

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

STEPHANIE FRANCISCHETTI BASTOS

**OS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

SÃO PAULO

2024

STEPHANIE FRANCISCHETTI BASTOS

**OS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para obtenção do título de bacharel em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo.

SÃO PAULO  
2024

Dedico a Deus e a minha família; sem eles eu não teria capacidade para desenvolver este trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, que permitiu com que eu tivesse saúde e determinação para a conclusão desta etapa.

Agradeço aos meus pais por nunca terem medido esforços para proporcionar um ensino de qualidade durante toda essa jornada.

Agradeço aos meus amigos, que estiveram ao meu lado e contribuíram para essa formação.

Agradeço ao meu orientador, pelo apoio e pela condução deste trabalho.

Agradeço à Professora Flávia Piovesan, que foi minha professora durante todo o curso de Direito Constitucional e que me deu a oportunidade de ser monitora em sua disciplina, influenciando, assim, na escolha do tema do presente trabalho.

Agradeço a todas as pessoas que diretamente ou indiretamente contribuíram para minha formação, que convivi e tiveram impacto na minha formação acadêmica.

Agradeço aos meus colegas de curso que convivi durante toda essa trajetória, fizemos trocas de experiências, que me permitiram crescer não só como pessoa, mas como formando.

O meu sincero agradecimento a todos vocês!

*Quando há pessoas que constituem uma exceção à aparente unanimidade do mundo sobre qualquer assunto, mesmo que o mundo esteja do lado certo, é sempre provável que os que discordam tenham a dizer algo que valha a pena ouvir, e que a verdade perderia algo com o seu silêncio.*

*(John Stuart Mill)*

## RESUMO

O presente trabalho versa acerca dos limites impostos à liberdade de expressão. O trabalho possui como objetivo geral identificar quais são os limites à liberdade de expressão elencados pelo direito brasileiro. Para compreender os limites existentes, a monografia está dividida em quatro seções. A primeira seção apresenta o conceito de liberdade de expressão. A segunda seção analisa historicamente a presença do direito à liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro. A terceira seção trata da limitação dos direitos fundamentais, além de elencar os limites à liberdade de expressão em espécie apresentados tanto no texto constitucional como em legislação infraconstitucional ou, ainda, por meio da aplicação da técnica de ponderação. A quarta e última seção analisa dois *leading cases* do Supremo Tribunal Federal sobre a limitação do direito à liberdade de expressão, com destaque para a aplicação da técnica de ponderação. Os resultados do trabalho demonstram que o direito à liberdade de expressão, enquanto espécie de direito fundamental, não é absoluto, e encontra limites no texto constitucional bem como no princípio da proporcionalidade, empregado em diversos casos julgados pelo STF.

**Palavras-chaves:** Liberdade de expressão. Limites. Direitos fundamentais. Proporcionalidade.

## ABSTRACT

This paper discusses the limits of freedom of expression. The general point of this work is to identify the limits to the right to freedom of expression established by Brazilian law. In order to understand the limits, this monograph is divided into four sections. The first section presents the concept of freedom of expression. The second section analyzes the historical presence of the right to freedom of expression in Brazilian constitutional law. The third section discusses the limits of fundamental rights, in addition to identifying the limits to freedom of expression set out in species, whether they are present in the constitutional text, in infra-constitutional legislation or even through the application of the balancing technique. The fourth and final section will analyze two leading cases of the Federal Supreme Court concerning the limits on the right to freedom of expression, focusing on the application of the balancing technique. The results of the work show that the right to freedom of expression, as a form of fundamental right, is not absolute, and is limited by the constitutional text and by the principle of proportionality, which has been used in several cases judged by the Supreme Court.

**Keywords:** Freedom of expression. Limits. Fundamental rights. Proportionality.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
<b>1. COMPREENDENDO AS NUANCES DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1. O direito geral de liberdade .....</b>	<b>11</b>
<b>1.2. A complexidade do conceito de liberdade de expressão .....</b>	<b>14</b>
<b>2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....</b>	<b>20</b>
<b>2.1. Abordagem do direito de liberdade de expressão pelo constitucionalismo brasileiro .....</b>	<b>20</b>
<b>2.2. A liberdade de expressão na Constituição de 1988 .....</b>	<b>23</b>
<b>3. OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL .....</b>	<b>25</b>
<b>3.1. Limitação dos direitos fundamentais .....</b>	<b>25</b>
<b>3.2. Limitações em espécie ao direito à liberdade de expressão .....</b>	<b>28</b>
3.2.1. Limitações expressas na Constituição Federal de 1988 .....	29
3.2.2. A proporcionalidade como limite .....	32
3.2.2.1. <i>A polêmica acerca dos discursos de ódio e das notícias falsas .....</i>	<i>35</i>
<b>4. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....</b>	<b>38</b>
<b>4.1. Habeas Corpus n. 82.424/RS: liberdade de expressão <i>versus</i> dignidade da pessoa humana .....</b>	<b>38</b>
<b>4.2. Reclamação n. 38.782/RJ: liberdade artística <i>versus</i> liberdade religiosa .....</b>	<b>43</b>
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	46
REFERÊNCIAS .....	50

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Agravo de Instrumento
ART.	Artigo
ARTS.	Artigos
CF	Constituição Federal
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
MIN.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição Federal de 1988 são de extrema importância para o exercício das liberdades individuais, dentre eles, o direito à liberdade de expressão. O direito que cada cidadão possui de expressar seus pensamentos e opiniões é, sem dúvida, fator crucial em uma democracia. Ocorre que, assim como os outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão não possui caráter absoluto, de forma que, quando em conflito com outros direitos fundamentais, deve-se ponderar qual direito prevalecerá.

Diferentemente de outros direitos fundamentais, por se tratar de campo que envolve opinião e subjetivismo, o direito à liberdade de expressão apresenta dilemas quando se choca com outros valores e interesses, como a proteção da dignidade humana, a prevenção do discurso de ódio, a segurança nacional, a privacidade e a reputação.

Diante do atual cenário em que as redes sociais e a internet são agentes cada vez mais presentes na formação da opinião pública e na disseminação de informações, as questões relacionadas à liberdade de expressão e seus limites ganharam destaque, principalmente quanto aos problemas gerados pelo discurso de ódio e pelas *fake news*.

Nesse sentido, o presente trabalho busca analisar o conceito de liberdade de expressão e delimitar quais os limites existentes a este direito no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, a presente monografia foi dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo irá abordar o conceito de direito geral de liberdade, que possui como um de seus desdobramentos a liberdade de expressão. Para atingir este objetivo, será abordado, brevemente, os diplomas internacionais que influenciaram sua construção, bem como pensadores clássicos. Após essa exposição, será abordado o conceito do direito à liberdade de expressão, em seu sentido amplo, tecendo breves considerações em relação a sua abordagem no texto da Constituição Federal de 1988.

O segundo capítulo é dedicado à análise do direito à liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro, de forma que serão mencionados os artigos das Constituições anteriores à atual, de forma a analisar quais mudanças ocorreram quanto à definição e à extensão do direito à liberdade de expressão até sua consolidação como direito fundamental.

O terceiro capítulo irá tratar da limitação dos direitos fundamentais. Em primeiro momento, será explicado como ocorre a definição destes direitos e quais as teorias explicam a sua limitação. Posteriormente, será analisado o contexto pátrio, de forma a elencar as limitações ao direito à liberdade de expressão, sendo elas explícitas na Constituição de 1988, presentes em leis infraconstitucionais ou, ainda, por meio da técnica de ponderação. Nesse sentido, será

explicado como se aplica o princípio da proporcionalidade aos casos considerados difíceis, com enfoque para os casos que envolvem notícias falsas e discursos de ódio.

O quarto capítulo é dedicado à aplicação prática do conceito de liberdade de expressão e dos seus limites, por meio da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dentre diversos casos existentes, o presente trabalho irá analisar o Habeas Corpus n. 82.424/RS, que trata da liberdade de expressão em confronto com a dignidade da pessoa humana, e a Reclamação 38.782/RJ, que trata da liberdade artística em confronto com a liberdade religiosa.

## **1. COMPREENDENDO AS NUANCES DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

O presente capítulo irá se dedicar à análise conceitual da liberdade de expressão. Em vista da complexidade deste direito, primeiro será abordado o direito geral de liberdade, a fim de compreender a essência desta, através do entendimento de pensadores clássicos e contemporâneos. A partir disso, será abordado um dos desdobramentos da liberdade, que é a liberdade de expressão em sentido amplo, que engloba tanto a manifestação de pensamento quanto à liberdade de expressão.

### **1.1. O direito geral de liberdade**

Para Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), é possível identificar, além dos direitos específicos de liberdade, um direito geral de liberdade. A explicação para o destaque dos direitos da liberdade possui fundamento nas primeiras declarações de direitos, além de reproduzir o catálogo direitos da pessoa humana difundidos pela literatura política e filosófica de matriz liberal.

Nesse sentido, conforme Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 4º, expressa que o direito fundamental de liberdade está fundamentado na ideia de liberdade geral: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica ao outro”. Trata-se, dessa forma, de preceito consagrado no pensamento dos autores clássicos do liberalismo, segundo o qual a liberdade pessoal de todo ser humano deve ser exercida de forma a ser possível desenvolver suas faculdades e vontades naturais, livres de qualquer interferência externa.

Para Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), portanto, a noção de um direito geral de liberdade guarda íntima relação com a ideia de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Ademais, observa o autor que a liberdade assume o papel de valor, princípio e direito no sistema constitucional brasileiro. Esse entendimento possui relação com a noção de um Estado Democrático de Direito, de forma que não apenas o direito geral de liberdade, como também os direitos especiais de liberdade (incluindo as liberdades políticas e sociais) e os demais direitos fundamentais são pilares do sistema democrático.

No campo dos autores clássicos, cabe mencionar o entendimento de Robert Alexy (2017), para quem, ao tratar do conceito de liberdade, há ligação entre o termo “liberdade” e

uma conotação emotiva positiva, de forma que se torna convidativo ao ouvinte para que compartilhe esse valor.

Quanto ao sentido jurídico de liberdade, Alexy (2017) entende que há duas formas distintas de representar a liberdade. A primeira forma de entendê-la é analisando sua estrutura. Assim, deve-se ter como pressuposto que a liberdade não é um objeto, mas uma qualidade, que pode ser atribuída às pessoas, ações e sociedades. A liberdade seria, para este primeiro entendimento, a falta de embaraços, restrições ou resistências de qualquer espécie, ou seja, trata da liberdade positiva. O outro sentido de liberdade possui relação com a permissão jurídica. Com isso, uma pessoa é livre em sentido negativo quando a liberdade não dita o que ela pode fazer, apenas apresenta as possibilidades de fazer algo.

Retomando o limite tratado pelos pensadores liberais, segundo Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), existem algumas relações cruciais no campo do direito geral de liberdade. A primeira relação é entre a liberdade positiva e a liberdade negativa. A segunda relação é entre a liberdade formal e a liberdade material. Há, ainda, uma terceira relação, entre liberdade e legalidade.

Para compreender melhor a diferença entre a liberdade positiva e a liberdade negativa, segundo Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), um exemplo é o direito à associação, previsto no art. 5º, incisos XVII e XX, CF/88. No âmbito positivo, o direito de associação permite a constituição e organização de novas associações, bem como a possibilidade de ingresso e participação de associações já existentes. Por outro lado, a liberdade negativa remete ao entendimento de que é possível que o indivíduo decida não integrar mais a associação da qual faz parte, abandonando-a. Esse entendimento foi, inclusive, acolhido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 2.054.

De forma complementar, cabe mencionar o entendimento de Isaiah Berlin (2002, p. 228-229), para quem a liberdade “é um termo cujo significado é tão poroso que não parece capaz de resistir a muitas interpretações”. Sua obra destaca as acepções positiva e negativa da liberdade.

A liberdade negativa, no entendimento de Berlin (2002), corresponde à área em que o homem tem a possibilidade de agir sem ser obstruído por outros. Contudo, o autor comenta que “os homens são em grande parte interdependentes, e nenhum homem é capaz de agir de forma tão completamente privada a ponto de nunca interferir, de maneira alguma, na vida dos outros” (Berlin, 2002, p. 231).

Berlin (2002, p. 231) também aponta que, na discussão sobre a importância da liberdade individual negativa, “oferecer direitos políticos ou salvaguardas contra a intervenção do Estado a homens seminus, analfabetos, subnutrido e doentes é zombar de sua condição: eles precisam

de ajuda médica ou educação antes de poderem compreender ou aproveitar um aumento em sua liberdade”. Questiona ainda qual o sentido de liberdade para aqueles que não podem exercê-la, e qual seria o valor da liberdade nos cenários que não apresentam condições adequadas para o seu uso.

Ao analisar o entendimento de outros pensadores clássicos, Berlin (2002) observa que a discussão sobre a liberdade sempre esbarra no fato de que esta não é absoluta, de forma que o indivíduo deve renunciar a alguma liberdade própria para preservar o resto. Contudo, há uma eterna discussão sobre qual seria a essência a ser preservada, sendo que há diferentes princípios que podem ser utilizados como norteadores, “seja o da lei natural, o dos direitos naturais, da utilidade, das manifestações de um imperativo categórico, da santidade do contrato social ou o de qualquer outro conceito com que os homens têm procurado esclarecer e justificar suas convicções” (Berlin, 2002, p. 233).

No caso da liberdade positiva, Berlin (2002) observa que os homens possuem a vontade de serem agentes de suas vidas, serem sujeitos, e não objetos, contudo, deve-se reconhecer que há momentos em que a coação dos homens em alguma meta é justificável, por conta de falta de conhecimento, que os leva a agir de forma ignorante e corrupta.

Quanto a segunda relação crucial no âmbito do direito geral, abordada por Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), esta corresponde a diferença entre liberdade formal e liberdade material. A primeira é garantida pela letra da lei, assumindo, assim, uma feição jurídica, enquanto a segunda é expandida para o campo prático, de forma que a proteção de ambas as dimensões da liberdade é essencial para o alcance das exigências da dignidade da pessoa humana, correspondendo ao fundamento do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a liberdade formal assume a feição de uma liberdade jurídica, no sentido de uma liberdade de matriz liberal, ou seja, quando, no entendimento de Alexy (2017), é permitido fazer algo ou deixar de fazê-lo como consequência de algo que não é nem obrigatório, nem proibido. Para o autor, a liberdade material, por sua vez, além da liberdade liberal (liberdade formal ou jurídica), abarca uma liberdade econômico-social, que implica a ausência de barreiras econômicas que tenham por consequência o embaraço e mesmo o impedimento do exercício de alternativas de ação.

Por fim, a terceira relação crucial é entre a liberdade e a legalidade. De forma explícita, é possível encontrar esse vínculo no art. 5º, II, CF/88, *in fine*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Dessa forma, a lei é o meio utilizado no Estado de Direito a fim de garantir e, ao mesmo tempo, regular a liberdade.

Nesse sentido, segundo Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), há incorporação da ideia de liberdade consagrada pelo liberalismo burguês do século XVIII, com destaque para a Revolução Francesa, cuja lição emblemática encontra-se no já mencionado art. 4º da Declaração de Direitos de 1789, com destaque para a parte final, que prevê que “estes limites somente podem ser estabelecidos pela lei”. A relação entre liberdade e legalidade também pode ser avaliada sobre o prisma da consolidação do Estado de Direito, de forma que este conta com a existência de um conjunto coeso de normas, organismos e procedimentos que atuam para que a liberdade dos cidadãos seja garantida.

De forma a complementar às garantias constitucionais da liberdade, para Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), dado o poder que as leis exercem sobre o direito de liberdade, a ordem constitucional prevê mecanismos de controle de constitucionalidade, de forma a garantir a fiscalização formal e material da lei em face da Constituição.

Nesse sentido, conforme Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), conclui-se que o direito geral de liberdade estimula o conjunto dos direitos de liberdade em espécie, que atuam como direitos fundamentais autônomos com seu respectivo âmbito de proteção.

Diante da compreensão do conceito geral de liberdade, será analisado a seguir o conceito de liberdade de expressão.

## **1.2. A complexidade do conceito de liberdade de expressão**

Ao analisar a liberdade de expressão, observa-se que é uma tarefa complexa delimitar um significado preciso, principalmente porque a Constituição Federal utiliza o termo como um conceito amplo, que engloba diversos direitos específicos.

Segundo Mendes, Branco (2024), a liberdade de expressão engloba toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento em face de qualquer assunto ou de qualquer pessoa, no caso de temas que envolvem o interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não.

Cabe mencionar que, conforme Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), apesar de a Constituição Federal de 1988 tratar da livre manifestação do pensamento e da liberdade de expressão em dispositivos distintos, tais liberdades podem ser analisadas de forma conjunta, pois correspondem a um complexo de liberdades comunicativas. Para facilitar, porém, o aprofundamento do tema, o legislador optou pelo termo genérico liberdade de expressão.

Nesse contexto, para Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), tanto a liberdade de manifestação do pensamento quanto a liberdade de expressão estão presentes desde a primeira

fase do constitucionalismo moderno. Ambas encontram fundamento na dignidade da pessoa humana, na autonomia e no livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, além de representar uma relação social e política, expressa pela garantia da democracia e do pluralismo político, o que corresponde a uma espécie de livre mercado das ideias, revelando-se, assim, como uma dimensão transindividual, uma vez que a liberdade de expressão e os seus respectivos limites atuam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social.

A liberdade de expressão como meio para o desenvolvimento pessoal também é abordada por John Stuart Mill (2018), para quem as opiniões que divergem da maioria também possuem legitimidade, ainda que falsas, uma vez que a opinião dissonante poderá fornecer o resto da verdade, da qual a doutrina dominante compreende apenas uma parte.

Nesse sentido, cabe mencionar o seguinte trecho da obra de Mill (2018, p. 94-95):

Quando há pessoas que constituem uma exceção à aparente unanimidade do mundo sobre qualquer assunto, mesmo que o mundo esteja do lado certo, é sempre provável que os que discordam tenham a dizer algo que valha a pena ouvir, e que a verdade perderia algo com o seu silêncio.

No entendimento de Mill (2018), tendo por pressuposto que opiniões dissonantes enriquecem o debate e a verdade, estabelecer o limite ao direito à liberdade de expressão é delicado, uma vez que os discursos quase sempre poderão fazer com que alguém se sinta ofendido, e, portanto, pleiteie a sua limitação, incorrendo em censura, a qual não deve ser aceita no contexto da liberdade de opinião.

Quanto à liberdade de pensamento, conforme explica Vidal Serrano Nunes Júnior (1997), o pensamento se encontra em uma zona inalcançável pela norma jurídica, sendo que, apenas quando convertido em opinião, isto é, quando exteriorizado, entrará no campo das relações sociais e poderá ser alvo de normatização. Assim, o direito à manifestação do pensamento também pode ser compreendido como direito de opinião, de forma que cada indivíduo possui o direito de formular juízos, conceitos e convicções e exteriorizá-los de forma livre.

De forma complementar, cabe mencionar que Ana Paula de Barcellos (2022) aponta que a liberdade de informação e a liberdade de expressão possuem pontos em comum, uma vez que esta compreende a comunicação de ideias e opiniões, enquanto a liberdade de informação engloba a liberdade de procurar, receber e divulgar fatos, sendo comum que opiniões e fatos sejam apresentados em conjunto. Aponta, ainda, que a liberdade de informação exige um compromisso mínimo com a imparcialidade e com a busca da verdade dos fatos, bem como o respeito à intimidade, podendo ser limitado também pela segurança do Estado e da sociedade.

Todavia, quando se aborda a liberdade de expressão, as opiniões não precisam estar pautadas na lógica do verdadeiro/falso.

Para Nunes Júnior (1997), a principal diferença entre a liberdade de opinião e a liberdade de expressão em seu sentido amplo é que a primeira corresponde a juízos conceituais, enquanto a segunda engloba as mais diversas formas de sensações humanas. Ademais, o autor aponta que há outras formas de manifestação, o que inclui a música, a fotografia, a pintura, entre outras formas, sendo que todas estas possuem como fator comum o fato de serem um fim em si mesmo.

Conforme explica Mendes, Branco (2024), é natural que o tema da liberdade de expressão seja associado ao discurso, contudo, no sentido amplo de expressão, um artista que pinta um quadro, compõe uma música ou realiza um ensaio fotográfico também está utilizando-se do direito de liberdade de expressão. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF n. 187 e da ADI n. 4.274, já proferiu entendimento de que a realização de marchas e manifestações públicas, que defendiam a descriminalização do uso de certa droga ilícita (maconha), representam uma forma de manifestação da liberdade de expressão por meio do direito de reunião, não cabendo a sua proibição e não sendo viável a qualificação do ato como crime de apologia do uso indevido de drogas.

Quanto à discussão sobre a liberdade de expressão ser um fim em si mesmo, André Ramos Tavares (2023), de forma diversa, defende que a liberdade de expressão foi criada em razão do Homem para atender aos seus interesses, de forma que não poderia ser entendida como um fim em si mesma, pois somente existe por conta do Homem. Outrossim, sendo considerada como um fim em si mesma, os limites seriam inadmissíveis, uma vez que teria natureza absoluta.

Nesta toada, Tavares (2023) passa a expor os propósitos da liberdade de expressão, cabendo citar, dentre outros propósitos existentes, a procura da verdade, a garantia de um mercado livre das ideias, a participação no processo de autodeterminação democrática, a proteção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade, além da expressão da personalidade individual.

Dentre os propósitos existentes da liberdade de expressão, Tavares (2023) destaca o propósito da autonomia individual, uma vez que o que impulsiona a liberdade de expressão é a possibilidade de conceder ao homem o privilégio de ser soberano sobre si mesmo, capaz de determinar sua personalidade individual. Nesse sentido, a liberdade de informação e de comunicação seriam formas de o indivíduo buscar o seu espaço através de discussões com outros indivíduos.

Para Tavares (2023), a liberdade de expressão, como gênero, engloba os seguintes direitos específicos: liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão.

Cabe mencionar, ainda, o entendimento de José Ricardo Alvarez Vianna (2010, p. 41) sobre a conceituação da liberdade de expressão:

A liberdade de expressão é a base de onde emanam inúmeros outros direitos de liberdade. É a partir dela que o indivíduo tem a possibilidade de externar, expressar seus pensamentos, suas ideias, seus sentimentos e emoções, suas opiniões sobre os mais variados temas, desde convicções filosóficas, políticas, religiosas, bem como se manifestar cultural, artística e cientificamente, o que lhe permite uma interação como o meio social; comunicando-se, transmitindo e recebendo informações; educando e sendo educado; formatando e repassando o conhecimento; novas visões de mundo. Isto faz do homem, não um mero espectador passivo e inerte da vida em sociedade, mas um efetivo integrante; um agente produtor e transformador da realidade em que vive.

Conforme expresso anteriormente no subcapítulo 1.1, a liberdade possui dimensões positivas e negativas. No caso da liberdade de expressão, segundo Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), esta engloba não só o direito de o indivíduo se exprimir como também o de não se expressar ou mesmo de não se informar. Nesse sentido, a liberdade de expressão possui como primeira face a característica de um direito de defesa, isto é, um direito negativo, que garante que a pessoa não seja impedida de exprimir e/ou divulgar suas ideias e opiniões, sem excluir, contudo, a sua outra face, que corresponde a uma dimensão positiva, referente ao direito de acesso aos meios de expressão, o que não deve ser confundido com um direito de acesso livre aos meios de comunicação social.

Ademais, para Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), a dupla dimensão subjetiva e objetiva da liberdade de expressão, de forma que, apresenta-se como direito subjetivo individual, o que pode resultar nos deveres de abstenção, ao mesmo tempo que possui caráter objetivo, importando em deveres estatais de proteção, que podem ser identificados não só pelas regulamentações, mas também pelas decisões dos órgãos judiciais.

No âmbito das subclassificações da liberdade de expressão, Tavares (2023) explica que a liberdade de expressão possui duas dimensões: uma substantiva e outra instrumental. A primeira dimensão, a substantiva, compreende o pensar, exercício de formar a própria opinião e exteriorizá-lo, sendo, assim, a essência da liberdade de expressão. A segunda dimensão, a instrumental, corresponde a possibilidade de formar a opinião através de diversos meios de divulgação do pensamento. Nesse sentido, a liberdade de expressão possui estrita relação com a educação em geral, que pode ocorrer por meio de periódicos, livros, rádio, televisão.

Cabe mencionar que a segunda dimensão complementa a primeira, de forma que o autor reflete sobre como não basta para um indivíduo formar a própria opinião e fechar-se nela, sendo que desenvolve a vontade de discutir sua opinião com seus pares, para entender se elementos pessoais de crença e outras opiniões o influenciarem neste caminho, bem como tentar convencer outros de suas ideias. Assim, há constante interação entre as dimensões, o que influencia no desenvolvimento das opiniões.

Além desta dimensão, Tavares (2023) aponta a dupla face da liberdade de expressão, representada pelas dimensões individual e coletiva. Devido à dimensão substantiva da liberdade de expressão, o indivíduo possui a chance de se formar, de ser sem ter de se adequar a um modelo previamente estabelecido, e é quanto a este sentido que a liberdade de expressão assume a sua dimensão individual. Todavia, não se deve excluir a dimensão coletiva, uma vez que a liberdade de expressão também afeta terceiros, que é associada à comunicação.

Contudo, para Ana Paula de Barcellos (2022), o contexto atual de desenvolvimento da vida digital e suas ferramentas têm dificultado a distinção entre a dimensão individual e coletiva da liberdade de expressão, uma vez que as redes sociais aproximaram estas duas dimensões.

Sobre a proteção da liberdade de expressão, Barcellos (2022) comenta que se trata de um direito em constante ameaça, pois indivíduos podem geralmente se utilizar de seu poder para impedir manifestações que sejam contra o seu interesse.

Barcellos (2022) aponta, ainda, que, historicamente, a liberdade de expressão apareceu diversas vezes ligada com a liberdade de crença religiosa e com a crítica política, todavia, não está restrita a estes campos.

Aliado ao direito de liberdade de expressão, cabe mencionar o direito de comunicação. Conforme explica Nunes Júnior (1997), a manifestação e a recepção do pensamento, a difusão de informações, a manifestação artística ou a composição audiovisual, quando transmitidas por um meio de comunicação de massa, compõem o direito de comunicação social. Nesse contexto, é de extrema importância entender que se trata de uma via de mão dupla: de um lado, a transmissão do pensamento está pautada pelos direitos fundamentais; de outro lado, há a necessidade de regular esses veículos ou meios de comunicação de massa.

O mencionado direito de informação, conforme explica Nunes Júnior (1997), é composto por três pilares: o direito de se informar, o direito de ser informado e o direito de informar. Ambas guardam interdependência, de forma que só se admite que uma pessoa possa informar se ela também puder se informar.

No caso do direito de informar, a Constituição Federal de 1988 garante o direito de liberdade, salvo em situações excepcionais. O art. 220, *caput*, CF/88, por exemplo, admite a

informação, sob qualquer forma ou veículo, afastando qualquer espécie de restrição. O caso excepcional ocorre toda vez que alguém tem a sua honra agravada através de um meio de comunicação, de forma que lhe é garantido uma contrainformação, ou seja, o direito de resposta, previsto no art. 5º, V, CF/88. O direito de se informar, por sua vez, corresponde aos casos em que é cabível *habeas data*. Por fim, o direito de ser informado, com base no art. 5º, XXXIII, CF/88, restringe-se aos casos relativos às atividades do Poder público.

Tendo em vista a complexidade do sentido de liberdade de expressão e os outros direitos da liberdade correlatos, será analisado a seguir a liberdade de expressão no contexto constitucional brasileiro.

## **2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Após a abordagem conceitual da liberdade de expressão, o presente capítulo irá abordar o referido direito nas constituições pátria, analisando, assim, a trajetória da liberdade de expressão enquanto direito positivado pelo constitucionalismo brasileiro, até a sua consolidação como direito fundamental na Constituição de 1988, mencionando, ainda, os diplomas internacionais que influenciaram o texto pátrio.

### **2.1. Abordagem do direito de liberdade de expressão pelo constitucionalismo brasileiro**

Historicamente, a Constituição Federal de 1988 foi de extrema importância para a consolidação das liberdades de expressão. Todavia, deve-se observar que os textos anteriores já tratavam do assunto.

Conforme aponta Sarmiento, Osorio (2023), durante a Antiguidade, a participação dos cidadãos nas discussões travadas nas praças públicas representava a essência da cultura política grega. Contudo, a ideia da liberdade de expressão como um direito apenas foi aprimorada depois do advento da Modernidade, no contexto do iluminismo jusnaturalista, principalmente por conta da quebra da unidade religiosa decorrente da Reforma Protestante, com a consequente erosão da ideia de “verdade” teologicamente fundada; da valorização crescente da racionalidade humana; da preocupação com a contenção do poder político, visto como ameaça à liberdade individual; e do desenvolvimento da imprensa, a partir da disseminação da invenção de Gutenberg. A partir do século XVIII, é possível verificar que as principais declarações de direitos e documentos constitucionais consolidam a liberdade de expressão.

No contexto nacional, porém, explica Sarmiento, Osorio (2023) que não se cogitava desta liberdade durante o regime colonial, momento em que havia opressão exercida pela metrópole, para quem a difusão de novas ideias políticas no país não lhe interessava, como o contexto cultural em que se deu a colonização, embebido pelos valores de rigidez e intolerância da Contrarreforma. Todavia, com a independência do Brasil, a proteção da liberdade de expressão fez-se presente em todas as nossas Constituições, com variações na sua amplitude decorrentes da natureza mais ou menos aberta dos respectivos regimes políticos, conforme será exposto adiante.

Nesse sentido, a Carta Imperial de 1824, em seu art. 179, IV, consagrou a liberdade de expressão, vedando a censura:

Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

Ocorre que, conforme observa Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), no cenário de um país predominantemente rural, a censura ainda predominava na prática, por parte das lideranças locais, quando ousavam criticá-las. Há registros de violações graves no 1º Reinado e no período da Regência, havendo melhora durante o período do 2º Reinado, apesar de contantes ataques constantemente desferidos pela imprensa contra D. Pedro II.

A Constituição de 1891, a primeira republicana, tratou do tema no art. 72, § 12, o qual manteve as liberdades públicas, ainda que, na prática, tenha ocorrido diversos casos de censura, com empastelamento de jornais e perseguição aos adversários políticos dos governantes:

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

No comentário de Carlos Maximiliano (2005, p. 691 *apud* Sarlet, Marinoni, Mitidiero, 2024, p. 228) à Constituição brasileira de 1891, a liberdade pode ser entendida como o direito inerente a todo homem para que ele utilize suas faculdades naturais ou adquiridas para garantir seus interesses, desenvolvendo, assim, sua personalidade própria, sendo o único limite desse exercício o respeito ao direito idêntico atribuído aos seus semelhantes.

Na Constituição de 1934, houve maior detalhamento, conforme redação do art. 113, n. 9:

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

A Constituição de 1937, todavia, marcada pelo período conhecido ditadura do Estado Novo, distanciou-se um pouco da ideologia liberal, estabelecendo rígidas limitações ao exercício da liberdade de expressão, como pode ser extraído do art. 122, n. 15 e alíneas a, b e c:

Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

A Constituição seguinte, de 1946, editada após a redemocratização do país, ainda apresentou algumas limitações ao exercício da liberdade de expressão, como pode ser observado em seu art. 141, § 5º:

É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Tal fórmula foi seguida quase que integralmente pela Constituição de 1967, que optou por pequenos ajustes na redação, de forma que o art. 150, § 8º prevê:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição a censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

Cumprir ressaltar que neste período ocorre um recrudescimento do regime militar, culminando na edição do Ato Institucional n. 5, que conferiu poderes praticamente ilimitados ao Presidente da República para cassar e restringir direitos dos seus opositores, inclusive quanto à manifestação política, retirando, assim, tais atos da esfera de apreciação do Poder Judiciário.

Em 1969, é editada a Emenda Constitucional n. 1 pelos ministros militares que então governavam o país, de forma a conferir nova texto à Carta de 1967. A nova redação prezou por uma fachada liberal do regime, com a consagração da liberdade de expressão (art. 153, § 8º), sujeita aos mesmos limites antes previstos, tendo sido acrescida a proibição de “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”.

Com a alteração resultante da EC 1/1969, o art. 153, § 8º (antigo art. 150), passou a estabelecer:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

A partir do final da década de 1970, por meio de lento processo de abertura do país, as restrições à liberdade de expressão foram atenuadas, resultando na eleição indireta de um governo civil em 1985. Com o intuito de consolidar a redemocratização do país, instaura-se uma Assembleia Constituinte, na qual se assume a proteção da liberdade de expressão dos

cidadãos e dos meios de comunicação social como uma meta de extrema relevância, culminando, assim, no texto da Constituição cidadã de 1988.

## **2.2. A liberdade de expressão na Constituição de 1988**

Antes de abordar a redação da Constituição Federal de 1988, será mencionado, com base em Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), os diplomas que influenciaram a atual redação. Nesse contexto, no âmbito internacional, é possível observar que o texto da Constituição cidadã possui semelhança com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, referente ao contexto dos direitos humanos.

Cabe destacar o art. 19 da referida declaração, segundo o qual “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; 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.”.

Outro diploma que deve ser mencionado é o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, ratificado pelo Brasil, o qual foi incorporado ao direito interno em 1992, com destaque para o seu art. 19.1:

Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha.

Outrossim, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), também ratificada pelo Brasil, estabelece em seu art. 13.1:

Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

Cabe mencionar, ainda, o art. 10.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, segundo o qual “qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras”. Ademais, o art. 11.1 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia dispõe que “todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras”.

Após esse parâmetro das influências externas, cabe analisar o texto da Constituição Federal de 1988.

Segundo Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), as liberdades de expressão assumiram importante papel no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, quando o art. 5º, IV, CF/88, enuncia que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, estabelece uma espécie de cláusula geral, que, em conjunto com outros dispositivos constitucionais, apresentam uma estrutura complexa de proteção da liberdade de expressão nas suas diversas manifestações.

Outrossim, o art. 5º, V, CF/88, estabelece que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. O inciso VI do referido artigo prevê que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Deve-se destacar, ainda, o art. 5º, IX, CF/88: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Quanto ao caráter de diálogo entre os artigos constitucionais, conforme Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), a fim de exemplificar o exposto, o art. 206, II, CF/88, dispõe sobre a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, no âmbito das diretrizes do ensino. Ademais, o art. 220, CF/88, estabelece 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”.

No campo constitucional, Nunes Júnior (1997) observa que os dispositivos que tratam da proteção da liberdade de expressão (art. 5º, IV e 220, *caput*, § 2º, CF/88) garantem a expressão através da proibição da censura, seja ela direta ou indireta. Quanto a definição de censura, no entendimento de José Cretella Júnior (1992, 256 *apud* Nunes Júnior, 1997, p. 29), a censura ocorre quando os meios de comunicação seguem padrões discricionários estabelecidos por autoridades ou dentro de limites determinados por lei, podendo ser prévia ou posterior.

A partir do exposto e, visto que se trata de direito fundamental, cumpre analisar a seguir como ocorre a limitação dos direitos fundamentais, quais as teorias existentes e como aplicá-las nos casos concretos.

### **3. OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL**

Em face do caráter de direito fundamental da liberdade de expressão, o presente capítulo irá abordar a fundamentação jurídica para a limitação deste direito, através das teorias interna e externa. Quanto às limitações em espécie, serão abordadas as limitações contidas na Constituição Federal de 1988, além da teoria da ponderação, que é empregada em diversos casos pelo Judiciário. Ademais, para a compreender a aplicação da teoria da proporcionalidade, o presente capítulo irá explicá-la destacando os casos que envolvem o discurso de ódio e a disseminação de notícias falsas.

#### **3.1. Limitação dos direitos fundamentais**

Segundo Carl Schmitt (1954, p. 163-173 *apud* Bonavides, 2016, p. 575), os direitos fundamentais são aqueles que estão especificados na Constituição, sendo que recebem desta uma grau mais elevado de garantia ou segurança, além de exprimirem os valores e princípios que a Constituição consagra. Os direitos fundamentais são aqueles que garantem os direitos do homem livre e isolado, ou seja, correspondem aos direitos de primeira geração. No entender de Schmitt, seriam direitos absolutos, relativizados apenas em contextos excepcionais.

Conforme explica Jane Reis Gonçalves Pereira (2018), a limitação dos direitos fundamentais é intuitiva, uma vez que a diversidade de direitos consagrados no texto constitucional possui como consequência a necessidade de harmonizá-los entre si e com outros valores ou bens protegidos pela ordem jurídica. Isto se deve a duas razões principais. Em primeiro lugar, por serem universais, para que coexistam entre si, não devem ser uma fruição permanente e simultânea sem uma disciplina ordenadora. Em segundo lugar, esses direitos formam um conjunto, que está inserido em um ordenamento complexo e plural, de modo que não pode haver a prevalência absoluta ou incondicional de alguns direitos sob outros.

Ademais, no entendimento de Pereira (2018), alguns direitos por si só apresentam os seus limites de proteção, como o direito de reunião (art. 5º, XVI, CF/88), enquanto outros são abordados pela Constituição de forma sintética e aberta, possibilitando aos legislador ordinário a delimitação destes direitos.

Pereira (2018) aponta, ainda, que a expressão “limite dos direitos fundamentais” pode ser entendida, por um lado, como uma constrição, e, por outro, como um contorno, isto é, como o alcance máximo.

Ao tratar da possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, Robert Alexy (2017) entende que se sugere que há a existência do direito e de sua restrição, sendo esta noção compreendida como teoria externa. Assim, esta teoria entende que os direitos possuem como primeira dimensão a sua atuação sem restrições, e, como segunda dimensão, o direito restringido. A teoria interna, por sua vez, entende que o direito e a restrição não são elementos distintos, mas sim um direito com um determinado conteúdo. Para a teoria interna, os direitos podem gerar dúvidas quanto ao seu conteúdo, o que pode resultar em limites.

Quanto a possibilidade de restringir os direitos fundamentais, Alexy (2017) tece algumas observações. Primeiro, apenas é possível restringir um direito fundamental quando as normas de restrição foram compatíveis com a Constituição. Dado o caráter constitucional dos direitos fundamentais, estes só podem ser restringidos por normas que possuem a mesma hierarquia, sendo que aqui se inclui as normas constitucionais e aquelas infraconstitucionais autorizadas por normas constitucionais.

Sobre a teoria interna no contexto da interpretação constitucional, Pereira (2018) explica que se refuta a existência de conflitos entre os direitos, bem como a ponderação de bens. Dessa forma, cabe ao operador jurídico, ao interpretar o direito fundamental, identificar seu conteúdo constitucionalmente estabelecido e, a partir dele, verificar sua adequação à questão de fato apreciada, não cabendo ao operador estabelecer restrições recíprocas a direitos ou bens supostamente antagônicos.

Nesse sentido, Pereira (2018) aponta que os defensores da teoria interna entendem que os limites dos direitos fundamentais não correspondem a recortes externos de seu âmbito de incidência, sendo, na verdade, resultantes da análise de seu conteúdo tal como estatuído na Constituição. Por exemplo, no caso da liberdade de expressão, os defensores da teoria interna negam a limitação deste direito pelo direito à honra e à imagem, sustentando que as condutas humanas estão ou não incluídas em suas esferas de proteção.

Assim, Pereira (2018) resume a teoria interna em três aspectos: a) não reconhecimento da possibilidade de limitações externas aos direitos; b) identificação dos casos em que o direito deve incidir deverá obedecer a análise de seu conteúdo constitucionalmente estabelecido; c) recusa a hipótese de colisões de direitos.

Em contrapartida, Pereira (2018) elenca como características principais da teoria externa as seguintes: a) os direitos fundamentais devem ser analisados como princípios, veiculando comandos *prima facie*; b) os direitos fundamentais são restringíveis; c) as restrições aos direitos fundamentais são resultantes de conflitos entre estes e outros direitos e bens constitucionais; d) a legitimidade constitucional da restrição deve ser examinada mediante um juízo de

ponderação, que irá sopesar os direitos e bens em conflito, através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Pereira (2018) explica que, no embate entre os defensores da teoria interna e os defensores da teoria externa, aqueles entendem que a teoria externa aumenta de forma desordenada os conflitos entre os direitos fundamentais, que, como resultado, enfraquece essa categoria de direitos. Ademais, os defensores da teoria interna entendem que a ponderação na teoria externa valoriza as leis infraconstitucionais, de forma que subverte a teoria da hierarquia do ordenamento jurídico, em que as normas constitucionais estão do topo da pirâmide. Outra crítica é que a ponderação sobrecarrega as Cortes competentes para analisá-los.

A teoria interna, por sua vez, também sofre críticas, conforme explica Pereira (2018), de forma que a principal crítica se deve ao fato de que o alto grau de abertura semântica das normas de direito fundamental, somado à complexidade dos problemas concretos que as envolvem, evidencia a dificuldade de precisar os contornos dos direitos de forma inequívoca.

Nesse sentido, Pereira (2018) observa que cada teoria busca um pressuposto político-filosófico. Com isso, a teoria interna ressalta o fenômeno jurídico, defendendo que os direitos fundamentais devem ser considerados como faculdades conferidas a pessoas socialmente situadas. A teoria externa, por sua vez, possui aspecto liberal, de forma que a liberdade é a regra, enquanto as exigências postas pela vida em comunidade e pelos direitos das outras pessoas acabam, eventualmente, legitimando a imposição de restrições à autonomia individual.

Retomando os conceitos de liberdade positiva e liberdade negativa abordados anteriormente, cabe afirmar que a teoria interna tem como base filosófica a liberdade positiva, enquanto a teoria externa baseia-se na liberdade negativa.

Portanto, Pereira (2018) conclui que a teoria externa comporta mais recursos de hermenêutica do que a teoria interna, uma vez que não exclui a subsunção, mas apenas indica sua insuficiência para resolver conflitos envolvendo direitos fundamentais, além de implicar em uma maior vinculação do Judiciário, que deverá observar todos os bens jurídicos em jogo, orientado pela máxima da proporcionalidade.

No quesito da restrição dos direitos fundamentais, Pereira (2018) aponta que estes podem ser restritos tanto no momento legislativo quanto no momento da aplicação, sendo que mesmo nos casos de normas infraconstitucionais, as restrições devem ter fundamento nas normas constitucionais, endossando o entendimento de Robert Alexy de que há restrições diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais.

Quanto a restrição dos direitos fundamentais por meio de lei, cabe mencionar que Pereira (2018) explica que seria o caso de lei em sentido formal, seja no caso de restrições

expressamente autorizadas pela Constituição quanto no caso de restrições implicitamente autorizadas. Assim, perpetua-se o princípio da legalidade como reserva de lei restritiva, o qual busca proteger a sociedade liberal em face da atuação do Poder Executivo na seara dos direitos fundamentais, uma vez que este, historicamente, era visto como o mais importante inimigo das liberdades.

A partir da compreensão das teorias que cercam a limitação dos direitos fundamentais, cabe analisar quais as limitações em espécie ao direito de liberdade de expressão, consagrado pela Constituição Federal de 1988.

### **3.2. Limitações em espécie ao direito à liberdade de expressão**

Segundo Flávio Alves Martins (2024), enquanto o modelo norte-americano tutela a liberdade de expressão de maneira amplíssima, com apenas algumas exceções e delimitados casos de restrição, o modelo alemão e brasileiro trata a liberdade de expressão com o mesmo status dos demais direitos fundamentais, de forma que, em caso de conflito com qualquer outro direito fundamental, caberá ao intérprete fazer um juízo de ponderação. No caso da Alemanha, cabe mencionar que as delimitações guardam relação com o final da Segunda Guerra Mundial, devido à preocupação com a repercussão do discurso de ódio.

Quanto ao cenário brasileiro, Martins (2024) menciona que há inúmeras limitações externas da liberdade de expressão, por exemplo, o crime de racismo (Lei n. 7.716/89), os crimes contra a honra (arts. 138 a 140 do Código Penal), incitação ao crime (art. 286 do Código Penal), apologia de crime ou criminoso (art. 287 do Código Penal) etc.

Outrossim, para Martins (2024), o direito à liberdade de expressão, além das limitações externas, ou seja, as que decorrem de outros direitos fundamentais ou de normas infraconstitucionais, possui limitações internas, também compreendidas como limites imanentes. Nesse sentido, a liberdade de expressão não protege todos os discursos possíveis, por exemplo, as notícias falsas ou inverídicas (*fake news*) e os discursos de ódio não devem ser protegidos sob a alegação de direito de manifestação de pensamento.

Em sentido semelhante, conforme estudo de André Gustavo Corrêa de Andrade (2020), além dos limites jurídicos, a liberdade de expressão pode ser limitada tanto por elementos de ordem não jurídica, que podem ser observados pelos costumes, pelas convenções sociais ou pelo senso de urbanidade, bem como elementos de natureza material ou econômica.

Portanto, passa-se a analisar os limites ao direito à liberdade de expressão expressos pela Constituição Federal 1988, além da abordagem dos casos em que se emprega técnicas de ponderação.

### 3.2.1. Limitações expressas na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 elenca de forma expressa três limites à liberdade de expressão, sendo eles: a vedação do anonimato; o direito de resposta; e os direitos da personalidade.

O art. 5º, IV, CF/88 expressa que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Segundo Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), referida limitação está associada ao direito à livre manifestação do pensamento, todavia, é possível aplicá-la às liberdades de expressão em geral. Há decisão do STF<sup>1</sup> nesse sentido, uma vez que a interpretação restritiva poderia inviabilizar eventual responsabilização civil ou penal do autor de alguma manifestação ofensiva ou apócrifa.

Ademais, conforme Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), esta vedação não exclui o sigilo da fonte, presente no art. 5º, XIV, CF/88, uma vez que se trata de garantia igualmente fundamental da atividade dos jornalistas e agentes da comunicação social, cabendo a harmonia entre ambos os direitos.

Com base na análise das Constituições brasileiras, observa-se que a vedação ao anonimato apareceu pela primeira vez na Constituição Republicana, promulgada em 1891, em que é possível identificar a restrição em seu art. 72, § 12: “Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato”. Nesse sentido, foi estabelecida a responsabilização pelos abusos cometidos durante o exercício do direito da liberdade de manifestação de pensamento.

No entendimento de José Afonso da Silva (2010), a vedação ao anonimato consiste em um ônus fruto da liberdade de manifestação, de forma que a ordem constitucional busca assegurar uma via de mão dupla: o indivíduo tem o direito de expressar-se livremente, sem restrição a forma utilizada, mas deverá ser assegurada à sociedade o direito de conhecer a autoria do conteúdo manifestado.

---

<sup>1</sup> MS 24.405-4/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.12.2003.

Cabe mencionar que, conforme explica Edilsom Farias (2004), a vedação do anonimato possibilita que o autor utilize um pseudônimo, não havendo necessidade de utilizar seu nome verdadeiro.

Há, contudo, uma exceção ao anonimato, admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que é a denúncia anônima. Conforme explica Martins (2024), a denúncia anônima pode ser aceita, mas com reservas, tendo em vista que, apesar de seu papel como auxiliadora na descoberta e investigação de muitas infrações penais, pode ocultar a prática de crimes durante a persecução penal. Nesse sentido, o agente responsável pela investigação, mesmo que obtenha informação verdadeira por meio de prova ilícita, poderia tentar esconder sua origem, através da denúncia anônima, o que fortalece o entendimento do STF e do STJ de que casos que envolvem a denúncia anônima devem ser aceitos com reservas.

Outro limite expresso pela Constituição Federal é a resposta proporcional ao agravo, presente no art. 5º, V. Para Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), as manifestações que eventualmente afetem bens jurídicos e direitos fundamentais de terceiros geram para o prejudicado o direito de apresentar as suas razões, constituindo, assim, um meio de assegurar o contraditório no processo público da comunicação, além de atuar como garantidor da democracia. Essa limitação, contudo, deverá observar o princípio da proporcionalidade e da imediaticidade, de forma que o direito de resposta não poderá ser conivente com ilícitos, de modo a converter o ofendido em ofensor, devendo, ainda, ser realizado com a maior brevidade possível.

Conforme explica Flávio Alves Martins (2024), o direito de resposta previsto na Constituição Federal consiste na possibilidade de apresentar resposta às ofensas ou inverdades que foram proferidas, em idêntico veículo, espaço e tempo em que a ofensa ou inverdade foi veiculada. Dessa forma, no caso de uma ofensa proferida em uma página de um jornal, terá o ofendido o direito de responder em uma página do mesmo jornal; outro exemplo é o da ofensa proferida numa reportagem de cinco minutos de um telejornal, de modo que caberá direito de resposta ao ofendido, por cinco minutos, no mesmo horário em que a ofensa foi veiculada.

Ademais, para Vidal Serrano Nunes Júnior (1997), o direito de resposta expressa a função social da imprensa, uma vez que reforça a ideia de que a imprensa não se resume à exteriorização de um direito de propriedade dos sócios do jornal.

A terceira limitação apresentada pela Constituição Federal de 1988, corresponde aos direitos da personalidade, conforme se observa na redação do art. 5º, inciso X: “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”.

Conforme explica Caio Mário da Silva Pereira (2024), os direitos da personalidade expressam um ideal de justiça, são atinentes à própria natureza humana, ocupando posição supraestatal, sendo judicialmente exigíveis. Quanto ao conceito geral da personalidade como atributo natural da pessoa humana, é possível encontrar sua definição no princípio constitucional da igualdade perante a lei, sem distinção de sexo, de condição de desenvolvimento físico ou intelectual, sem gradação quanto à origem ou à procedência.

Ademais, Pereira (2024) prefere referir-se aos direitos da personalidade não como um direito em si, mas como um ponto de partida para todos os direitos e obrigações.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 consagra como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Ressalta-se que estes direitos são considerados o mínimo, nada impedindo que outros sejam arrolados em lei, segundo o art. 5º, § 2º, CF/88.

Diante disso, cabe tecer alguns comentários sobre estes direitos e como se dá sua relação com a liberdade de expressão.

No caso do direito à honra, Nunes Júnior (1997) explica que ao expressar opiniões, os indivíduos tecem comentários subjetivos, mas, ainda que carreguem a visão de mundo de quem a profere, não podem constituir em ofensa à honra, ou seja, apresentar termos pejorativos que ofendem à honra da vítima, sendo que, nem todo juízo pejorativo implica em ofensa à honra.

Quanto ao direito à imagem, Luiz Alberto David Araújo (1996) entende que ao tratar deste direito no art. 5º, X, a Constituição Federal de 1988 buscou aplicar dois sentidos: em um primeiro sentido, pode-se entender o direito à imagem como aquela que é a reprodução gráfica da figura humana, por exemplo, por um retrato, desenho, que possui maior relação com o direito de informar; em um segundo sentido, o direito à imagem pode ser compreendido como o conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo conjunto social, de forma que não mais encontra-se no campo do retrato do indivíduo, mas em seu retrato moral, caráter.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 elenca três dações expressas ao direito à liberdade de expressão. Além destas, porém, dada a predominância da teoria externa no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, será abordado a seguir a técnica da ponderação, que será empregada nos casos em que o direito à liberdade de expressão conflitar com outros direitos fundamentais.

### 3.2.2. A proporcionalidade como limite

Além dos limites expressos na Constituição Federal, há casos em que haverá conflito entre o direito à liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, devendo o aplicador do direito recorrer às técnicas de ponderação. Nesse sentido, cabe compreender no que consiste esta técnica.

Para entender a definição de proporcionalidade, cabe mencionar os entendimentos de Pierre Muller e Herbert Krueger.

Segundo Pierre Muller (1978, p. 218 *apud* Bonavides, 2016, p. 402), a proporcionalidade seria a relação adequada entre os fins determinados e os meios utilizados, de forma que há violação deste princípio, com ocorrência de arbítrio, quando os meios utilizados não são os mais apropriados para alcançar o fim proposto, ou quando há nítida desproporção entre meios e fim.

Ademais, explica Herbert Krueger (1960, p. 12 *apud* Bonavides, 2016, p. 403) que as leis se pautam pelas molduras estabelecidas pelos direitos fundamentais, sendo que é possível apontar nesse universo a descoberta do núcleo central das transformações constitucionais, responsável pela formação e consolidação da proteção eficaz da liberdade, que é o princípio da proporcionalidade.

A partir destes pressupostos, Paulo Bonavides (2016) ensina que a proporcionalidade é formada por três subprincípios: pertinência ou aptidão; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro subprincípio, examina se há adequação, conformidade ou validade do fim, de forma que busca evitar a existência de arbítrio. O segundo subprincípio analisa se a medida não irá exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo buscado, que também pode ser entendido como o princípio que busca a escolha mais suave. O terceiro subprincípio deverá observar os interesses em jogo, de forma que se deve usar os meios adequados e afastar os meios desproporcionados.

Cabe mencionar que a proporcionalidade não deve ser confundida com a razoabilidade. Para Virgílio Afonso da Silva (2002), apesar de haver comum confusão entre ambos os conceitos, estes não devem ser confundidos. Além de estrutura e contextos históricos diferentes, ressalta que muito se fala sobre utilizar ambos de forma conjunta, o que seria impensável se fossem sinônimos.

Com base nos três subgrupos da proporcionalidade, Silva (2002) explica que se deve analisar esses grupos em ordem, de forma que cada um está sujeito ao anterior, dessa forma, não há sentido em analisar a necessidade em um caso concreto, quando já se concluiu que não

houve o correto emprego da adequação. Resta, portanto, entender no que consiste cada subgrupo.

O verdadeiro significado de adequação, para Silva (2002), é o meio que alcança o objetivo pretendido, além de ter sido fomentado, promovido, ainda que o objetivo não tenha sido completamente realizado. No caso da necessidade, esta consiste na realização de um objetivo, que não poderá ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Apresentando adequação e necessidade, a medida ainda deverá ser analisada sob o ponto de vista da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, deverá ser realizado um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente. Assim, para que a medida não seja aprovada nesta terceira fase, não necessariamente ela deve atingir o núcleo essencial de algum direito fundamental, basta que as razões utilizadas para a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

A razoabilidade, por sua vez, conforme explica Luís Roberto Barroso (1998), exige que seja analisada a compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, de forma que a razoabilidade pode ser dividida em interna e externa. Haverá razoabilidade interna quando uma norma apresentar uma relação racional e razoável entre os seus motivos, meios e fins. Após verificar a existência da razoabilidade interna, deve-se verificar a externa, ou seja, a norma em análise não poderá contrariar valores expressos ou implícitos no texto constitucional.

Nesse sentido, observa-se que a essência da razoabilidade corresponde a adequação empregada no princípio da proporcionalidade, de forma que este é mais abrangente que aquele.

No âmbito da proporcionalidade, quanto à limitação dos direitos fundamentais, Peter Lerche (1961, p. 106-117 *apud* Bonavides, 2016, p. 428-429) explica que os direitos fundamentais seriam limitados por cinco diferentes tipos de normas: a) as normas interventivas, que interferem na eficácia de um direito fundamental; b) as normas elucidativas, que esclarecem limites pré-estabelecidos aos direitos fundamentais; c) as normas impeditivas de abuso, que buscam remeter alguém aos limites de seu direito; d) as normas de solução de conflitos, que auxiliam nos conflitos que não forem resolvidos pela Constituição e que também não podem ser resolvidos. Com isso, o autor estabelece que há dois grupos de direitos fundamentais: o primeiro está previsto na própria Constituição; o segundo é até certo ponto determinado primeiro pelo legislador.

No contexto do Supremo Tribunal Federal como intérprete das leis e, mais especificamente, enquanto aplicador da técnica da ponderação, Luís Roberto Barroso (2004)

explica que o método tradicional ocorre quando o intérprete verifica a ocorrência do fato constante do seu relato e de declaração da consequência jurídica correspondente, baseando-se, assim, na figura normativa da regra. Nesse sentido, interpretar a lei corresponde ao ato do juiz de descobrir uma solução previamente concebida pelo legislador, de forma que ao intérprete não cabe fazer escolhas próprias.

Ocorre que, conforme observa Barroso (2004), ao longo do século XX, o legislador passou a utilizar-se, crescentemente, de cláusulas abertas ou conceitos indeterminados, transferindo, assim, parte da sua competência decisória ao intérprete. Por meio da nova interpretação constitucional, a lei fornece parâmetros, mas caberá ao intérprete analisar o caso concreto, atentando-se aos seus elementos subjetivos e objetivos para determinar a vontade legal. Nesse cenário, os princípios e regras assumem status de norma jurídica.

Em face desse cenário de nova interpretação constitucional, Barroso (2004) aponta que a atividade do intérprete se torna mais complexa, principalmente no contexto de uma democracia, em que os princípios frequentemente entram em tensão dialética. Diante disso, deve o intérprete recorrer à ponderação, que se diferencia do esquema de “tudo ou nada” aplicado às regras. Os direitos fundamentais, nesse contexto, assumem papel semelhante ao dos princípios, pois exprimem valores contrapostos e igualmente relevantes, por exemplo, os direitos da personalidade e a liberdade de expressão.

Nesse sentido, Barroso (2004) explica que a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, nos quais a subsunção se mostrou insuficiente, principalmente quando uma situação concreta resulta na possibilidade de aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas, por meio do balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.

A ponderação, no entendimento de Barroso (2004), possui três etapas. Na primeira etapa, deve-se elencar todas as normas relevantes que poderiam solucionar o caso em análise, destacando eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, caberá ao intérprete examinar as circunstâncias concretas do caso e sua ligação com os elementos normativos. Na terceira, e última etapa, serão apuradas quais normas irão preponderar no caso, de forma que, após a análise das normas e do caso concreto em conjunto, serão atribuídos diversos pesos àquelas. A terceira fase baseia-se na proporcionalidade e razoabilidade.

No caso da liberdade de expressão em conflito com os direitos da personalidade, cabe mencionar os parâmetros, segundo Barroso (2004), que devem ser utilizados na ponderação: 1) a veracidade dos fatos, sendo que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, a qual deverá observar um juízo de plausibilidade e o ponto de observação de quem a divulga,

resultando em responsabilidade, quando houver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade; 2) licitude do meio empregado na obtenção da informação; 3) personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia; 4) local do fato, de forma que os fatos ocorridos em local reservado desfrutam de maior proteção do que os acontecidos em locais públicos; 5) natureza do fato, por exemplo, acidentes são passíveis de divulgação por seu evidente interesse jornalístico, mesmo quando expõem a intimidade das pessoas envolvidas; 6) existência de interesse público na divulgação em tese; 7) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos, dado o regime republicano adotado; 8) preferência por sanções posteriores, de forma que evite a proibição prévia da divulgação.

Os parâmetros mencionados serão analisados de forma prática adiante, quando serão abordados casos emblemáticos julgados pelo STF.

### 3.2.2.1. *A polêmica acerca dos discursos de ódio e das notícias falsas*

Quanto aos discursos de ódio e as notícias falsas, há discussão se seriam formas de discurso protegidos pelo direito à liberdade de expressão. Conforme expresso anteriormente, John Stuart Mill entende que até mesmo os discursos que contenham informações equivocadas são enriquecedores para o exercício do direito de opinião, auxiliando a construção da verdade e a construção de uma sociedade plural. Contudo, dado o cenário atual e o papel das notícias falsas e a quantidade de discursos de ódio que podem ser propagados com facilidade através das redes sociais, cabe mencionar a discussão existente sobre o tema.

Nesse sentido, Flávio Alves Martins (2024) defende que a veiculação de informações falsas ou inverídicas, também conhecidas como *fake news*, extrapola os limites da liberdade de expressão, uma vez que viola o direito difuso à informação (art. 5º, XIV, CF/88), que deveria ser assegurado pelo Estado, por meio de informações verdadeiras, e não mentirosas ou tendenciosas. A omissão do Estado quanto à circulação desenfreada de notícias falsas violaria a proteção dos vulneráveis, ferindo, assim, o princípio da proporcionalidade.

Ressalta Martins (2024) que os discursos que contêm notícias falsas já são reprimidos pelo Código Eleitoral<sup>2</sup>, sendo que mesmo os discursos que não constituem crime, mas que tenham o objetivo de confundir, iludir ou induzir outras pessoas à equívocos, para o autor,

---

<sup>2</sup> Código Eleitoral, Art. 323, caput: “divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado”.

devem respeitar limites internos – como o direito à liberdade de expressão – e externos – como o direito à informação jurídica.

Cabe mencionar que esse entendimento já foi proferido em decisão do Supremo Tribunal Federal, por meio da Medida Cautelar na Reclamação n. 18.638/CE, rel. Min. Roberto Barroso, j. 17-9-2014, como pode ser observado no seguinte trecho:

[...] A informação que goza de proteção constitucional é a verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. [...] Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade.

Contudo, uma vez que a liberdade de expressão é um direito fundamental, Martins (2024) reflete sobre como é possível garantir esse direito se há uma linha tênue entre a expressão e as informações inverídicas ou adulteradas, que em alguns casos podem constituir opinião ácida, as quais são protegidas pelo direito de liberdade de expressão.

Conclui Martins (2024) que caberá ao Judiciário analisar os casos de conflito com base nos seguintes princípios: a) excepcionalidade da intervenção jurisdicional, a fim de preservar o princípio republicano e democrático; b) proporcionalidade da intervenção jurisdicional (menor restrição possível à liberdade de expressão), lembrando o papel do direito de resposta proporcional ao agravo, assegurando que os particulares resolvem o conflito sem necessitar da intervenção do Judiciário; c) intervenção posterior (em regra); d) impossibilidade de atuação de ofício; e) agilidade; f) eficácia.

Quanto ao discurso de ódio, Martins (2024) ressalta que a liberdade de expressão não se resume à proteção estatal apenas aos discursos que agradam a maioria, cabendo a proteção também aos discursos que desagradem a muitos. Contudo, deve o Estado coibir discursos criminosos, bem como os “discursos de ódio”. A justificativa para tal limitação pode ser encontrada nos tratados que influenciaram a elaboração Constituição Federal de 1988 – já mencionados no subcapítulo 2.2 –, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19), o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (art. 19), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 10), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 13), entre outros. Trata-se, portanto, de limitações internas do direito à livre manifestação de pensamento.

Martins (2024) define os discursos de ódio como as palavras que possuam capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra pessoas, em razão da raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo, religião, ou outro fator de discriminação. Não deve ser confundido, portanto, com o discurso preconceituoso, uma vez que o discurso de ódio incita à discriminação ou à violência. Nesse sentido, cabe mencionar que na ADO n. 26 (que criminalizou a

homofobia), o STF entendeu que os discursos preconceituosos decorrentes de manifestações religiosas não ferem a Constituição, desde que não se transformem em discursos de ódio.

Nesse sentido, a disseminação de notícias falsas e os discursos de ódio devem ser analisados na prática com cautela, através da técnica de ponderação, sendo que se deve ter como guia dessa análise o entendimento constitucional, bem como o disposto nos acordos internacionais ratificados pelo Brasil.

#### **4. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Diante da abordagem do conceito de liberdade de expressão, da sua relação com o texto constitucional, e em face da teoria de limites dos direitos fundamentais, cabe analisar, assim, a aplicação destes conceitos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Como explicado anteriormente, ao STF cabe o papel de interpretar as leis, a fim de resolver o conflito entre direitos fundamentais conflitantes, tendo em vista a teoria externa de limites dos direitos fundamentais, com destaque para a técnica de ponderação, a qual visa analisar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Para compreender a atuação do STF diante do conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão e outro direito fundamental, dentre diversos julgados, o presente trabalho irá analisar a seguir dois *leading cases*, sendo que um deles trata da liberdade de expressão em confronto com a dignidade humana, e o outro irá abordar a liberdade de expressão em confronto com a liberdade religiosa.

Cabe esclarecer, de pronto, que ambos os julgados demonstram a opção do Supremo Tribunal Federal por atribuir posição de primazia ao direito à liberdade de expressão, quando em confronto com outros direitos fundamentais, sendo que a limitação daquele somente ocorre em casos excepcionais, como no caso de incitação à violência ou discriminação. Outrossim, será possível observar que a jurisprudência da referida Corte busca a defesa da livre circulação de ideias no Estado Democrático, havendo, portanto, semelhança com as ideias de John Stuart Mill e de André Ramos Tavares, ambas analisadas anteriormente no subcapítulo 1.2.

Diante do exposto, passa-se à análise das jurisprudências selecionadas.

##### **4.1. Habeas Corpus n. 82.424/RS: liberdade de expressão *versus* dignidade da pessoa humana**

O Habeas Corpus n. 82.424/RS, ocorrido no ano de 2003, que ficou conhecido como caso Ellwanger, discutiu os limites da palavra “racismo” e tratou da colisão entre o direito fundamental da liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana.

Em síntese, houve uma denúncia recebida pelo juízo da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, em 14 de novembro de 1991, acusando Siegfried Ellwanger Castan da prática do crime de racismo, uma vez que enquanto escritor e sócio da empresa Revisão Editora Ltda., editou, distribuiu e vendeu ao público obras com conteúdo antissemitas de sua

autoria e de autores nacionais e estrangeiros, por meio da qual incitava desprezo e ódio contra os judeus, ao negar o holocausto e afirmar que o povo judeu causa males ao mundo.

Condenado em primeira instância, após recurso, a 3ª câmara criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ellwanger foi condenado ao cumprimento de dois anos de reclusão. Com a condenação, houve impetração de *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, que foi negado. Com isso, houve impetração de outro *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal. Em 2003, o HC foi decidido no sentido de que a publicação de livros de caráter antissemita corresponde a crime de racismo, e, tendo em vista a colisão entre liberdade de expressão e a dignidade humana dos judeus, prevalece este.

Conforme explica Borges, Martins (2021), Siegfried Ellwanger Castan ou S. E. Castan é admirado por grupos neonazistas contemporaneamente. Nascido em 30 de setembro de 1928, fundou a Editora Revisão, conhecida principalmente pela literatura antissemita e negadora do holocausto. A Editora Revisão constitui um símbolo da ideologia Negacionista no Brasil, sendo responsável pela disseminação de obras de cunho altamente antissemita, a qual se dedica a difundir teses a afirmar que o Holocausto nada mais era que uma invenção gerada pelos defensores do sionismo. Ideias como esta foram disseminadas, influenciando em movimentos neonazistas em todo o país.

Segundo Borges, Martins (2021), no ano de 1986, o conteúdo dos livros de Ellwanger foi notado pelo Movimento Popular Antirracismo, que teceu uma denúncia contra o conteúdo racista apresentado pelas obras da Editora Revisão à Coordenadoria das Promotorias Criminais. Houve nova denúncia em 1990, agora junto à chefia da Polícia do Estado do Rio Grande do Sul, que instaurou um inquérito policial e o remeteu ao Ministério Público. Recebida a denúncia em 1991 e, de pronto, foi determinada a busca e apreensão de livros publicados pela Editora Revisão, que incluiu obras de diversos autores, inclusive as do próprio Ellwanger.

Quanto ao julgamento, cabe mencionar trecho do voto do Min. Celso de Mello (p. 632-633):

Nem se diga [...] que a incitação ao ódio público contra o povo judeu estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

É que publicações – como as de que trata esta impetração – que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário de insulto, da ofensa, e sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.

Isso significa, em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte do método – que é apropriado e racional – da ponderação de bens e valores, de tal forma que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes penais praticadas por qualquer pessoa basta, por si só, para atribuir ao Estado, o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles

que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas desviantes culminem por fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em ódios raciais.

Conforme exposto no subcapítulo 1.2., no entendimento de Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2024), a liberdade de expressão encontra fundamento na dignidade da pessoa humana, na autonomia e no livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, além de representar uma relação social e política, expressa pela garantia da democracia e do pluralismo político, o que corresponde a uma espécie de livre mercado das ideias, revelando-se, assim, como uma dimensão transindividual, uma vez que a liberdade de expressão e os seus respectivos limites atuam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social.

Em sentido semelhante, no entendimento de John Stuart Mill (2018), as opiniões que divergem da maioria também possuem legitimidade, ainda que falsas, uma vez que a opinião dissonante poderá fornecer o resto da verdade, da qual a doutrina dominante compreende apenas uma parte.

Todavia, o caso Ellwanger apresenta um discurso que não apenas exprime uma opinião contrária à maioria, como também dissemina ideias antissemitas. Nesse sentido, conforme expresso no tópico 3.2.2.1., no entendimento de Flávio Alves Martins (2024), os discursos de ódio, ou seja, aquele com palavras que possuam capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra pessoas, em razão da raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo, religião, ou outro fator de discriminação, devem ser limitados, tendo em vista o disposto pela Constituição Federal de 1988, além de tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos.

Assim, a liberdade de expressão é a regra, mas, no caso em análise, o STF entendeu que houve abuso do direito constitucionalmente garantido, uma vez que discursos que estimulam a intolerância e o ódio não podem ser protegidos constitucionalmente.

Outrossim, em seu voto, o Min. Gilmar Mendes (p. 657 e 670-671) optou por mencionar a regra da proporcionalidade, ressaltando que a Constituição não protege discursos de cunho racista ou discriminatório:

É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos campos.

[...] é necessário aferir a existência de proporção entre o objeto perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia, a

inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.

Retomando o exposto no subcapítulo 3.2.2, a atividade do STF, enquanto intérprete da Constituição, conforme explica Luís Roberto Barroso (2004), torna-se mais complexa em um contexto democrático, em que os princípios frequentemente entram em tensão dialética. Assim, no caso *Ellwanger*, a Corte precisou ponderar entre o direito à liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, uma vez que o discurso presente em suas obras possui caráter antissemita.

Nesse sentido, a ementa do HC n. 82.424/RS estabelece os limites da liberdade de expressão:

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

Apesar de o entendimento firmado pelo STF nesta ação ter sido em defesa da limitação da liberdade de expressão em face de discursos racistas, cabe mencionar que houve votos dissonantes quanto a sua limitação.

Nesse sentido, cabe mencionar que o Min. Carlos Britto defendeu que o livro questionado teria sido escrito dentro do campo do livre debate de ideias, representando a livre convicção político-ideológica e a livre manifestação do pensamento do autor. Afirmou, ainda, o Ministro que o livro teria tentado convencer o público através de argumentos, o que não se confundiria com a incitação do ódio.

Em sentido semelhante, o Min. Marco Aurélio defendeu que a liberdade de expressão é elemento essencial num Estado Democrático de Direito, de modo que o livro contestado apenas exerceu seu direito de pensar diferente, o que não significa discriminar, não sendo caso de claro abuso de direito.

Conforme aponta João Trindade Cavalcante Filho (2018), o voto do Min. Marco Aurélio Mello pode ser entendido como um exemplo da defesa do liberalismo, por entender que a liberdade de expressão seria um dos direitos mais importante expostos no texto da Constituição Federal, partindo de um pressuposto geral de neutralidade em relação às condutas analisadas.

Cabe mencionar que o caso Ellwanger exerceu influência em outros julgados da Corte. O RHC n. 134.682/BA, por exemplo, julgado em 2016 pela Primeira Turma do STF, tratou do paciente Monsenhor Jonas Abib, religioso integrante da Igreja Católica Apostólica Romana, que escreveu o livro “Sim, Sim, Não, Não Reflexões de cura e liberação”, em que expressou diversas palavras ofensivas às religiões de matiz africana e espírita. Por conta disso, o Ministério Público entendeu, com base no caso Ellwanger, que teria ocorrido crime de racismo contra a comunidade espírita.

O Min. Luiz Edson Fachin, Relator do caso, proferiu seu voto no sentido de que a liberdade religiosa deve ser analisada em conjunto com a liberdade de expressão, de forma negativa, mas com a adição do entendimento de que os indivíduos possuem a possibilidade de escolher suas convicções. O Ministro entendeu que, assim como os demais direitos fundamentais, entende-se que a liberdade religiosa não constitui direito absoluto, devendo ser limitada pelo texto da Constituição Federal. No caso em análise, o Relator posicionou-se no sentido de que o religioso Jonas Abib não teria o intuito de ofender outras crenças, apenas orientar à população católica a respeito da incompatibilidade entre o catolicismo e o espiritismo.

Neste caso, o Min. Luís Roberto Barroso reforçou que o caso Jonas Abib não possui simetria com o caso Ellwanger, uma vez que a liberdade de expressão visa proteger aquele que pensa diferente, tendo como única limitação o discurso do ódio, quando dirigida a grupos minoritários. Assim, o caso Jonas Abib não teria sido evidentemente intolerante, uma vez que o Min. Barroso entende que os espíritas não constituem grupo historicamente vulnerável.

Para Jayme Weingarther Neto (2019), haveria uma linha tênue entre *hate speech* (discurso de ódio) e liberdade religiosa, uma vez que Jonas Abib expressou em seu livro, além de comentários ao espiritismo, críticas às religiões de matriz africana, o que poderia ensejar o limite da liberdade de expressão com base no entendimento de que seria o caso de discurso de ódio voltado a minorias historicamente vulneráveis.

Nesse sentido, Flávio Alves Martins (2024) entende que a liberdade de manifestação do pensamento deve estar sempre alinhada aos valores da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito, devendo ser relativizada apenas em casos extremos, excepcionais. Assim, o discurso não deve ser coibido pelo simples fato de que o seu conteúdo desagrade os detentores do poder, num determinado momento histórico, mas também não pode, impunemente, disseminar o ódio, o racismo, o preconceito.

Por fim, cumpre mencionar que Martins (2024) comenta que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger deve servir de parâmetro para todas as questões envolvendo no Brasil o discurso de ódio. Conclui também que nenhum direito é absoluto, pois

quando um ordenamento jurídico ou sistema judiciário afirma que um direito é absoluto, é comum que os detentores desse direito abusem dele, violando outros direitos constitucionais tutelados.

#### **4.2. Reclamação n. 38.782/RJ: liberdade artística *versus* liberdade religiosa**

A Reclamação n. 38.782/RJ, ajuizada por Netflix Entretenimento Brasil Ltda., em suma, foi ajuizada em face da decisão judicial nos autos do Agravo de Instrumento n. 0083896-72.2019.8.19.0000, que determinou a suspensão da exibição do filme “Especial de Natal Porta do Fundos: A Primeira Tentação de Cristo”, bem como em face da decisão judicial proferida nos autos do Agravo de Instrumento n. 0343734-56.2019.8.19.0001, que determinou a inclusão, no início do referido filme, de aviso de “gatilho” concernente a valores da fé cristã.

Conforme expresso no subcapítulo 1.2., a liberdade de expressão pode ser exercida não apenas pelo discurso, mas pode toda forma de manifestação, como a manifestação artística. A presente reclamação, portanto, versa sobre esta forma de expressão.

Nesse sentido, cabe mencionar o seguinte trecho do voto do Min. Relator Gilmar Mendes (p. 8-9):

As formas de expressão artística são inúmeras e de impossível previsão, inclusive pelo fato de que a arte possui, em sua essência, muitas vezes um caráter inovador. Pode também ser polêmica, subversiva, agressiva a padrões usualmente aceitos pela sociedade, características que não raramente fazem com que obras artísticas sejam submetidas ao escrutínio do Poder Judiciário para verificação de possíveis abusos.

Ademais, o Relator ressalta que este não é o primeiro caso de confronto entre o direito à liberdade artística e outros direitos fundamentais, mencionando o caso que ocorreu em setembro de 2017, em Porto Alegre/RS, em que a exposição “Queermuseu – Cartografias da Diferença na Arte” teve que ser cancelada pela instituição patrocinadora devido à onda de protestos nas redes sociais, uma vez que parte do público considerou que as obras expostas, que tratavam de questões de gênero, com temática sexual, eram desrespeitosas a símbolos, a crenças e a mundos.

Ainda sobre o entendimento do STF sobre casos semelhantes a este, o Relator menciona a ADI n. 4.451, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, na qual reiterou-se a liberdade de expressão das emissoras de rádio e televisão, de programas de humor que envolvessem candidatos, partidos e coligações no período de três meses anteriores ao pleito, como forma de fortalecimento do regime democrático e do direito de criticar.

Nesse sentido, relembra o Relator que apesar do pedido configurado pela comunidade cristã, a censura prévia foi afastada por meio do julgamento da emblemática ADPF n. 130, na qual houve a consagração das garantias de liberdade plena de informação e de imprensa, que somente podem ser integralmente preservadas quando entendidas como proibitivas de qualquer tipo de censura prévia. Cabe citar, assim, parte da ementa da referida ação:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A RETIRADA DE MATÉRIA JORNALÍSTICA DE SÍTIO ELETRÔNICO. AFRONTA AO JULGADO NA ADPF 130. PROCEDÊNCIA.

[...]

3. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades.

4. Eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. Ao determinar a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico de meio de comunicação, a decisão reclamada violou essa orientação.

5. Reclamação julgada procedente.

Na Reclamação n. 38.782/RJ, alegou-se que o referido Especial de Natal conteria ato de intolerância religiosa e discurso de ódio. Nos autos do AI 0083896-72.2019.8.19.0000, entendeu-se que a obra feria a comunidade cristã, a qual é majoritária na sociedade brasileira, de forma que seria mais adequado suspender a exibição da obra. O Relator, por sua vez, ressalta que a decisão não teria sido acertada, uma vez que o Brasil é um Estado laico, e, ainda, explica a diferença entre laicidade e laicismo: na laicidade, o Estado, adota neutralidade em relação à Igreja, respeitando-se todos os credos, optando por não professar uma religião; no laicismo, contudo, o Estado adota postura de mera tolerância.

Nesse sentido, relembra o Relator que a liberdade religiosa é um direito fundamental, que, por consequência, impõe ao Estado um dever de neutralidade em relação às religiões existentes, sendo que esta, contudo, não deve ser confundida com indiferença e, ainda que o Estado seja laico, a religião exerceu e continua exercendo importante papel para a própria formação da sociedade brasileira, de sua cultura.

O Relator menciona, ainda, o caso Ellwanger, que resultou no entendimento de que o STF possui consolidada jurisprudência sobre a importância da livre circulação de ideias em um Estado democrático, todavia, não deve o Judiciário se omitir nas situações em que há evidente abuso da liberdade de expressão.

Ocorre que, no caso da obra questionada, diferentemente do caso Ellwanger, o Relator entendeu que não haveria incitação de violência contra grupos religiosos, sendo caso de mera crítica, realizada por meio de sátira, a elementos caros ao Cristianismo. Outrossim, ainda de

produção artística questionável, não identificou em seu conteúdo fundamento que justifique qualquer tipo de ingerência estatal.

Uma vez que havia o pedido de retirada do conteúdo da plataforma Netflix, o Relator comentou sobre a proibição da censura, conforme entendimento constitucional, e reforçou que aqueles que estivessem descontentes com o conteúdo poderiam, a partir do direito de opinião, protestar, conforme extrai-se do seguinte trecho do voto do Min. Gilmar Mendes (p. 31-32):

Reitero, nesse aspecto, a importância da liberdade de circulação de ideias e o fato de que deve ser assegurada à sociedade brasileira, na medida do possível, o livre debate sobre todas as temáticas, permitindo-se que cada indivíduo forme suas próprias convicções, a partir de informações que escolha obter.

No caso, por se tratar de conteúdo veiculado em plataforma de transmissão particular, à qual o acesso é voluntário e controlado pelo próprio usuário, não apenas é possível optar-se por não assistir ao conteúdo disponibilizado, como também é viável decidir-se pelo cancelamento da assinatura contratada. Há diversas formas de indicar descontentamento com determinada opinião e de manifestar-se contra ideais com os quais não se concorda – o que, em verdade, nada mais é do que a dinâmica do chamado mercado livre de ideias.

A censura, com a definição de qual conteúdo pode ou não ser divulgado, deve-se dar em situações excepcionais, para que seja evitada, inclusive, a ocorrência de verdadeira imposição de determinada visão de mundo. Retirar de circulação material apenas porque seu conteúdo desagrada parcela da população, ainda que majoritária, não encontra fundamento em uma sociedade democrática e pluralista como a brasileira.

Nesse sentido, no caso da Reclamação n. 38.782/RJ, a partir do emprego da técnica da ponderação, o STF entendeu que não seria o caso de restringir o direito à liberdade artística, sendo o caso de mera crítica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de expressão é um conceito complexo, derivado da noção de um direito geral da liberdade. Em sua essência, o direito geral de liberdade guarda íntima relação com a ideia de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, assim, a liberdade assume a forma de uma qualidade, que pode ser atribuída às pessoas, ações e sociedades, por meio da qual os indivíduos possibilidades de fazer algo.

Desde a abordagem da liberdade pelos pensadores clássicos, conclui-se que esta não é absoluta, de forma que o indivíduo deve renunciar a alguma liberdade própria para preservar o resto.

O direito geral de liberdade possui importante relação com a legalidade, a qual pode ser observada no art. 5º, II, CF/88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A lei, portanto, é o meio utilizado no Estado de Direito a fim de garantir e ao mesmo tempo regular a liberdade.

Em relação à liberdade de expressão, enquanto desdobramento do direito geral de liberdade, deve-se ter por pressuposto que “expressão” é um termo que assume diferentes formas, como a opinião, a convicção, o comentário, a arte e a música.

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a liberdade de manifestação do pensamento e sobre a liberdade de expressão, as quais, ao analisar o texto constitucional como uma integralidade, podem ser entendidas como espécies da liberdade de expressão em sentido amplo.

O direito à liberdade de expressão está presente desde a primeira fase do constitucionalismo moderno, com variações na sua amplitude decorrentes da natureza mais ou menos aberta dos respectivos regimes políticos. A primeira aparição do referido direito ocorreu na Carta Imperial de 1824, em seu art. 179, IV, o qual consagrou a liberdade de expressão, vedando a censura. Cabe ressaltar que a liberdade de expressão deve ser protegida através da proibição da censura, seja ela direta ou indireta.

Nas demais Constituições brasileiras, a liberdade de expressão esteve presente com maior ou menor detalhamento, até sua consolidação como direito fundamental na Constituição cidadã de 1988, a qual foi influenciada por diversos diplomas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966.

Ao analisar as bases da liberdade de expressão, foi possível concluir que esta encontra fundamento na dignidade da pessoa humana, na autonomia e no livre desenvolvimento da

personalidade do indivíduo, além de representar uma relação social e política, expressa pela garantia da democracia e do pluralismo político, o que corresponde a uma espécie de livre mercado das ideias, revelando-se, assim, como uma dimensão transindividual, uma vez que a liberdade de expressão e os seus respectivos limites atuam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social.

Enquanto direito fundamental, sua limitação é consequência da necessidade de harmonização com outros valores ou bens protegidos pela ordem jurídica. Assim, os direitos fundamentais podem ser entendidos como direitos absolutos, relativizados apenas em contextos excepcionais.

Para entender a dinâmica da limitação dos direitos fundamentais, há duas teorias: a teoria interna e a teoria externa. A teoria interna se resume em: a) não reconhecimento da possibilidade de limitações externas aos direitos; b) identificação dos casos em que o direito deve incidir deverá obedecer a análise de seu conteúdo constitucionalmente estabelecido; c) recusa a hipótese de colisões de direitos. A teoria externa, por sua vez, pode ser resumida em: a) os direitos fundamentais devem ser analisados como princípios, veiculando comandos *prima facie*; b) os direitos fundamentais são restringíveis; c) as restrições aos direitos fundamentais são resultantes de conflitos entre estes e outros direitos e bens constitucionais; d) a legitimidade constitucional da restrição deve ser examinada mediante um juízo de ponderação, que irá sopesar os direitos e bens em conflito, através da aplicação do princípio da proporcionalidade. No Brasil, a teoria externa é a predominante.

No caso do direito à liberdade de expressão, o próprio texto da Constituição Federal de 1988 elenca três situações em que ocorrerá sua limitação, sendo elas: a vedação do anonimato (art. 5º, IV); o direito de resposta, proporcional ao agravo (5º, V); e os direitos da personalidade (art. 5º, X).

Além das limitações constitucionais, a liberdade de expressão possui limitações externas da liberdade de expressão, por exemplo, o crime de racismo (Lei n. 7.716/89), os crimes contra a honra (arts. 138 a 140 do Código Penal), incitação ao crime (art. 286 do Código Penal), apologia de crime ou criminoso (art. 287 do Código Penal) etc.

Em vista da predominância da teoria externa no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, em alguns casos, quando há embate entre o direito à liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, o Judiciário deve recorrer à técnica da ponderação, ou princípio da proporcionalidade. Dessa forma, a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, nos quais a subsunção se mostrou insuficiente, principalmente quando uma situação concreta resulta na possibilidade de aplicação de normas de mesma hierarquia

que indicam soluções diferenciadas, por meio do balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.

A proporcionalidade é formada por três subprincípios: pertinência ou aptidão; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro subprincípio, examina se há adequação, conformidade ou validade do fim, de forma que busca evitar a existência de arbítrio. O segundo subprincípio analisa se a medida não irá exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo buscado, que também pode ser entendido como o princípio que busca a escolha mais suave. O terceiro subprincípio deverá observar os interesses em jogo, de forma que se deve usar os meios adequados e afastar os meios desproporcionados.

No contexto atual, há duas situações em que se destaca o emprego da técnica de ponderação, que são nos casos de discursos de ódio e da disseminação de notícias falsas. Nesse sentido, o Judiciário tem atuado nos referidos casos pautando-se pela excepcionalidade da intervenção jurisdicional, a fim de preservar o princípio republicano e democrático, mas com cautela para identificar casos em que houve exagero no exercício do direito à liberdade de expressão, de forma a, por exemplo, instigar violência, ódio ou discriminação contra pessoas, em razão da raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo, religião, ou outro fator de discriminação.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem atribuído, em regra, posição de primazia ao direito à liberdade de expressão, quando em confronto com outros direitos fundamentais, sendo que a limitação daquele somente ocorre em casos excepcionais, como no caso de incitação à violência ou discriminação.

Nesse sentido, o caso *Ellwanger* é um exemplo de ação em que discurso foi considerado como disseminador de ideias antissemitas, por meio do qual se instigou violência, ódio ou discriminação contra pessoas, em razão da raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo, religião, ou outro fator de discriminação, devendo, portanto, ser limitado, tendo em vista o disposto pela Constituição Federal de 1988, além de tratados como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos.

O caso *Ellwanger* demonstra a consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a importância da livre circulação de ideias em um Estado democrático, sendo que, porém, não deve o Judiciário se omitir nas situações em que há evidente abuso da liberdade de expressão.

Ocorre que, no Reclamação que envolve o filme “Especial de Natal Porta do Fundos: A Primeira Tentação de Cristo”, diferentemente do caso *Ellwanger*, o STF entendeu que não haveria incitação de violência contra grupos religiosos, sendo caso de mera crítica, realizada por meio de sátira, a elementos caros ao Cristianismo. Outrossim, ainda de produção artística

questionável, não identificou em seu conteúdo fundamento que justifique qualquer tipo de ingerência estatal.

Por todo o exposto sobre o direito à liberdade de expressão e os seus limites, conclui-se que o direito à liberdade de expressão, enquanto direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, deve estar em harmonia com os outros direitos fundamentais, de forma que, além dos limites expressos pelo texto constitucional e pela legislação infraconstitucional, cabe empregar, também, a técnica de ponderação, que deve ser pautada pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui como tendência a primazia do direito à liberdade de expressão em face de outros direitos, sendo aquele limitado apenas em casos excepcionais, como no caso de incitação à violência.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2017.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Liberdade em tempos de cólera**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2020.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada ao Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235, p. 01-36, jan./mar. 2004, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://hml-bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 13 abr. 2024.
- BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais**, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23, p. 65-78, 1998.
- BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BORGES, Gleyciara de Moura; MARTINS, Maria Luiza Pereira. Caso Ellwanger: uma análise do Habeas Corpus n. 82.424-2 do Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva da técnica de Robert Alexy associada ao giro decolonial latino-americano. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí**, ano 01, ed. 01, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/01/Caso-Ellwanger-Uma-ana%CC%81lise-do-Habeas-Corpus-n.-82.424-2-do-Supremo-Tribunal-Federal-sob-a-perspectiva-da-te%CC%81cnica-de-Robert-Alexy-associada-ao-giro-decolonial-latino-americano.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**: elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 28 mar. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 28 mar. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm).

Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.054**, Tribunal Pleno, rel. Ministro Ilmar Galvão, j. 02/04/2003, DJ 17/10/2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375312>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.274**, Tribunal Pleno, rel. Ministro Carlos Ayres Britto, j. 23/11/2011, DJe 02/05/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451**, Tribunal Pleno, rel. Ministro Alexandre de Moraes, j. 21/06/2018, DJe 06/03/2019.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**, Tribunal Pleno, rel. Ministro Celso de Mello, j. 13/06/2019, DJe 06/10/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito**

**Fundamental n. 130**, Tribunal Pleno, rel. Ministro Carlos Ayres Britto, j. 30/04/2009, DJe 06/11/2009. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187**, Tribunal Pleno, rel. Ministra Cármen Lúcia, j. 24/06/2021, DJe 07/10/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757652654>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2. ed. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. *E-book*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424-2 / Rio Grande do Sul**, rel. Ministro Moreira Alves, j. 17/09/2003, DJ 19/03/2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Liberdade de expressão**. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023. Disponível em: [https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/5371/Liberdade\\_Expressao.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/5371/Liberdade_Expressao.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24.405**, Tribunal Pleno, rel. Ministro Carlos Velloso, j. 03/12/2003, DJ 23/04/2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86127>. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 38.782 / Rio de Janeiro**, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 03/11/2020, DJe 24/02/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 134682**, rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, j. 29/11/2016, DJe 29/08/2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>. Acesso em: 24 abr. 2024.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2018.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**, 1950. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention\\_POR](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_POR). Acesso em: 19 abr. 2024.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Flávio Alves. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. *E-book*.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2. ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2018.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

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. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos>. Acesso em: 25 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, São José, Costa Rica, 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 14 abr. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Comentário ao art. 5º, IV. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes. *et. al. Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. P. 245.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. *E-book*.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Direitos fundamentais e liberdade de expressão**. Relatório da Disciplina de Direitos Fundamentais, apresentado à Faculdade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção de título de Doutor de Ciência Jurídicas-Políticas, sob a regência e avaliação da Professora Doutora Maria João Estorninho. Lisboa, 2010.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Arena do sagrado e o proselitismo religioso na palavra do STF. **Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 1, abr. 2019.

Disponível em:

[https://repositorio.unilasalle.edu.br/bitstream/11690/1492/1/Arena%20do%20sagrado%20e%](https://repositorio.unilasalle.edu.br/bitstream/11690/1492/1/Arena%20do%20sagrado%20e%20)

20o%20proselitismo%20religioso%20na%20palavra%20do%20STF.pdf. Acesso em 24 abr. 2024.