arbitrariedade.

Feita esta breve, porém fundamental, observação, cumpre solucionar o último ponto remanescente deste tópico, visto que após dissertar sobre as mais diversas barreiras que circundam este direito, resta resumir, afinal, quais os limites constitucionais da liberdade de expressão.

Em síntese, realizada a observância cuidadosa do capítulo da comunicação social, na forma dos artigos 220 e seguintes da Constituição Federal, bem como de alguns exemplos de limitações no artigo 5º, por meio do conflito com outros direitos fundamentais, não resta dúvida que, a despeito das mais diversas limitações explícitas positivadas pelo Poder Constituinte, o limite mais abrangente, que engloba todos os dispositivos mencionados, é o traçado pelo *caput* do artigo 220, em que se afirma que a livre manifestação deverá obedecer aos termos do próprio texto que o concebeu.

Isso significa que, se a dignidade da pessoa humana, a segurança nacional, o direito à informação e outros princípios ou direitos fundamentais com caráter principiológico, possuem capacidade de limitar a liberdade de expressão, é porque a própria Constituição assim instituiu. Nada obstante, não apenas a Carta de 88, mas o próprio conceito de princípio, analisado dentro do ordenamento jurídico nacional, atribui esta interpretação fundamental para a organização do sistema jurídico nacional.

Por fim, cumpre concluir que a liberdade de expressão está limitada constitucionalmente pelos demais princípios e direitos fundamentais da Constituição Federal, sendo necessário, por meio do sopesamento, delimitar seu alcance em cada caso, sempre tendo como norte a impossibilidade de arbitrariedade ou censura de qualquer gênero, e compreendendo, tanto a abrangência dessa, como sua igual limitação, para a funcionalidade do Estado Democrático de Direito.

3. DOS ATOS DITOS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS

Sobre este último capítulo, cabe introduzir que, após a análise dos limites constitucionais da liberdade de expressão, este estudo buscou exemplificar recentes atos polêmicos que ultrapassam a linha da razoabilidade deste direito, mas que seguem habitando o cotidiano da comunicação digital.

Os discursos que defendem uma liberdade de expressão absoluta, isto é, desprovida de qualquer limitação, não compreendem o papel constitucional desse direito ou assim o fazem por defenderem motivações escusas ao Estado de Direito. A liberdade de expressão, assim como verificado quando tratado sobre a revolução da comunicação digital, pode servir tanto para ser um instrumento de informação, quanto uma arma para desinformação em massa, sendo necessário, por culpa de sua potencial periculosidade, ser tratada sempre sob a luz da Constituição Federal, impedindo seu uso para fins ilegais.

Em suma, entende-se que não basta denominar atos inconstitucionais como constitucionais para torná-los adequados, senão as narrativas não constroem a ciência do Direito ou o arcabouço jurídico. Diante do Texto de 88, a liberdade de expressão não pode ser absoluta e tampouco pode servir como cheque em branco para práticas como o discurso de ódio e a disseminação de *fake news*, portanto o encerramento deste estudo se dedicará justamente a este mérito.

3.1. Breve contextualização e definição de *fake news*

Preliminarmente, cumpre fornecer uma breve contextualização histórica, a qual é também meio para esclarecer as razões pelas quais o presente estudo escolheu as *fake news* para observar os limites da liberdade de expressão. Para tanto, tem-se que a atual volatilidade desse tema está diretamente associada aos novos fenômenos gerados pela ascensão dos meios digitais.

A popularização do acesso à internet e *smartphones*, assim como a massificação do uso de redes sociais gerou, e gera, diversos atritos sociais diante das drásticas inovações em um período historicamente considerado curto. Se verificado que nos últimos 30 anos sequer existiam os aparelhos celulares como se conhece hoje, com funções conectadas à internet e capacidade para veiculação de informações de forma massiva, fica evidente que a forma de se manifestar, bem como a capacidade para tanto, sofreu uma completa revolução.

Considerando que, por meio dessa tecnologia, qualquer indivíduo possui plena capacidade de disparar mensagens contendo dados, informações, opiniões, ou qualquer outro conteúdo para milhões, quiçá bilhões, de pessoas instantaneamente, é inegável que seu potencial benefício para a população mundial é, na mesma medida, acompanhado por graves riscos. Por exemplo, tem-se da obra de Irineu Barreto:

Impulsionamento da Desinformação, efeito bolha e viés de reforço

Usuários de ferramentas de comunicação e informática que de forma deliberada disseminam desinformação muito provavelmente não estão interessados em informar seus interlocutores, mas, sim, mostrar que estavam certos. E o contrário também ocorre e pessoas questionam tudo aquilo que contraria suas convicções, mesmo que seja pautado por argumentos e fatos verdadeiros.

Esse fenômeno tem sido comumente associado à formação das bolhas, confinamentos criados em redes sociais e ferramentas comunicacionais que utilizam os usuários dessas tecnologias. A nomenclatura bolha denota a ideia de que há grande homogeneidade entre os membros destes confinamentos e em razão disso os usuários das tecnologias recebem apenas informações similares àquelas com as quais já coadunam, passam a ser cercadas de pessoas que pensam e se manifestam de forma muito parecida, seja no campo da política, ideológico, comportamental, religioso, ou outro tipo de crença.

Desde o surgimento da internet as comunidades virtuais foram criadas com o intuito de aproximar aqueles que pensam igual, sem mais a barreira física ou geográfica. A diferença dessas bolhas pretéritas para as sociais modernas é a escolha voluntária do usuário de se juntar aquela comunidade, sem a influência direta de um algoritmo, como decorre do advento informático. Entretanto, tem-se o sentimento de que, antes, a convivência dos que pensam diferente era menos endógena, com menor potencial de causar conflitos como ocorrem atualmente com a polarização de pensamentos. **Parte da responsabilidade dessa polarização é dos próprios usuários que não se dão conta de que seu comportamento online acaba por guiar o recebimento de informações disponibilizadas na rede. As informações recebidas são personalizadas e filtradas com base em seus gostos pessoais.**³⁵ (Grifamos)

Sendo esse apenas um dos diversos fenômenos gerados pelo novo cenário, é correto afirmar que é indissociável, para os fins deste estudo, as convulsões geradas pelo avanço da comunicação digital e os limites constitucionais da liberdade de expressão. Isto é, se é o efeito bolha um dos responsáveis por impulsionar a desinformação, demonstrando sua estrita relação com a disseminação de *fake news*, conforme ainda se aprofundará, bem como se é tal efeito fruto dos novos meios de comunicação, torna-se evidente o vínculo entre as inovações mencionadas e os recentes debates sobre o direito fundamental contido no artigo 220.

³⁵ BARRETO, Irineu. **Fake News: Anatomia da Desinformação, Discurso de Ódio e Erosão da Democracia.** (Coleção direito eleitoral). São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598841. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598841/>. Acesso em: 26 abr. 2023. Página 13.

Observada essa questão inicial, no que tange à definição do termo, destaca-se de forma essencial que, mesmo a livre tradução “notícia falsa” soando suficiente, existem alguns detalhes cruciais a serem observados. Nesse sentido, nos termos dispostos por Diogo Rais³⁶, tem-se que existe um paradoxo ao considerar a tradução mencionada uma vez que, se algo é notícia, não pode ser falso, ou seja, se toda notícia, para assim o ser, deve ser verdadeira, trata-se aqui de uma notícia fraudulenta.

Esta segunda tradução permite compreender de forma mais detalhada o verdadeiro significado desse termo, visto que a prática tem como objetivo a desinformação. Isso significa que, se uma notícia está equivocada por qualquer circunstância alheia ao conhecimento ou intenção de quem a veicula, não necessariamente corresponde a uma *fake news*, senão esse termo se aplica aos casos em que o agente distribui informação falsa de forma deliberada, com intuito, por exemplo, de desinformar um grupo ou difamar alguém.

Seguindo esse raciocínio, Diogo Rais³⁷ estabelece ainda três elementos fundamentais que constituem uma *fake news*, quais sejam, a falsidade, o dolo e o dano. Justamente por esse primeiro elemento, tal fraude é denominada como notícia, por assim aparentar ser, sendo que toda mentira, se não contada sob roupagem de verdade, não é absorvida por seus receptores. Logo, encontra-se aqui uma das características mais perigosas dessa prática, a capacidade de criar realidade paralela, na qual aquela falsificação se torna, no mundo fornecido aos consumidores da informação, algo inquestionavelmente real.

Sob a luz de sua eficácia, verifica-se que a *fake news* não trata, portanto, de qualquer mentira improvisada, mas de uma prática orquestrada, que requer necessariamente dolo de desinformar por parte do agente que a elaborou. A organização e confecção da notícia fraudulenta são indispensáveis para que ela possa atender aos interesses escusos do agente, retomando a ideia de que não basta uma inverdade qualquer, senão a desinformação deve se munir de artifícios que possam distorcer a verdade, levando o público a sequer desconfiar das informações que estão a ser percebidas. Concordando com essa lógica, expõe a doutrina em outros termos:

Este livro adota a premissa de que Fake News não são apenas notícias falsas. São componentes de estratégias comunicacionais bastante sofisticadas e que envolvem

³⁶ CANÁRIO, Pedro. **A melhor tradução para fake news não é notícia falsa, é notícia fraudulenta**. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/entrevista-diogo-rais-professor-direito-eleitoral>. Acesso em: 16 abr. 2023.

³⁷ Idem.

desde a produção de conteúdo deliberadamente fraudulento, falso, distorcido, enviesado ideologicamente, além da sua distribuição e impulsionamento pela Internet. **É mais adequado, portanto, considerar as Fake News relacionadas à política como desinformação, ou seja, conteúdo criado com o propósito deliberado de enganar ou confundir os destinatários** e é, ainda, comumente disseminado e reforçado nas redes.³⁸ (Grifamos)

Por último, o dano, elemento que, dentre outras obras, entrevistas e artigos, transborda do livro³⁹ apresentado pela repórter Patrícia Campos Mello, retratando a violência digital sofrida por ela pela ação de grupos extremistas políticos. Vale destacar que, nada obstante o dano à honra subjetiva e objetiva apresentado na obra mencionada, ferindo diretamente o direito fundamental à dignidade, existem outros danos que podem ser causados por tais práticas, ferindo tanto direitos individuais, quanto a coletividade, como a segurança nacional, a saúde pública, ou até mesmo o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Como ilustração dessa última constatação, imagina-se situação hipotética em que determinada companhia elabora e distribui em massa *fake news* indicando que a energia gerada pela queima de carvão causa menor dano ao meio ambiente se comparada à energia eólica, visando atender ao interesse de atrair investidores. Nesse caso, tem-se violado tanto o princípio garantido pelo artigo 225, quanto está evidentemente extrapolada a liberdade de expressão garantida pela Constituição. Assim, evidencia-se no caso fictício a fraude em emitir informação falsa, o dolo de ludibriar com o intuito de atrair investidores e o dano causado, não apenas ao potencial risco ao meio ambiente, mas à coletividade por meio da desinformação.

Mais uma vez, retoma-se que a liberdade de expressão, nos termos do artigo 220, não corresponde apenas ao direito de se manifestar, senão de receber informações de forma livre e idônea. Toda vez que se distribui uma notícia fraudulenta, a qual visa atender a objetivos escusos de seu agente veiculador, gerando desinformação do público em geral, trata-se de eminente ultrapassagem do limite constitucional da liberdade de expressão.

Em suma, se as *fake news* estão conectadas ao processo da desinformação, e este corresponde ao ato de, por meio de informação fraudulenta, ludibriar os receptores para obter determinada vantagem, gerando inevitável prejuízo público ao atingir, no mínimo, o direito à informação, não há de se falar em constitucionalidade dessa prática.

³⁸ BARRETO, Irineu. **Fake News: Anatomia da Desinformação, Discurso de Ódio e Erosão da Democracia.** (Coleção direito eleitoral). São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598841. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598841/>. Acesso em: 26 abr. 2023. Página 10

³⁹ MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital.** 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

3.2. O discurso de ódio

Uma vez compreendido o conceito de *fake news*, é possível identificar sua associação com a prática do discurso de ódio. Contudo, antes de estabelecer esse vínculo, cumpre demonstrar que a sua definição é um pouco mais complexa.

No dia 18 de junho de 2022, a Organização das Nações Unidas celebrou pela primeira vez o Dia Internacional de Combate ao Discurso de Ódio, afirmando que a recente ampliação do impacto dessa prática, relacionada às novas tecnologias de comunicação, fez com que ela se tornasse um dos “métodos mais frequentes para difundir retóricas e ideologias que causam divisão em escala global”.⁴⁰ Nada obstante, é importante considerar que historicamente o discurso de ódio muitas vezes precedeu a violência que conduziu a crimes contra a humanidade, isto é, não se trata de problemática completamente nova, senão de uma prática que encontrou novos meios de difusão.⁴¹

Mesmo sob a luz desse histórico trágico e da plena noção de que o discurso de ódio como método para incitação de crimes contra a humanidade é real, não é tão simples estabelecer sua exata definição, já que, para tanto, seria necessário traçar quando exatamente o discurso atinge o limiar do incitamento à discriminação. Ademais, o Direito Internacional, até o presente momento, não estabeleceu uma definição concreta para o conceito de discurso de ódio, tornando ainda mais delicado delimitar seu alcance.⁴²

Entretanto, mesmo sem definir de maneira exata essa prática, o que talvez não seja possível por sua relatividade ao caso fático, a Organização das Nações Unidas desenvolveu o “Plano de Ação de Rabat”⁴³, o qual, sob os olhos da doutrina, estabelece que:

Como é muito difícil determinar quando exatamente o discurso atinge o limiar do incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência a ONU desenvolveu o Plano de Ação de Rabat – **um conjunto de critérios para avaliar, caso a caso, o contexto, o orador, a intenção, o conteúdo, a extensão da difusão do discurso e a probabilidade de dano e dessa forma estabelecer diretrizes mais objetivas para o discurso de ódio.**

⁴⁰ Disponível em:

<https://news.un.org/pt/story/2022/06/1792782#:~:text=Neste%2018%20de%20junho%2C%20a,Combate%20ao%20Discurso%20de%20%C3%93dio>. Acesso em: 27 abr. 2023

⁴¹ Disponível em: <https://unric.org/pt/rumo-a-uma-abordagem-abrangente-para-combater-o-discurso-do-odio-van-hout/>. Acesso em: 27 abr. 2023

⁴² Idem.

⁴³ UNITED NATIONS HUMAN RIGHT. Office of the High Commissioner. **Página simples sobre incitação ao ódio**. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat_threshold_test_Portuguese.pdf. Acesso em: 27 abr. 2023.

O Plano de Ação de Rabat assevera que o **enquadramento jurídico** da incitação ao ódio se fundamenta no artigo 20, parágrafo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ao estabelecer que **“Todo apelo ao ódio nacional, racial e religioso que constitua uma incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência deve ser interdito pela lei.** Com as seguintes definições:

- Os termos “ódio” e “hostilidade” se referem às emoções intensas e irracionais de opróbrio, inimizade e detestação em relação ao grupo-alvo;
- O termo “apelo” deve ser entendido como exigindo uma intenção de promover publicamente o ódio contra o grupo-alvo; e
- O termo “incitação” se refere às declarações sobre grupos nacionais, raciais ou religiosos que gerem risco iminente de discriminação, hostilidade ou violência a estes grupos.⁴⁴ (Sic) (Grifamos)

Seguindo esse raciocínio, entende-se que uma série de critérios devem ser avaliados, dentro de cada situação, para delimitar a ocorrência do discurso de ódio, sendo estes:

Apesar das definições supracitadas, o artigo 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos requer um limite claro e objetivo para enquadramento do discurso de incitação ao ódio e, como contrapartida, preservar a liberdade de expressão. A ONU estabeleceu, para esse, fim o Teste de Limiar de Rabat, avaliação dos discursos passíveis de enquadramento em incitação de ódio, subdividido em seis partes que testam uma declaração e sua correspondência como crime:

1. **Contexto:** O contexto é de grande importância ao avaliar se é provável que declarações particulares incitem à discriminação, hostilidade ou violência contra o grupo-alvo, e pode ter uma relação direta com a intenção e/ou a causa. **A análise do contexto deve colocar o discurso dentro do contexto social e político predominante quando o discurso foi feito e divulgado;**
2. **Locutor/a:** A posição ou o status do locutor/a na sociedade deve ser considerado, especificamente **a posição do indivíduo ou da organização no contexto do público a quem o discurso é dirigido;**
3. **Intenção: O artigo 20 do PIDCP prevê intenção.** Negligência e imprudência não são suficientes para que um ato seja uma ofensa nos termos do artigo 20 do PIDCP, pois este artigo prevê “defesa” e “incitação”, em vez da mera distribuição ou circulação de material.
4. **Conteúdo e forma:** conteúdo do discurso constitui um dos principais focos das deliberações do tribunal e é um elemento crítico de incitação. A análise de conteúdo pode incluir o **grau em que o discurso foi provocativo e direto, bem como a forma, o estilo, a natureza dos argumentos;**
5. **Extensão do ato de fala:** A extensão inclui elementos como o **alcance do discurso**, sua natureza pública, magnitude e tamanho do seu público; e
6. **Probabilidade, incluindo a iminência:** O incitamento, por definição, é um crime de mera conduta. A ação anunciada por meio do discurso de incitação não precisa ser cometida para que o discurso represente um crime. No entanto, **algum grau de risco de dano deve ser identificado.** Isso significa que os tribunais terão que determinar que havia uma probabilidade razoável de que o discurso conseguisse incitar uma ação real contra o grupo-alvo, reconhecendo que essa causa deveria ser bastante direta.⁴⁵ (Grifamos)

Observados todos os elementos supracitados, compreende-se a dificuldade em traçar o que é e, conseqüentemente, o que não é um discurso de ódio, visto que é necessário, sobretudo,

⁴⁴ BARRETO, Irineu. **Fake News: Anatomia da Desinformação, Discurso de Ódio e Erosão da Democracia.** (Coleção direito eleitoral). São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598841. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598841/>. Acesso em: 27 abr. 2023. Página 14

⁴⁵ Idem. Página 14

extrema precaução para não confundir qualquer manifestação com essa prática. Afinal, se o discurso de ódio é, como ainda se demonstrará, ato inconstitucional, o qual ultrapassa os limites da liberdade de expressão, é fundamental saber verificar seus limites para que outros discursos legítimos não sejam cerceados.

Sob essa ótica, o presente estudo buscou traçar elementos padronizados do discurso de ódio que ajudam a identificá-lo para fins didáticos, uma vez que, além de ser necessária a observação casuística, não é pretendido trazer sua exata conceituação, mas sim demonstrar que sua natureza fere os preceitos da Carta de 88. Em outras palavras, quando o discurso atinge o limiar do incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência, não é a questão mais relevante para este estudo, porquanto o fato de que quando ultrapassada esta linha, trata-se de desrespeito aos limites constitucionais da liberdade de expressão.

Nesse sentido, tem-se que o próprio Plano de Ação de Rabat permite identificar que constitui característica padrão do discurso de ódio o ataque, seja em sentido de discriminação, hostilidade ou até mesmo violência, contra um grupo específico de indivíduos, bem como algum grau de risco de dano, ou propriamente dano, causado a este respectivo grupo, com intuito de favorecer diretamente um interesse. Sob esse olhar, o discurso de ódio, em termos gerais, é o método pelo qual se ofende a um determinado gênero de indivíduos, provocando-lhes minimamente um risco, em prol de uma suposta causa.⁴⁶

Nada obstante, esses elementos retomam às semelhanças apresentadas quando tratado sobre as *fake news*, isto é, ambas as práticas apresentam o dolo de obter vantagem econômica, política, ou de satisfazer interesses preconceituosos, por meio de, por exemplo, desinformar ou difamar. Nenhuma dessas ações, portanto, é concebida de forma meramente culposa, senão as notícias fraudulentas e o discurso de ódio encontram raízes na intenção de causar às suas vítimas um dano ou risco, os quais servirão às intenções do agente que orquestrou a manifestação.

Como ilustração que demonstre de forma ampla o discurso de ódio, observando o livro “O fascismo eterno”⁴⁷, bem como algumas outras obras de Umberto Eco⁴⁸, tem-se a 5ª característica elencada pelo autor sobre o “Ur-Fascismo”. O racismo, assim como o

⁴⁶ UNITED NATIONS HUMAN RIGHT. Office of the High Commissioner. **Página simples sobre incitação ao ódio**. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat_threshold_test_Portuguese.pdf. Acesso em: 27 abr. 2023.

⁴⁷ ECO, Umberto. **O fascismo eterno**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2020. Página 49 e 50.

⁴⁸ ECO, Umberto. **Migração e intolerância**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2020.

ECO, Umberto. **Construir o inimigo e outros escritos ocasionais**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2021.

preconceito, na forma da “luta contra o outro”, seja este imigrante, ou pertencente de outra etnia, é talvez a forma mais clássica do discurso de ódio. Tratar uma minoria como grupo de invasores, causando-lhes dano ou risco de ter ferida sua integridade, para atender aos supostos interesses nacionais, é a forma que o fascismo sistematiza o discurso de ódio.

Nesses moldes, seja para atender a fins políticos, econômicos ou meramente preconceituosos, um grupo que acredita ser superior promove, de forma planejada, a difusão de discursos que ofendem a própria humanidade ou idoneidade de uma minoria. Ademais, a incitação de uma causa, em alguns casos, serve para esconder outros interesses daquele grupo, por exemplo, quando se utiliza do discurso de “servir ao interesse da nação”, para atacar imigrantes, atendendo a fins econômicos de uma determinada classe da sociedade.

Em suma, o discurso de ódio, em linhas gerais, encontra semelhança com as *fake news* por ser prática dolosa, a qual requer organização, e visa, por meio do ataque às minorias, como discriminação, hostilidade ou violência, atender aos interesses escusos do agente. Isso significa que, mais uma vez associando-o às notícias fraudulentas, são atos que infringem os direitos fundamentais de outrem para alcançar objetivos específicos, existindo relação de causa e efeito entre a desinformação, injúria ou difamação provocadas e seus anseios.

3.3. Indevido uso da liberdade de expressão para prática do discurso de ódio e disseminação sistemática de *fake news*

Após analisar as raízes que sustentam as *fake news* e o discurso de ódio, tem-se que a semelhança entre as práticas está na plena consciência do agente em ferir direito fundamental de outrem para alcançar um determinado objetivo. Isto é, seja para fins políticos, econômicos, ou de outra natureza, encontrou-se nessas práticas uma ferramenta útil, especialmente se valendo dos recursos da comunicação digital.

É diante desta oportunidade que se verifica a lógica em sistematizar tais práticas, visto que, se uma notícia fraudulenta tem a possibilidade de desinformar um certo número de pessoas e atender ao interesse de quem as veicula, um esquema de produção massivo de *fake news* pode alcançar metas muito maiores. Na mesma toada, o discurso de ódio, quando distribuído nessa espécie de linha de produção, pode gerar efeitos políticos duradouros para determinadas ideologias, não apenas servindo como pequenas manifestações.

Esse cenário, que parece hipotético, é retratado por obras como o citado livro⁴⁹ de Patrícia Campos Mello, em que a jornalista expõe a existência de uma verdadeira máquina de ódio por meio da organização dessas técnicas de desinformação e ameaça de outros direitos fundamentais. Um dos meios empregados pelos extremistas é o denominado “assassinato de reputações”⁵⁰, que funciona como uma espécie censura pela depreciação de opiniões divergentes por meio de notícias fraudulentas e *cyberbullying*.

Associar jornalistas opositores a atos tendenciosos, elaboração de notícias falsas, corrupção e outras práticas que não correspondem à profissão, foi uma das formas que a sistematização dessas práticas encontrou para servir aos interesses de grupos políticos. Por meio dessa depreciação planejada, a reputação de jornalistas, políticos opositores e, no geral, qualquer crítico ao agente que fabrica as manifestações, é destruída por ondas de mensagens, vídeos e áudios nas redes sociais.

Nesse caso, a sistematização não corresponde apenas ao meio em si, isto é, pode ocorrer tanto por ação das *fake news*, discurso de ódio, *cyberbullying*, ou qualquer outra ferramenta recém criada do mundo digital, senão é igualmente um padrão o ato de ofender a honra dos opositores para que sua credibilidade seja atingida. A denominada máquina de ódio retratada pela jornalista pretende, por meio da direta violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, ferir a honra e a imagem dos opositores para que, dessa forma, suas opiniões sejam deslegitimadas.

Ora, as *fake news*, o discurso de ódio e outras práticas do meio digital, nesse caso, não passam de uma massificação do *argumentum ad personam*, o qual se assemelha ao *argumentum ad hominem*, porém, sob a luz do pensamento de Arthur Schopenhauer, se diferenciam por aquele ser puramente um golpe à vaidade humana. Em outras palavras, seja em temas políticos, econômicos, sociais, ou qualquer discussão válida dentro do âmbito constitucional, esses métodos não pretendem discutir o mérito, mas abandonar o objeto por completo e dirigir o ataque contra os adversários para ferir a sua dignidade.⁵¹

⁴⁹ MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital**. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

⁵⁰ Idem. Página 75 a 122.

⁵¹ SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão: 38 estratégias**. Tradução de Milton Camargo Mota. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017. Páginas 46 a 49.

Outro caso que demonstra esse uso das mídias digitais é apresentado por Irineu Barreto, quem explica, por meio de uma pesquisa empírica, não apenas a prática das notícias fraudulentas, mas seu método para vestir a fraude com roupagem de realidade:

A pesquisa obteve acesso aos grupos por meio de links públicos e analisou, entre 10 de outubro e 10 de dezembro de 2019, 56.558 mensagens disparadas por seus inscritos. A metodologia adotou ainda recorte qualitativo exploratório, o que significa que seu intuito não é extrapolar os resultados obtidos para todo o universo potencialmente representado por grupos de WhatsApp ou propagadores de Fake News políticas, e sim demonstrar a existência do fenômeno, consubstanciar sua compreensão e entendimento para novos estudos e enfoques. O método qualitativo contrapõe-se, nesta pesquisa, aos estudos estatísticos e determinísticos, ou seja, não se pretende mensurar o fenômeno na sua quantidade, tampouco extrapolar os resultados aqui apresentados para grupos similares, o que não seria suportado estatisticamente.

Tendo em vista a volumosa quantidade de mensagens disparadas o estudo elegeu, preliminarmente, como objeto de observação, mensagens voltadas a atacar o Supremo Tribunal Federal, imprensa e políticos opositores ao governo federal. Porém, **a pesquisa desnudou um status de guerra permanente como estratégia de disparo de conteúdo, consubstanciada na perceptível sincronização entre as mensagens disseminadas via WhatsApp e os acontecimentos políticos cotidianos, um *aggiornamento* entre a agenda política diária e o conteúdo disparado via aplicativo de mensagens.**

Essa guerra permanente se desenrola da seguinte forma: caso algum acontecimento – como o Sínodo da Amazônia, o derramamento de petróleo na costa brasileira ou a apreciação pelo STF da tese que estabeleceu o trâmite em julgado após condenação em segunda instância – pudesse ser **utilizado como subterfúgio para ataques ao governo federal ou fustigar seus apoiadores políticos, a máquina de disparo de Fake News, ato contínuo, se fazia acionar.** Assim, a pesquisa presenciou ataques permanentes ao STF, imprensa, políticos não-alinhados, universidades, artistas, ambientalistas, ONGs, feministas, movimentos sociais e defensores dos direitos humanos.⁵² (Grifamos)

Nos mesmos moldes da obra de Patrícia Campo Mello, o trecho mencionado demonstra o uso das notícias fraudulentas para atacar, não o mérito das questões, mas, nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, seus Ministros e outras figuras. Sobre as ofensas, utilizou-se ainda o termo “guerra permanente”, o que remete, mais uma vez, à ideia de sistematização.

A guerra permanente é outro elemento crucial para a eficácia da rede de ódio criada por extremistas, visto que a recorrência das práticas de *fake news* e do discurso de ódio é diretamente proporcional ao grau de sua eficácia. Em outras palavras, tem-se que não basta ofender a honra e a imagem de sujeitos ou instituições apenas uma vez, senão é sobre manter o público constantemente desinformado, como se estivessem sujeitos a uma realidade paralela.

⁵² BARRETO, Irineu. **Fake News: Anatomia da Desinformação, Discurso de Ódio e Erosão da Democracia.** (Coleção direito eleitoral). São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598841. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598841/>. Acesso em: 27 abr. 2023. Página 20.

Diante desse cenário, bem como de outros casos reais apresentados por Irineu Barreto como a desinformação diante da Pandemia de COVID-19⁵³ e as campanhas contra as urnas eletrônicas e o sistema eleitoral brasileiro⁵⁴, encontra-se um último elemento a ser citado, a “obsessão da conspiração”⁵⁵. Essa outra característica do Ur-Fascismo, descrito por Umberto Eco, trata sobre a necessidade de regimes populistas constituírem um cenário conspiratório constante, em que tanto no âmbito nacional, quanto internacional, exista um plano para atingir a pátria.

Em todos os casos mencionados, seja pela origem do vírus causador da pandemia, a legitimidade das urnas eletrônicas, a idoneidade do Supremo Tribunal Federal ou dos jornalistas da mídia, existe um interesse em criar um clima de desconfiança geral. Desse modo, o Ur-Fascismo, na forma de qualquer movimento extremista que utilize essas práticas, tentará desinformar a população para que se sinta ameaçada.

Nada obstante, o discurso de ódio se torna ainda mais fértil no terreno da desinformação, visto que suas raízes, diante de um sentimento de medo da população por conspirações plantadas, faz com que seja muito mais fácil enxergar em ideias opositoras um inimigo. A pluralidade, diante desse mecanismo, se torna uma ameaça, ferindo tanto a integridade da oposição, quanto a própria democracia em si.

Observada a complexidade desse cenário, diante do inegável vínculo entre as práticas do discurso de ódio e as *fake news* e o ataque a direitos fundamentais como a informação, a dignidade da pessoa humana e a segurança nacional, evidencia-se a inconstitucionalidade. É inconcebível que a liberdade de expressão, dentro de seu essencial papel constitucional, seja confundida com esses atos eminentemente antidemocráticos.

As *fake news*, o discurso de ódio e outros métodos com vínculo na violação de direitos fundamentais não podem ser enxergados como formas constitucionais de manifestação. Primeiramente, a liberdade de expressão, conforme se demonstrou, não é absoluta e, nada obstante, utilizar um direito para atacar outros preceitos fundamentais já é, por si só, incoerente com a Carta de 88.

⁵³ Idem. Páginas 21 e 22.

⁵⁴ Idem. Página 23.

⁵⁵ ECO, Umberto. **O fascismo eterno**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2020. Página 50 e 51.

Por fim, retoma-se a conclusão sobre os limites constitucionais da liberdade de expressão, contando com os argumentos fornecidos pela análise do cenário atual da comunicação digital. Entende-se que não há legalidade em manifestação que fira deliberadamente direito fundamental, isso significa que como as práticas mencionadas têm por natureza desinformar, ou incitar discriminação, hostilidade ou violência, não merecem, portanto, proteção da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Em primeiro plano, este estudo entendeu que a liberdade de expressão é um direito fundamental com caráter principiológico, fato que implica algumas considerações importantes. Compreendendo que princípios não são absolutos, tem-se que essa característica do direito fundamental à liberdade de expressão demonstrará que ele, igualmente, não pode ser desprovido de qualquer limite, senão encontra barreiras nos demais princípios instituídos pela Carta de 88, observado o devido método de sopesamento.

Nada obstante, além da natureza dos princípios demonstrar as limitações desse direito, sua associação com o Estado Democrático de Direito é também fundamental para verificar essa questão. Conforme positivado pelo Poder Constituinte Originário em 1988, a liberdade de expressão não corresponde apenas ao direito de se manifestar, porquanto sua real eficácia está igualmente ligada ao direito à informação, ou seja, trata-se da existência de uma via de mão dupla.

Nessa toada, além desses direitos, existem responsabilidades a eles inerentes, já que o direito à informação, por exemplo, pressupõe a não desinformação, o que significa que a Constituição Federal, além de se preocupar com a qualidade do direito de se manifestar, determinou, por exemplo, deveres aos meios de comunicação para que garantissem a eficácia do direito de se informar. Sob essa ótica, surgem no artigo 220 e seguintes os primeiros limites constitucionais da liberdade de expressão, aqueles que são vinculados ao seu próprio conceito, bem como sua conexão com o Estado Democrático de Direito.

Verificado que além dos limites do capítulo da comunicação social da Constituição Federal, nota-se que o constituinte, ainda no artigo 220, *caput*, positivou o mais abrangente limite desse direito fundamental, observar “o disposto nesta Constituição”. Sob a luz desse trecho, retoma-se a ideia de que os princípios assegurados pela Carta de 88 não são absolutos e, em razão disso, devem respeitar os demais termos dispostos pela mesma lei que os criou.

Em outras palavras, conclui-se que a liberdade de expressão está limitada constitucionalmente por todos os eventuais conflitos principiológicos que venham a ocorrer pelo cotidiano exercício do direito em questão, observando, em cada caso, o sopesamento. Isso significa, portanto, que tanto a segurança nacional, a dignidade da pessoa humana, ou até mesmo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, podem ser entraves à sua prática.

É ainda necessário ressaltar que o presente trabalho não faz qualquer apologia à censura, isto é, não se trata de limitar o direito fundamental objeto deste estudo a ponto de silenciar opiniões legítimas por meio de arbitrariedade, tampouco de sugerir censura prévia. As conclusões apresentadas demonstram a necessidade de observar a liberdade de expressão dentro do contexto da Constituição Cidadã, sendo imprescindível para tanto compreender tanto os direitos, quanto os deveres que derivam de sua previsão legal.

Conforme foi vislumbrado pelos exemplos fornecidos, bem como diante das obras e fatos abordados, a liberdade de expressão é utilizada inúmeras vezes para fins inconstitucionais, em que são ameaçados os mais imprescindíveis direitos fundamentais que sustentam o ordenamento jurídico nacional. Diante desse cenário, não há de existir complacência com estas práticas, senão afirmar a inconstitucionalidades de discursos sistematizados como as *fake news* e o discurso de ódio, não apenas para garantir aquele direito, mas a existência de sua eficácia dentro do Estado Democrático de Direito.

Em suma, a liberdade de expressão é limitada constitucionalmente para que possa existir dentro de sua própria definição, isto é, trata-se de princípio não absoluto que funciona em prol do Estado de Direito, atendendo aos interesses democráticos, garantindo o direito de manifestação e de informação, e respeitando os demais princípios que sustentam a civilidade da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2008.
- ALVES, Alaôr Caffé. **O que e a filosofia do direito?**. Barueri - SP: Manole, 2004.
- ALBRIGHT, Madeleine. **Fascismo: um alerta**. Tradução de Jaime Biaggio. São Paulo: Planeta, 2018.
- BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Edições Almedina, 2007.
- BARRETO, Irineu. **Fake News: Anatomia da Desinformação, Discurso de Ódio e Erosão da Democracia**. (Coleção direito eleitoral). São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598841. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598841/>. Acesso em: 26 abr. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BENTIVEGNA, Carlos Frederico B. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. Barueri - SP: Editora Manole, 2019. E-book. ISBN 9788520463321. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520463321/>. Acesso em: 24 mar. 2023.
- BUCCI, Daniela. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2018. E-book. ISBN 9788584933211. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584933211/>. Acesso em: 26 mar. 2023.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- ECO, Umberto. **Construir o inimigo e outros escritos ocasionais**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2021.
- ECO, Umberto. **Migração e intolerância**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2020.
- ECO, Umberto. **O fascismo eterno**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2020.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação**. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GORDILLO, Agustin. **Princípios Gerais de Direito Público**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes; ARAUJO; Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 23ª edição. Santana de Parnaíba [SP]: Editora Manole, 2021. E-book. ISBN 9786555769838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555769838/>. Acesso em: 21 fev. 2023.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. 1ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência Política, Estado e Direito Público: uma introdução ao Direito Público da contemporaneidade**. 3ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2. p. 135-164, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.56183. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i2.56183>

MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital**. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34ª edição. São Paulo: Atlas, 2018.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão: 38 estratégias**. Tradução de Milton Camargo Mota. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. Editora Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª edição, 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.