

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN BRAZIL AND FREEDOM OF EXPRESSION

Willian Buchmann¹

Recebido em: 18/6/2019

Aprovado em: 11/11/2019

Sumário: Introdução. 1. A expressividade da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal pós-1988: apontamentos relevantes. 2. Liberdade de expressão e sua restrição na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. 3. Conclusão; Referências.

Resumo: O caráter analítico da Constituição Federal brasileira e a ampliação de poderes conferidos ao Supremo Tribunal Federal pela Carta de 1988 fizeram crescer a tensão constitucional entre direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, ambos relacionados diretamente com o postulado da dignidade humana e o regime democrático. Numa análise de julgados recentes da Corte sobre o tema, percebe-se uma prestigiação, processual e material, do direito à manifestação do pensamento, garantindo-se o livre mercado de ideias. Entretanto, alguns aspectos extraídos dos julgados estão a recomendar especial atenção. É o caso da (des)necessidade de se evitarem juízos de valor aprioristicamente preferenciais acerca do interesse a prevalecer em cada situação. Igualmente, é o caso da preocupação com eventual e desmedido esvaziamento dos mecanismos de tutela de direitos da personalidade, quando em rota de colisão com a liberdade de expressão.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade de expressão. Direitos de personalidade. Jurisdição Constitucional. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The analytical aspect of the Brazilian Federal Constitution

¹ Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS. Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná (MPPR) e Assessor da Corregedoria-Geral do MPPR.

and the extension of the powers conferred on the Federal Court of Justice by the Charter of 1988 increased the constitutional tension between fundamental rights, such as freedom of expression and rights of personality, both directly related to the postulate of human dignity and the democratic regime. Analyzing most recent court judgments on the matter, it is possible to identify both a procedural and material prestige of the right to the expression of thought, guaranteeing the free market of ideas. However, some aspects drawn from the trials are recommending special attention. Likewise, it is the case of (lack of) necessity to avoid aprioristically preferential value judgments about the interest to prevail in each situation. And the case of concern with eventual and excessive clearance of the mechanisms of protection of personality rights, when in a collision course with freedom of expression.

Keywords: Fundamental rights. Freedom of expression. Personality rights. Constitutional Jurisdiction. Federal Court of Justice.

INTRODUÇÃO

Não obstante as dificuldades no estabelecimento de um fundamento absoluto para os direitos fundamentais, é o princípio da dignidade humana que os inspiram, ao menos aqueles típicos, como o respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade e à segurança, de modo que é ele que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça (MENDES, 2014, p. 140).

Disso já se percebe que os direitos de liberdade (no caso, o de expressão) e de personalidade (como a honra) têm por base o princípio da dignidade humana – fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da CF) –, além de revelarem íntima conexão com o Estado Democrático de Direito. Referidos direitos encontram-se em constante rota de colisão, a demandar o chamamento da Jurisdição Constitucional, no exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade. Tal colidência sobra amplificada numa dita “sociedade de rede”, isto é, cada vez mais conectada por informações e notícias globalizadas (MAIA, 2016, p. 226-227).

Diante da referida colisão de direitos fundamentais, cresce em importância um estudo sobre o norte que vem emprestando a Corte Constitucional brasileira sobre o tema. Afinal, é por meio das decisões tomadas pelos Tribunais Constitucionais que valores supremos, como a

liberdade, ganham real dimensão diante de peculiaridades históricas e culturais das diferentes sociedades (MENDES, 2018?).

Assim, o presente ensaio presta-se, essencialmente, a revisitar julgados recentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema do direito à liberdade de expressão e suas possíveis restrições perante outros direitos de mesma envergadura constitucional, como o direito à honra, à intimidade e à privacidade. Tudo em cotejo com a doutrina especializada concernente à temática proposta.

Inicia-se com uma abordagem preliminar acerca da magnitude da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre os direitos fundamentais. Para tanto, analisa-se, com brevidade, por meio de quais mecanismos constitucionais aquela Corte vem dando vazão à problemática, bem como traz-se, criticamente, a necessidade de especial atenção para a ampla possibilidade de a Jurisdição Constitucional ser exercida por juízos monocráticos definitivos acerca de temas bastante sensíveis à esfera política.

A seguir, passa-se a apreciar, no pano de fundo, referidos julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, dando-se ênfase para o tratamento conferido aos conflitos entre o direito à liberdade de expressão e os direitos de personalidade, como o direito à honra. Nesse passo, questão importante a ser desvelada diz com a possibilidade ou não de um dos aludidos direitos fundamentais ser tido, *prima facie*, como prioritário frente ao outro, com base em precedentes daquela Corte Máxima, decorrentes do controle concentrado de constitucionalidade.

Outra questão, caudatária diretamente do tema proposto, refere-se à possibilidade ou não de o direito à liberdade de expressão, quando em conflito com direitos típicos de personalidade, como a honra, sofrer restrições jurídicas outras que não aquelas expressamente previstas na Constituição, como a tutela judicial cautelar, utilizada para determinar a retirada do conteúdo divulgado em sítio de comunicação eletrônica.

Essas e outras questões controvertidas serão, na medida do que se propõe com o presente ensaio, vale dizer, sem pretensão de esgotamento do tema, objeto de detida apreciação, com o oferecimento

de respostas que se reputam mais adequadas à luz do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

1. A EXPRESSIVIDADE DA AUTORIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PÓS-1988: APONTAMENTOS RELEVANTES

A despeito de o foco central do presente ensaio prender-se à compreensão crítica da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal acerca do direito à liberdade de expressão e sua (im)possibilidade de restrição, como tema prejudicial, ao norte de melhor contextualizar o leitor, tem-se por relevante trazer apontamentos sobre o fortalecimento dos poderes daquela Corte a partir da Constituição Federal de 1988.

De proêmio, na linha do preconizado por Sieyès, a jurisdição constitucional deve ser compreendida como instituição política essencial à garantia da supremacia da Constituição, cabendo ao Tribunal Constitucional a responsabilidade de conter os excessos cometidos pelo legislador ordinário – em evidente prenúncio do que se viria a conceber como o controle (concentrado ou difuso) de constitucionalidade (BINENBOJM, 2014, p. 24-25).

No caso brasileiro, a valorização e o empoderamento do Supremo Tribunal Federal – que deixa seu papel de coadjuvante para assumir função de *tertius* capaz de exercer missão de contrapeso no interior do sistema político (LEITE, 2017, p. 117) – ocorrem, visivelmente, a partir da promulgação da Carta Política de 1988. Diversas razões contribuem para a ampliação da autoridade da referida Corte, valendo destacar, a par da retração do sistema representativo e suas incapacidades de cumprir com os ideais democráticos, a característica rígida e dirigente da Constituição brasileira, revelando-se largamente ambiciosa em seu conteúdo e relegando ao Legislativo e ao Executivo apenas a implementação da vontade do Constituinte, enquanto à Corte Constitucional sobrou conferida a função última de guardião da Constituição da República (VIEIRA, 2008, p. 443).

Newton Tavares Filho, ao analisar os trinta anos de Supremo Tribunal Federal sob o norte da Constituição de 1988, ressaltou o fato decisivo, nesse cenário, de que (TAVARES FILHO, 2018, v. I, p. 75) “o legislador – tanto constituinte originário e derivado, como ordinário – decidiu deliberadamente fortalecer a posição do tribunal no cenário institucional brasileiro, outorgando-lhe mais e mais competências ao longo desses trinta anos”.

Referida ambição constitucional, ou constitucionalização do direito, liderada pelo texto de 1988, acarretou inevitável tensão constitucional e conseqüente explosão de litigiosidade envolvendo temas de natureza constitucional (VIEIRA, 2008, p. 446-447), com destaque para conflitos entre direitos fundamentais, como o envolvendo a liberdade de expressão (VIEIRA, 2008, p. 451).

A despeito de não se desconhecer as inquietações doutrinárias envolvendo o debate em torno da crise de autoridade democrática que poderia decorrer desse papel outorgado à Corte Constitucional brasileira para suprir as lacunas do sistema representativo (VIEIRA, 2008, p. 443), possível reconhecer, fazendo coro ao preconizado por Kelsen, a importância, em ambientes democráticos, da jurisdição constitucional na tutela das minorias (KELSEN, 2003, p. 176).

Aliás, Gilmar Ferreira Mendes, ao observar que constituições contemporâneas pretendem que os atos exarados pelos órgãos representativos não fiquem imunes de controle, assim leciona quanto à imbricação da jurisdição constitucional com o regime democrático (MENDES, 2018?):²

a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático, que imponha limites aos ímpetus da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia.

² Ainda, pertinente a observação do mesmo autor, mais adiante, no sentido de que não há “judicialização da política” quando as “questões políticas” estão configuradas como verdadeiras “questões de direitos”. Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, desde os primórdios da República. (MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**, p. 8. [2018?] Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0,5&q=liberdade+gilmar+mendes&btnG>. Acesso em: 29 jan. 2019).

Ademais, a visão reducionista de democracia, atrelada (apenas) à participação popular na elaboração de leis, diz com uma ideia liberal-individualista de Estado de Direito, divorciada do que foi preconizado pelo constituinte de 1988 desde o preâmbulo da Carta Cidadã, ao prever que a República brasileira se constitui em Estado Democrático de Direito (BUCHMANN, 2012).

Com esses apontamentos – relevantes à contextualização do tema proposto no presente estudo, reveladores, por igual, qualitativamente, das decisões que vêm sendo adotadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade em lides nas quais discutida a preponderância ou não do direito à liberdade de expressão no conflito com outros direitos fundamentais –, passa-se a apreciar, de modo mais detalhado, o enfrentamento da problemática pela Corte Constitucional brasileira.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA RESTRIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicialmente, esclareça-se que se pretende aqui descortinar como o tema do direito fundamental à liberdade de expressão vem sendo compreendido pelo Supremo Tribunal Federal a partir de suas decisões recentes, utilizando-se para tanto, de modo especial, do espectro temporal compreendido de 2015 a 2018, sendo, ainda, ressaltados aspectos que se entende como inquietantes dos referidos julgados.

Antes de se passar à apreciação dos julgados quanto aos âmbitos de proteção em conflito propriamente ditos, alguns aspectos sistêmico-funcionais, envolvendo os precedentes em análise, estão a recomendar apontamentos.

Um primeiro ponto de caráter processual a ser destacado, a partir da pesquisa realizada, é que a Corte Constitucional brasileira vem admitindo a Reclamação, prevista no artigo 102, I, l, e artigo 103-A, § 30, ambos da Constituição Federal, para feitos versando sobre conflito entre liberdade de expressão e de informação e a tutela de direitos individuais, como os direitos de personalidade, tendo como parâmetro o decidido na Arguição

de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130, no sentido da não recepção em bloco da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa).³ Aliás, na Reclamação n. 22.328, DJE de 10 de maio de 2018, destacou o Ministro relator: “O Supremo Tribunal Federal tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial”.⁴

Igualmente, constata-se que, nas aludidas Reclamações, os Ministros relatores, entendendo tratar-se de matéria consolidada na Corte, têm se valido da prerrogativa do artigo 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, julgando monocraticamente os feitos. Quanto a esta particularidade, não se pretendendo aqui tecer qualquer crítica à compreensão meritória dos Ministros nos respectivos casos analisados, cabe apontar a preocupação com o sistema judicial brasileiro, que outorga poderes de forma individualizada e descentralizada aos relatores em casos, muitas vezes, versando sobre questões políticas delicadas, observando Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 15) que

cria-se um espaço, politicamente relevante, de decisão individual sem controle coletivo. Argumentamos que em alguns casos muito importantes essa combinação tem sido funcionalmente equivalente ao que chamamos de “judicial review individual”, com ministros realizando o controle de constitucionalidade sem qualquer controle efetivo do plenário.

Atuação do Supremo Tribunal Federal com reflexos em questões políticas relevantes pode ser extraída, em ilustração, da Reclamação n. 18638/CE, julgada em 2 de maio de 2018, versando sobre o (des)acerto constitucional da decisão do Tribunal de Justiça do Ceará que proibira determinada revista de divulgar qualquer notícia relacionada à apuração criminal (atrelada à Operação Lava-Jato) supostamente envolvendo o Governador daquela Unidade Federativa. No caso, o julgamento monocrático delineou-se no sentido da procedência do

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Reclamação n. 30105/PA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ, de 27/11/2018, DP: DJE-254, de 29/11/2018; STF, Rcl: 18638/CE n. 99998385-22.2014.1.00.0000, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ, de 02/05/2018. DP: DJE-086, de 04/05/2018; STF, Rcl: 18566/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, de 12/11/2018. DP: DJE-242, de 16/11/2018.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Reclamação n. 22.328, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJE, de 10/05/2018.

pedido, confirmando a decisão liminar proferida pelo Ministro relator anteriormente.

Não se desconhece aqui que as reclamações em apreço, inclusive para a sua admissão, tomaram por base o decidido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130, no sentido da não recepção em bloco da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), o que, neste aspecto, em tese, por refletir posição institucional do Tribunal, não acarretaria maiores preocupações com o caráter singular ou monocrático das decisões prolatadas.

Ocorre que, da jurisprudência recente analisada, extraem-se conclusões no sentido do caráter, adrede e abstratamente, preferencial do direito à liberdade de expressão e de informação frente a direitos de personalidade, o que tem gerado preocupações importantes.

Com efeito, segundo o decidido monocraticamente na Reclamação n. 18638/CE,⁵

A Constituição de 1988 incorporou um sistema de proteção reforçado das liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos de personalidade. Assim, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, tais liberdades possuem uma posição preferencial, o que significa dizer que seu afastamento é excepcional e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto.

Sob esse enfoque, o que decidido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130 diz, em realidade, com a afirmação de precedência *temporal* do bloco que direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa sobre o bloco de direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Isto é,⁶

as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional. Reclamação n. 18.638/CE**, Rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 17/09/2014, DJE, de 19/09/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL18638.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional. ADPF n. 130**, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJE, de 06/11/2009.

controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.

Assim, considerando-se que as normas associadas às determinações de direito fundamental, em regra, revelam-se sob a forma de princípios (FRÖNER, 2009, p. 103), uma determinada medida estatal somente se revelará proporcional em sentido estrito se, diante das *circunstâncias do caso concreto*, o princípio constitucional atrelado ao fim que a sustenta preceder ou, pelo menos, se igualar ao princípio que tutela o direito fundamental atingido (FRÖNER, 2009, p. 104).

Gilmar Ferreira Mendes, em escrito no qual advertia que o tema da tensão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e comunicação, de um lado, e de personalidade, de outro, não pode ser tratado de maneira simplista ou simplória, bem sintetizou decisão paradigmática do Tribunal Constitucional alemão no chamado “caso Lebach”, de 5 de junho de 1973, no sentido de que não há direito fundamental superior *a priori*, sendo ambos essenciais à ordem democrático-liberal, devendo ser analisadas as circunstâncias do caso concreto (MENDES, 1994, p. 300)⁷. O mesmo constitucionalista ressalta a importância de se emprestar máxima efetividade a cada um dos valores do conflito, devendo, com base na técnica da ponderação, proceder-se à atenuação casuística de um deles (MENDES, 1994, p. 301):

No processo de “ponderação” desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.

Não se pretende, com tais observações, *menosvalorar* o direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento, reconhecidamente um dos pilares em que se apoia o Estado Democrático de Direito.⁸ Aliás, indiscutível a simbiose existente, em sociedades

7 Para Edilson Pereira de Farias (1996, p. 143), “O Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemão), especialmente a partir da sentença do caso Lüth, também estabelece uma preferência pela liberdade de expressão e informação ao considerá-la como direito individual indispensável para o regime democrático”. Contudo, entende o referido Tribunal que a presunção a favor da liberdade de expressão e informação pode ser anulada em razão das circunstâncias do caso particular.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional. Reclamação n. 18566/SP**, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, de 12/11/2018, DJE-242, de 16/11/2018.

alicerçadas em valores democráticos como a nossa, entre o valor de liberdade (a par da igualdade) e o Estado Democrático de Direito (MENDES, 2018?).

Na mesma direção, bem assentou o Ministro relator da Reclamação n. 30105, julgada em 27 de novembro de 2018, que “é por intermédio do acesso a um livre mercado de ideias que se potencializa não apenas o desenvolvimento da dignidade e da autonomia individuais, mas também a tomada de decisões políticas em um ambiente democrático”.⁹ Vale dizer: para que a democracia seja fortalecida, o maior número possível de versões sobre o mesmo tema deve circular (CLÈVE, 2016, p. 87).¹⁰

Ocorre que o exercício abusivo das liberdades públicas também não se coaduna com o Estado Democrático, não sendo conferido a ninguém se valer da liberdade de expressão para ofender a honra alheia, já que não se pode, sem restrições, despojar o indivíduo de um dos mais delicados valores constitucionais, qual seja, a dignidade humana, consoante salientado pelo Ministro relator do HC n. 141949/DF, no qual que discutida a constitucionalidade do crime de desacato.¹¹

Na mesma direção, observou o Ministro Menezes Direito na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130 que a sociedade democrática (valor insubstituível) exige para a sua sobrevivência institucional proteção igualitária para a liberdade de expressão e para a dignidade humana¹² – princípio do qual derivam os direitos de personalidade, conforme reconhecido pelo Tribunal Constitucional alemão na decisão de 24 de fevereiro de 1971, relativa à publicação do romance *Mephisto*, de Klaus Mann (MENDES, 1994, p. 296).

Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 662055/SP, reconheceu, emprestando repercussão

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional. Reclamação n. 30105/PA**, Rel. Min. Luiz Fux, DJ, de 27/11/2018, DP: DJE-254, de 29/11/2018.

10 CLÈVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Dimensões das liberdades de informação e de expressão: elementos do discurso público”. **Revista Espaço Jurídico: Journal of Law**, Ed. Unioesc, Joaçaba, v. 17, n. 1, p. 83-98, jan./abr. 2016, p. 87.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional. Habeas Corpus n. 141.949/DF**, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, de 13/03/2018.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional. ADPF n. 130**, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJE, de 06/11/2009.

geral, ser tema de alta envergadura definir os limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia, como a honra e a imagem, bem assim fixar parâmetros em que a publicação deve ser proibida e/ou outras consequências jurídicas.¹³

Acertada a preocupação acima com a necessidade de serem estabelecidas, excepcionalmente, limitações à livre expressão, afinal o constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu esse direito fundamental como absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo.¹⁴ Demian Couto Coelho, com base em ensinamentos de Edilsom Farias, sinala que qualquer emissão do pensamento que viole dispositivos constitucionais, como intimidade, vida privada e imagem, não encontra respaldo na Constituição (COELHO, 2016, p. 39).

Ainda, precisamente quanto à permanente tensão constitucional existente entre o direito de liberdade de expressão e os direitos de personalidade, aquela deve guardar observância à inviolabilidade do direito à honra e à privacidade, conforme o artigo 5º, X, da Constituição Federal (MENDES, 1994, p. 301). Não é diferente quanto à liberdade de imprensa, caudatária da liberdade de expressão, encontrando limites no respeito à honra de terceiros (MENDES, 2010, p. 465-466).

Demais disso, como se viu, inclusive e especialmente à luz do decidido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130 pelo Supremo Tribunal Federal, se é verdade que a liberdade de manifestação do pensamento representa um dos fundamentos em que se ancora o Estado Democrático de Direito,¹⁵ também é certo que a democracia é plural em sua essência,¹⁶ de modo que não se pode atribuir primazia absoluta àquele direito fundamental no contexto de uma sociedade pluralista, tendo em vista valores outros, como a dignidade humana, sendo pressuposto ínsito do regime democrático também a *tolerância* entre os diversos grupos (MENDES, 2018).

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional**. RG RE 662055/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ: 27/08/2015. DJE-173, de 03/09/2015.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional**. **Excerto do voto do Min. Gilmar Mendes na ADPF n. 130**, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJE, de 06/11/2009.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional**. **Reclamação n. 18566/SP**, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. De 12/11/2018, DJE-242, de 16/11/2018.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional**. **MC ADPF n. 548/DF**, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJ, de 27/10/2018, DJE-232, de 31/10/2018.

A propósito, como assentado pelo Ministro Menezes Direito em seu voto no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130, “Limites são sempre esteio da convivência social, como apanágio mesmo da tolerância e da capacidade humana de superar o absoluto que não é compatível com a natureza mesma das sociedades democráticas.”¹⁷

Nesse sentido, aliás, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:¹⁸

(...)O direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às restrições que emergem do próprio texto da Constituição, destacando-se, entre essas, aquela que consagra a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende a preservação do direito à honra e o respeito à integridade da reputação pessoal.

A Constituição da República não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizem crimes contra a honra (calúnia, difamação e/ou injúria), pois a liberdade de expressão não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental. Doutrina. Precedentes.

Diante desse quadro, reafirma-se o entendimento de que no conflito entre o direito à liberdade de expressão e outro direito individual fundamental, notadamente o de personalidade, como o é o de integridade da honra e da imagem, descabe priorização ou preferências em abstrato num sentido ou noutro.

Outra inquietação que pode ser extraída a partir do estudo de julgados recentes da Corte Constitucional brasileira diz com a possibilidade ou não de o Poder Judiciário determinar a retirada de manifestação publicada em sítio de comunicação eletrônica. A esse respeito, frisa-se que a regra, em caso de abuso da liberdade de manifestação do pensamento,

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional**. ADPF n. 130, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJE, de 06/11/2009.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional**. Embargos de Declaração no RE com Ag 891.647, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015.

é a apuração dos resultados após a divulgação do discurso (LOPES, 2016, p. 97).

Nessa toada, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, percebe-se a preocupação com o exercício do poder geral de cautela por juízes e tribunais, em tese, como instrumento de censura estatal, com grave comprometimento da liberdade de expressão, consoante o assinalado, *e.g.*, pelo Ministro relator da Reclamação n. 18566, de 12 de novembro de 2018.¹⁹

Já na Reclamação n. 18638, pontuou o Ministro relator que bens jurídicos como a honra e a imagem de eventuais ofendidos devem ser tutelados, em sendo o caso, por meio de outros instrumentos de controle que não importem restrições imediatas à livre circulação de ideias, como a responsabilização civil ou penal e o direito de resposta.²⁰

Na mesma direção, o vertido da Reclamação n. 22.328, anotando o Ministro relator que²¹ “Eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização, sendo que a determinação de retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico teria violado tal orientação”.

Ainda que se possa conceber medidas expressamente consolidadas no texto constitucional de 1988 como preferenciais, em regra, para o caso de abuso da liberdade de expressão, como a indenização pelos danos havidos, não se vislumbra como solução consentânea com a referida Carta eventual vedação geral de medida judicial outra, como a determinação cautelar de retirada da manifestação publicada em determinado veículo de comunicação.

Aliás, da própria decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 662055/SP, verifica-se pertinente entendimento no sentido de reconhecer tratar-se de questão de grande importância definir os parâmetros para identificar as hipóteses nas quais “a publicação deve

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional. Reclamação n. 18566/SP**, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, de 12/11/2018, DJE-242, de 16/11/2018.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional. Reclamação n. 18638/CE**, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ, de 02/05/2018, DJE-086, de 04/05/2018.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional. Reclamação n. 22.328**, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJE, de 10/05/2018.

ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais ou, ainda, outras consequências jurídicas (grifo do autor).²²

A admissibilidade de outros mecanismos jurídicos, que não aqueles expressamente previstos na Constituição de 1988, destinados a tutelar direitos fundamentais de personalidade conflitantes, concretamente, com a liberdade de expressão parece decorrer da própria peremptoriedade dos termos do artigo 5º, X – além da dicção do inciso XXXV do artigo 5º da Carta, ao tutelar não apenas a lesão como a *ameaça* de lesão a direito –, consoante anotado por Gilmar Mendes sobre a colisão dos direitos fundamentais supramencionados (MENDES, 1994, p. 297):

Diante dos termos peremptórios em que se encontra formulado o art. 5, X, da Constituição - “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)” –, parece evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido. A referência que consta da parte final do dispositivo – “assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” – somente pode dizer respeito aos casos em que não foi possível obstar a divulgação ou a publicação da matéria lesiva aos direitos da personalidade.

Além disso, como captado, com perspicácia, por Daniel Maia, o ordenamento jurídico brasileiro ainda carece de normas de maior eficácia protetiva dos direitos à honra, à imagem e à privacidade, anotando o autor a tutela inibitória como único meio processual eficaz para tanto, bem como cuidar-se, a sua proteção, de exigência da sociedade moderna, diante dos avanços tecnológicos a possibilitar maior divulgação de informações concernentes à personalidade das pessoas (MAIA, 2016, p. 228-229).

3. CONCLUSÃO

O presente ensaio teve por foco evidenciar a importância da Jurisdição Constitucional brasileira na tutela do direito fundamental à liberdade de expressão e a possibilidade e os termos em que admitida a

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constitucional**. RG RE n. 662055/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ: 27/08/2015. DJE-173, de 03/09/2015.

sua restrição quando em conflito com outros direitos igualmente tidos como fundamentais.

Em caráter inicial, bem se viu que a Constituição de 1988 trouxe consigo verdadeira constitucionalização do direito, acarretando aumento do campo de tensão constitucional e, para emprestar-lhe solução, promoveu significativa ampliação da gama de competências do Supremo Tribunal Federal, notadamente no campo do controle (concentrado e difuso) de constitucionalidade.

Nesse cenário, a pesquisa foi concentrada, especialmente, na jurisprudência recente (a partir de 2015) daquela Corte Constitucional, sendo constatada, particularmente, a admissão, bastante flexível, do instrumento da Reclamação Constitucional para conflitos versando sobre liberdade de expressão e direitos individuais, como os de personalidade, tendo como parâmetro a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130, na qual decidido pela não recepção da denominada Lei de Imprensa.

Da análise dos mencionados julgados, infere-se que o Supremo Tribunal Federal vem ressaltando a posição preferencial da liberdade de expressão, com reconhecimento expresso (ao menos em um dos casos apreciados) do caráter prioritário *prima facie* deste direito quando em colisão com outros direitos fundamentais, inclusive com aqueles ditos de personalidade.

Nesse ponto reside relevante preocupação. Isso porque, se soa incontroverso que o direito à liberdade de expressão figura como um dos pilares do próprio regime democrático, como o inaugurado pela Constituição Federal de 1988, não é menos verdade que outros direitos fundamentais, marcadamente os atinentes à personalidade, como o direito à honra, encontram-se radicados em princípio fundante da República brasileira, qual seja, a dignidade da pessoa humana, além de, nessa mesma perspectiva, o valor tolerância ou fraternidade figurar como essencial em sociedades democráticas.

Nesse passo, segundo o princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas, os direitos fundamentais podem ser restringidos pela proteção conferida aos demais direitos igualmente consagrados

na Constituição Federal (GARCIA, 2003, p. 36), em face da situação de conflito surgida entre eles.

Assim, ainda que, conforme decidido pela Corte Constitucional brasileira em sede de controle concentrado, a liberdade de expressão preceda (fator temporal, portanto) o bloco de direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada, gozando, por isso, o livre discurso de presunção de admissibilidade, esta admissibilidade tem seus limites, por exemplo, quando a manifestação exarada ataca a dignidade ou representa ofensa formal ou crítica injuriosa (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 286).

Diante disso, e sabendo-se, igualmente, não se deduzir dúvida da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que não há grau de hierarquia entre os direitos fundamentais, não se revela razoável conceber que a liberdade de expressão, a despeito de sua magnitude incontestável para o Estado Democrático de Direito, possa gozar de prioridade valorativa adrede e abstratamente estabelecida. A esse respeito, foram destacados precedentes da Corte Constitucional alemã, donde possível inferir que descabe a fixação de direito fundamental apriorístico na sua valoração. Pelo contrário, a proporcionalidade, vista em seu espectro estrito, recomenda análise casuística dos interesses e direitos fundamentais colidentes, procedendo-se às atenuações necessárias, com vistas a garantir-lhes a máxima efetividade possível em cada caso.

A par disso, malgrado legítima a preocupação manifestada pela Corte Suprema brasileira com eventual uso abusivo do poder geral de cautela da magistratura, promovendo-se, em princípio, restrições desmedidas no direito à liberdade de expressão, igualmente, não parece razoável restringir-se, de modo absoluto, a proteção de outros direitos fundamentais conflitantes com a livre manifestação do pensamento a medidas posteriores, tais como a indenização e a tutela penal pelas violações apuradas.

Caso assim se proceda, valores como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas poderiam sobrar esvaziados, o que não parece ter sido o desiderato do constituinte de 1988, *ex vi* dos termos peremptórios do artigo 5º, X e XXXV, da CF/88. Ademais, em face da maximização das rotas de colisão entre a liberdade de expressão e os

direitos tipicamente de personalidade, como o direito à honra – mormente na nova “sociedade de rede” –, bem assim à míngua de instrumentos mais efetivos que garantam estes últimos, não se revela razoável arrear a possibilidade de o Judiciário, cautelar e excepcionalmente, proibir a divulgação ou a disseminação de manifestação manifestamente abusiva.

Em última análise, o presente estudo possibilitou descortinar, positivamente, que o Supremo Tribunal Federal vem enaltecendo e garantindo máxima efetividade ao direito fundamental à liberdade de expressão, sem deixar de reconhecer o seu caráter relativo. Nada obstante, alguns pontos analisados estão a exigir atenção, ao norte, especialmente, de não se estabelecer preferências *a priori* no conflito de direitos fundamentais, bem assim de garantir, no caso de verificação de colidência entre eles, ampla efetividade, igualmente, aos direitos de personalidade.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministrocracia**: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos. Cebrap: São Paulo, p. 15, jan./abr. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **ADPF n. 130**, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJE, de 06/11/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Embargos de Declaração no RE com Ag 891.647**, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015.

_____. _____. Constitucional. **Habeas Corpus n. 141.949/DF**, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, de 13/03/2018.

_____. _____. Constitucional. **MC ADPF n. 548/DF**, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJ, de 27/10/2018, DJE-232, de 31/10/2018.

_____. _____. Constitucional. **Reclamação n. 18566/SP**, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. De 12/11/2018, DJE-242, de 16/11/2018.

_____. _____. Constitucional. **Reclamação n. 22.328**, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJE, de 10/05/2018.

_____. _____. Constitucional. **Reclamação n. 18638/CE**, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ, de 02/05/2018. DP: DJE-086, de 04/05/2018.

_____. _____. Constitucional. **Reclamação n. 30105/PA**, Rel. Min. Luiz Fux, DJ, de 27/11/2018, DP: DJE-254, de 29/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **RG RE n. 662055/SP**, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ: 27/08/2015. DJE-173, de 03/09/2015.

BUCHMANN, Willian. O Ministério Público como instrumento de consolidação da democracia participativa. **Revista Juris Plenum Ouro**, Caxias do Sul (RS), v. 8, n. 44, p. 97-111, mar. 2012. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/115282>>.

CLÈVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Dimensões das liberdades de informação e de expressão: elementos do discurso público”. **Revista Espaço Jurídico: Journal of Law**, Ed. Unioesc, Joaçaba, v. 17, n. 1, p. 83-98, jan./abr. 2016.

COELHO, Denian Couto. **Liberdade de expressão: o mito da universalidade de acesso ao direito de informação no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2016.

FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem “versus” a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

FRÖNER, Henrique. As barreiras dos direitos fundamentais: estudo teórico e análise de decisão do Tribunal Constitucional Federal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 64. Porto Alegre, out./dez. 2009.

GARCIA, Emerson. A liberdade de expressão dos membros do Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, RJ (18), Rio de Janeiro, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Glaucio Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. **Imprensa e Judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MAIA, Daniel. **Liberdade de expressão nas redes sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. [2018?] Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0,5&q=liberdade+gilmar+mendes&btnG>. Acesso em: 29 jan. 2019.

_____. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 122, p. 300, mai/jul. 1994.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. SOUZA, Antônio Francisco de; FRANCO, Antonio. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES FILHO, Newton. “Que outro valor mais alto se alevanta”: o Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. In: SILVA, Rafael Silveira (Org.). **30 Anos da Constituição**: Evolução, Desafios e Perspectivas para o futuro. v. I. Brasília: Senado Federal, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, jul./dez. 2008.