



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

RAMON FRANCO ARAÚJO DOS SANTOS

**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: restrições
à liberdade de expressão à luz do caso Ellwanger (HC 82.424/RS)**

**BRASÍLIA
2023**

RAMON FRANCO ARAÚJO DOS SANTOS

**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: restrições
à liberdade de expressão à luz do caso Ellwanger (HC 82.424/RS)**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais -
FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador: Prof. José Levi Mello do Amaral
Júnior

**BRASÍLIA
2023**

RAMON FRANCO ARAÚJO DOS SANTOS

**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: restrições
à liberdade de expressão à luz do caso Ellwanger (HC 82.424/RS)**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais -
FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UnICEUB).

Orientador: Prof. José Levi Mello do Amaral
Júnior

BRASÍLIA, 4 DE ABRIL DE 2023

BANCA AVALIADORA

Prof. José Levi Mello do Amaral Júnior (Orientador)

Professor(a) Avaliador(a)

A todos que buscam, por meio da liberdade de expressão, externar aquilo que reverbera em seus sertões interiores.

AGRADECIMENTOS

Meu Senhor e meu Deus, creio firmemente que me vês, que me ouves. Adoro-Te com profunda reverência. Busquei, ao produzir este trabalho, oferecê-lo em sacrifício e honra a Deus, pela profundidade de seus cuidados e amor por mim. A delicadeza, a sutileza e a certeza do desenrolar divino em minha vida encorajam meus passos. São Josemaría Escrivá adverte em um de seus livros ao dizer que se tens como objetivo servir a Deus com teu conhecimento, estudar é um compromisso grave. Assim, agradeço a Deus ao mesmo tempo que Lhe ofereço este trabalho.

Agradeço São João Paulo II e São Josemaría Escrivá. São João Paulo II, com seus olhos, coração e mente sempre mirando, atentamente, a Cruz, muito me ensinou. Quando Papa, sempre encorajou e amou os jovens de maneira singular, pela força, energia e valor que detemos. Sua altivez espiritual e intelectual são inspirações para mim. De igual maneira, agradeço São Josemaría Escrivá, fundador do Opus Dei. Um santo que pregava o caminho da santidade por meio do trabalho, do estudo, do conhecimento, da vida ordinária. Ele, ainda quando padre, sempre prezou por um dos valores mais finos do ser humano, o trabalho. Os ensinamentos, as lições por meio de seus escritos e meditações foram essenciais para erguer minhas convicções e materializá-las neste trabalho.

Agradeço à minha família, que me deu um suporte imensurável durante todo o curso de Direito, em especial na produção deste trabalho. Ao meu pai agradeço os conselhos sempre assertivos, incentivadores e orientações precisas, que me permitiu atingir lugares que eu nem imaginava serem possíveis durante esse caminho. Ele é, em verdade, a minha maior inspiração como profissional, como operador jurídico, como funcionário público, como pensador, como escritor, como atleta, como ser humano. Meu pai eleva ao mais alto nível minhas referências, porque preza pelos valores mais caros de um homem.

Minha mãe, com toda sua doçura, meiguice, afago e carinho, foi essencial para me acolher, me compreender e me impulsionar durante todo o processo de produção do trabalho. Toda força, conselhos e conversas dispensadas foram determinantes para manter minha mente e espírito alinhados. Sua intercessão e força edificaram vigas poderosas de suporte emocional, sentimental e espiritual. O cuidado, o carinho e o amor foram sublimes para mim. Igualmente, agradeço meus queridos irmãos, Anselmo e Pedro Henrique, pela torcida, compreensão e suporte. Muito se anularam em meu favor durante esse tempo e não há nada mais nobre que isso. Serei eternamente grato. Agradeço, ainda, a todos os familiares.

Vinicius de Moraes diz que não fazemos amigos, nós os reconhecemos. Durante esse processo, pude reconhecer grandes e valorosos amigos que a vida me presenteou. Agradeço, portanto, a todos os meus amigos, indistintamente, que me incentivaram, torceram e rezaram por mim. Todos, cada um à sua maneira, foram essenciais nessa caminhada. Costumo dizer que é no caminho, no passo e no compasso da passada que os olhos fitam-se à frente e o corpo é impulsionado. É no caminho. Sempre. Só que, percorrer esse caminho com grandes amigos, é muito melhor.

Agradeço, com o coração aquecido, à Prof. Lilian Rocha, coordenadora da pós-graduação em Direito do CEUB, que me acolheu como monitor, me direcionou e abriu as portas de grandes oportunidades. Sua generosidade, seu brilho e seu entusiasmo são cativantes. A professora não mediu esforços para que eu concluísse o trabalho com tranquilidade e deferência que este exige. Os seus ensinamentos estarão eternizados em mim. A prof. Lilian Rocha foi peça fundamental para minha formação acadêmico-profissional e, por isso, sou muitíssimo grato.

Agradeço, de maneira especial e sincera, o meu orientador, Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, por trilhar esse caminho ao meu lado e me conferir todo o suporte intelectual e técnico necessários. O professor emana sua vocação magisterial e enobrece a comunidade acadêmica com seus escritos e posicionamentos. Servidor público de excelência e ser humano ímpar, me inspira a espelhar suas qualidades. A orientação, a presteza e a cordialidade no trato foram determinantes para polir minhas reflexões e transpô-las para o papel. Tentei revelar minha gratidão ao professor quando levei a efeito uma máxima de Fernando Pessoa, “Sê todo em cada coisa. Põe quanto és no mínimo que fazes”.

Finalizo, assim, em agradecimento a todos que deixaram um rastro em meu caminho, com uma frase de São Josemaría Escrivá: “Que tua vida não seja estéril. Sê útil. Deixa rastro”.

Totus tuus, Mariae!

Muito obrigado!

“Liberdade de expressão, a maior
expressão de liberdade”.

- Ayres Britto

RESUMO

O presente trabalho propõe uma análise, uma reflexão sobre a limitabilidade do direito fundamental à liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito Brasileiro. A Constituição de 1988 estabeleceu, quando de sua promulgação, uma nova ordem jurídica. Nessa ordem jurídica, instituiu como organização jurídico-política o Estado de Direito. Assim, entendendo a evolução do Estado, o trabalho pontua a relevância que o Direito, o poderio normativo, possui em relação ao Estado, submetido ao Direito. Instaurada essa ordem jurídica, a Constituição possui local de maior destaque na quadra jurídica. Nela, por sua vez, se encontram os direitos fundamentais, que, de certo modo, inauguram o texto constitucional, de forma a anunciar sua relevância normativa. A liberdade de expressão, direito fundamental de primeira geração, possui algumas características, como os demais direitos fundamentais. Uma que merece destaque é a limitabilidade, haja vista que nenhum direito fundamental é absoluto. Diante disso, é possível que um direito fundamental possa ser restringido - num caso concreto -, preservado seu núcleo essencial, em favor de outro, como no julgamento do HC 82.424/RS. Aplicar-se-á, portanto, ao estudo do caso concreto - julgamento do HC 82.424/RS pelo STF - tudo que será abordado no decorrer do trabalho.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Constituição Federal de 1988; Direitos Fundamentais; Liberdades de Expressão; Limites; Restrição; HC 82.424/RS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO - DA CONCEPÇÃO AO ESTADO DE DIREITO	13
1.1. O Estado de Direito (<i>Rule of Law</i>)	20
1.2. A Democracia no Estado de Direito	26
2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
2.1. Colisão dos Direitos Fundamentais	42
2.2. O Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e sua Limitação Jurídica	48
3. O JULGAMENTO DO CASO ELLWANGER PELO STF (HC 82.424/RS) - LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS APLICADO AO CASO CONCRETO	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS.....	73

INTRODUÇÃO

“Verdade ou não, o que se diz a respeito dos homens ocupa muitas vezes em sua vida, e sobretudo em seu destino, um lugar tão importante quanto aquilo que fazem”¹

- Victor Hugo

Victor Hugo, dramaturgo francês, respeitado no mundo inteiro, em “Os Miseráveis”, obra que evidencia sua magnitude como escritor e romancista, publicada em 1862 num contexto que permeia a Batalha de Waterloo (1815) e os Motins de Julho de 1832, exorta o leitor à reflexão quando exprime a ideia na frase supracitada. Com essa exatidão, Victor Hugo anuncia o peso social que carrega uma expressão, uma fala, um discurso, uma narrativa.

A partir disso, é possível compreender, ainda que minimamente, que existem reflexos concretos de algo que é dito, propagado. Na esteira da vida, a busca pelas atitudes certas, condutas que estejam balizadas pelo fino valor ético e senso de cidadania, é característica comum à maioria das pessoas de uma sociedade. O desvirtuamento disso, condutas que vão de encontro aos valores sociais caros, é que chama à existência o Direito, as normas e a coerção - como fator de ordenação social. Como dispõe Miguel Reale, “o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade”²

O presente trabalho visa à compreensão, à análise do que pode ser entendido como limite, como abuso, do direito fundamental à liberdade de expressão. Diante da liberdade de conduta, há, acertadamente, a convicção que não se trata apenas do que é dito, falado e exposto verbalmente, mas, também pelo que é compartilhado nas mídias sociais, o que é espalhado em redes de contato e redes sociais. Fato que revela a importância, a profundidade e a necessidade de se debater, pesquisar, refletir sobre o tema ora em análise. Afinal, muitos titulares do direito fundamental à liberdade de expressão tendem a dele abusarem.

Assim, o presente trabalho possui como metodologia o método qualitativo, de cunho descritivo, de modo a discorrer em sua esteira as principais ideias atinentes ao assunto, aliada às reflexões, à doutrina, aos artigos científicos, à jurisprudência e à legislação. O trabalho é dividido em 3 capítulos. O primeiro busca enquadrar o leitor no cenário territorial, jurídico e

¹ HUGO, Victor. **Os Miseráveis**. Edição Especial. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 41.

² REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

normativo, onde figura a Constituição Federal e, por sua vez, o direito fundamental à liberdade de expressão. Assim, no primeiro capítulo, far-se-á uma análise do desenvolvimento histórico e jurídico da entidade Estado até o ponto derradeiro: o Estado de Direito.

Diante disso, o primeiro capítulo - “Evolução histórica do Estado - da concepção ao Estado de Direito” - é dividido em dois subtópicos, quais sejam: “O Estado de Direito (*Rule of Law*)” e “A democracia no Estado de Direito”. Assim, na abertura do capítulo, busca-se fazer uma análise pormenorizada da evolução histórica do Estado, desde o Estado Antigo ao Estado de Direito. Isso é importante para entender a conformação jurídica, política e social em que vivenciamos hoje, o qual necessita da compreensão dos passos dados pela sociedade até aqui. Assim, o primeiro subtópico é destinado a analisar, após a evolução histórica do Estado, o Estado de Direito em si.

O Estado de Direito possui uma adjetivação - “Democrático” - devido à incidência do princípio da legalidade advindo de uma evolução jurídica também explorada durante este trabalho. Assim, em respeito a isso, utiliza-se um subtópico do trabalho para estudar tal conceito e sua aplicação ao Estado de Direito. Adiante, no segundo capítulo - “A Constituição de 1988 e a Evolução dos Direitos Fundamentais” -, busca-se, haja vista o enquadramento do leitor e sua compreensão do que seja Estado e Estado de Direito, a figura da Constituição Federal, instituidora da nova ordem jurídica que, inclusive, definiu o Estado Brasileiro como Estado de Direito.

Os direitos fundamentais, por sua vez, inauguram o texto constitucional, de modo a revelar sua importância normativa no Estado de Direito. Assim, o segundo capítulo busca estudar, analisar e desenvolver reflexões a respeito dos direitos fundamentais. Analisar, também, a evolução das “gerações” de direitos fundamentais, tendo em vista que o direito fundamental à liberdade de expressão é um direito fundamental de primeira geração. Ainda neste capítulo, o trabalho objetiva desenvolver um estudo a partir das características dos direitos fundamentais, o qual possui, em sua essência, a limitabilidade ou relatividade. Essa característica dos direitos fundamentais permite compreender que estes não são absolutos, mas passíveis de restrição quando em colisão com algum outro direito com valor de princípio normativo.

Fato que leva ao primeiro subtópico do segundo capítulo - “Colisão dos direitos fundamentais”. Nesse subtópico faz-se notória a aplicação do entendimento em estudo sobre norma jurídica, cujas espécies são regras princípios. Diante disso, é possível conceber que os direitos fundamentais possuem princípios que os regem. Quando da colisão desses princípios com algum outro princípio de natureza constitucional, é necessário que um prevaleça sobre

outro. A saída para isso, então, é o sopesamento ou ponderação dos princípios. Assim, quando de uma colisão e, naturalmente, uma restrição a um direito fundamental, preserva-se o núcleo essencial do direito fundamental restringido.

Entendidos esses conceitos, passa-se ao segundo subtópico do capítulo dois - “O Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e sua Limitação Jurídica”. Neste subtópico, busca-se aplicar ao direito fundamental à liberdade de expressão, de forma conjunta e organizada, os entendimentos até ali estudados no trabalho. Portanto, localizadas as ideias no Estado de Direito e feito um estudo pormenorizado das características e possibilidades de restrição dos direitos fundamentais, aplica-se todos os conceitos à liberdade de expressão.

Adiante, no terceiro capítulo, seguindo a mesma dinâmica, busca-se aplicar todos os conceitos e reflexões ao caso concreto, o julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS, de relatoria do Min, Moreira Alves. Cabia ao Supremo Tribunal Federal (STF) nesse julgado entender ou não os judeus como uma raça, a fim de figurar o impetrante no crime de racismo, por sua vez, imprescritível. Isso porque o impetrante manifestou opiniões, usufruiu da sua liberdade para produzir e editar livros de conteúdo antissemita e de cunho segregatório. Foi oportunizado ao STF, portanto, se posicionar quanto à extensão do crime de racismo e quanto à limitação do direito fundamental à liberdade de expressão. Neste caso concreto, é possível aplicar, de maneira acertada, os principais objetivos de pesquisa propostos.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO - DA CONCEPÇÃO AO ESTADO DE DIREITO

É possível conceber, ao analisar a história, oscilações na configuração de poder - como e quem o detiveram - e a organização sócio-política. Épocas sombrias, épocas iluminadas. No Brasil, em especial, tem-se o constitucionalismo democrático como marco vencedor contra a concentração de poder. O Min. Luís Roberto Barroso afirma em artigo que o constitucionalismo democrático foi a ideologia vencedora do século XX. Isso porque:

Nesse arranjo institucional fundiram-se duas ideias que não se confundem, quer nas suas origens, quer no seu conteúdo: **constitucionalismo e democracia**. *Constitucionalismo* remonta às revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII e significa, essencialmente, **Estado de Direito**, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Sua consolidação nos países da Europa e Estados Unidos se deu ao longo do século XIX. **No Brasil, a Constituição de 1824 possuía alguns traços liberais**, mas, na sua essência, trazia a marca da origem absolutista imprimida por D. Pedro I, ainda que atenuada, substancialmente, ao longo do segundo reinado. *Democracia*, por sua vez, desde suas origens gregas, significa **participação popular no exercício do poder, soberania do povo, governo da maioria**. O ideal democrático apenas se consolida, verdadeiramente, quando já avançado o século XX, com a **consagração do sufrágio universal**. Somente então viram-se inteiramente superadas as restrições à participação de todos no processo eleitoral, como as de renda, religião, raça e gênero.³ (grifo nosso).

Esse apontamento é fulcral para o desenvolvimento lógico desse trabalho. Isso porque o Ministro localiza as ideias no tempo e espaço devidos. A passagem de um Estado absolutista para um Estado de Direito dimensiona a profundidade e a relevância constitucional que advirá dessa passagem. Como o Professor e Ministro anuncia, o Constitucionalismo, em si, como significado de Estado de Direito, aduz poder limitado e respeito aos direitos fundamentais.

Isso posto, vale, de fato, iniciar uma análise de forma a sedimentar cada conceito em seu lugar, a partir, então, da construção histórica ao ponto derradeiro: o Estado de Direito. Ocorre que, como bem apontado por Anderson de Menezes, não há como dispor

³ BARROSO, L. R. A democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil. **CEBRI-Revista: Brazilian Journal of International Affairs**, v. 1, p. 33-56. 2022. p. 34-35.

cronologicamente, numa ordem sucessiva apoiada na História, os exemplares de Estado que tenham existido um após o outro, porque esses não se enredam num curso uniforme.⁴ O que há, em verdade, é uma segmentação histórica com objetivo didático.

A possibilidade de estabelecer **tipos** de Estado foi demonstrada por Jellinek. Ele parte da ideia que todos os fatos históricos e todo fenômeno social oferecem um elemento individual que os difere dos demais. Isso garante uma noção de unicidade e continuidade, mesmo em meio à variedade de acontecimentos humanos, e permite analisar cada fenômeno que demarca um tipo de Estado de forma isolada, a fim de descrever suas singularidades, seus fatores políticos e sua evolução. O desafio, entretanto, está na busca por elementos típicos nos fenômenos do Estado.

Em relação aos tipos, Jellinek entende ser essa expressão - “tipo” - a mais perfeita essência do gênero, a que melhor abarca a explicação. Assim, o autor, na busca por uma definição, divide esses tipos em **tipos ideais** e **tipos empíricos**. Os tipos ideais são produtos da livre especulação a partir do observado, como utopias. É o livre desenrolar cognitivo em relação a esses tipos. Não há uma base real, um sedimento na realidade. Já os tipos empíricos buscam a unificação entre os fenômenos, partindo de um mesmo ponto de observação, ou seja, um pilar fixo na realidade⁵

Tendo em vista a fluidez, por assim dizer, da configuração histórica das formações estatais, busca-se elidir algumas características fundamentais de Estado. Conforme disposto, em tipos empíricos. Dalmo Dallari e outros autores que tratam do tema, optaram por uma sequência cronológica, qual seja: o Estado Antigo, o Estado Grego, o Estado Romano, o Estado Medieval, o Estado Moderno⁶, o Estado Liberal, o Estado Social e, por fim, o Estado de Direito.

O **Estado Antigo**, Oriental ou Teocrático, é o tipo de Estado mais recuado no tempo. Segundo Gettel, a família, a religião e a organização econômica se fundiam, de forma a se tornar algo unitário. Assim, não havia distinção do pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou das doutrinas econômicas.⁷ Dalmo Dallari aponta que o Estado desse período possuía duas marcas características fundamentais: a natureza unitária e a religiosidade. Essa natureza unitária se dava pelo fato de o Estado Antigo sempre despontar em forma de unidade geral e não admitia qualquer divisão interior - nem territorial e nem de funções⁸.

⁴ MENEZES, Anderson de. **Teoria Geral do Estado**. 8. Ed. Forense, Rio de Janeiro, p. 105-106.

⁵ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Albatroz, Buenos Aires, 1954, p. 22-30.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69.

⁷ GETTEL, Raymond G. **Historia de las ideas políticas**, v. 1. México: Nacional, 1951, p. 61.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69.

Já a característica religiosa, era marcada pela tremenda marca, evidentemente, da religião em relação ao Estado. Tanto que muitos autores se referem ao Estado Antigo como Estado Teocrático. Fato que as regras e autoridade do poderio normativo e civilizatório eram agregadas à vontade do que se entendia ser divino. Era uma verdadeira relação entre Estado e divindade⁹. Fator que remonta a existência de duas formas diferentes de conduzir o poder apontadas por Jellinek:

a) em certos casos, o governo é unipessoal e o governante é considerado um **representante do poder divino**, confundindo-se, às vezes, com a própria divindade. **A vontade do governante é sempre semelhante à da divindade**, dando-se ao Estado um caráter de objeto, submetido a um poder estranho e superior a ele; b) em outros casos, **o poder do governante é limitado pela vontade da divindade**, cujo veículo, porém, é o órgão especial: a classe sacerdotal. Há uma **convivência dois poderes, um humano e um divino**, variando a influência deste, segundo circunstâncias de tempo e lugar¹⁰. (grifo nosso).

Esse trecho evidencia de forma certa as principais características observadas a partir da configuração orquestrada do que os autores entendem ser o Estado Antigo. Seguindo a lógica demonstrada, segue-se à compreensão do Estado Grego. O **Estado Grego** seguia uma máxima exposta por Aristóteles: "A sociedade que se formou da reunião de várias aldeias constitui a cidade, que tem a faculdade de se bastar a si mesma, sendo organizada não apenas para conservar a existência, mas também para buscar o bem-estar".¹¹

Diante disso, o Estado Grego tinha como característica fundamental a cidade-Estado, a *polis*. O tipo ideal, a que discorria Jellinek, era a autossuficiência, a autarquia. Esse formato garantia a força da cidade-Estado. Assim, a dominação de outros povos não culminaram em expansão territorial, até esse momento, haja vista o fortalecimento subsistente da cidade. Outro fator de extrema importância do Estado Grego é a figura do indivíduo, dos cidadãos. Nessa configuração, os cidadãos tratavam-se de uma elite bem definida, que compunha a classe política e dispunha das decisões políticas. O que se tinha como governo democrático, em verdade, referia-se à essa ala restrita da população. Tudo em função do fortalecimento da cidade-Estado, onde o poder tinha lugar.¹²

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70.

¹⁰ JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: Albatroz, 1954, p. 217.

¹¹ Aristóteles. **A Política**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 71.

O **Estado Romano**, por sua vez, teve início com pequenos agrupamentos humanos, com a premissa igual de cidade-Estado em seu pilar forte. Foi marcado por uma grande expansão territorial, com a aspiração, inclusive, de construir um império mundial. Um fator marcante do Estado Romano é sua base organizacional: a família. Houve, de fato, no seu desenvolvimento, união de grupos familiares. Da mesma forma que visto no Estado Grego, no Estado Romano os enquadramentos do poder eram tomados por uma pequena parcela da população. A noção de povo era muito restrita¹³. Consequentemente, as famílias patrícias eram quem tinham um espaço político, decisório e de grande destaque social. Como afirma Dallari,

A par disso, verifica-se que só nos últimos tempos, quando já despontava a ideia de Império, que seria uma das marcas do Estado Medieval, foi que Roma pretendeu realizar a integração jurídica dos povos conquistados, mas, mesmo assim, procurando manter um sólido núcleo de poder político, que assegura a unidade e a ascendência da Cidade de Roma¹⁴.

Com isso, fica claro o projeto político-jurídico por trás de toda a ascendência da nobreza tradicional, da família, a principal instituição - o fortalecimento da Cidade-Estado. Vale, também, em direção ao declínio do Estado Romano, a análise feita por Geraldo de Ulhoa Cintra:

O objetivo do edito de Caracala foi político, a unificação do Império; foi religioso, visa a aumentar os adoradores dos deuses de Roma; foi fiscal, quer obrigar os peregrinos a pagar impostos nas sucessões; foi social, com vistas a simplificar e facilitar as decisões judiciais, nos casos sobre o estado e constituição das pessoas.¹⁵

Geraldo Cintra faz um arremate essencial com os objetivos da Cidade-Estado Romano. O Édito de Caracala a que ele se refere foi uma legislação, uma baixa normativa editada pelo então Imperador de Roma, Caracala, que concedeu cidadania romana a todos os

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 71.

¹⁴ *Ibidem*, p. 72.

¹⁵ CINTRA, Geraldo de Ulhoa, **De Statu Civitatis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 54.

súditos do Império Romano.¹⁶ E com esse diploma normativo ele sedimentara o Império e tinha por objetivos os supracitados.

Dallari remonta de forma primordial o que fora o derradeiro da superioridade dos romanos:

Essa abertura foi, na verdade, o começo do fim, pois aí se iniciava uma fase de transição, dinamizada com Edito de Milão, do ano de 313, através do qual Constantino assegurou a liberdade religiosa no Império, desaparecendo, por influência do cristianismo, a noção de superioridade dos romanos, que fora a base da unidade do Estado Romano.¹⁷

Assim é marcada, de forma certa e completa por Dallari, a queda do Estado Romano. Adiante, o **Estado Medieval**, no âmbito de Estado, em que se segue a análise, foi um período difícil, instável e heterogêneo. Ocorre que, de marcante, houve a quebra da organização romana, formulando, assim, o Estado Medieval, conhecido como Idade Média. A Idade Média foi marcada pela queda do Império Romano. Com isso, adveio a invasão dos bárbaros, ocorreu a ascensão do Cristianismo e a edificação do feudalismo. Dallari aponta, ainda, que “Desde logo, entretanto, é preciso ressaltar que, mesmo onde e quando as formações políticas revelam um intenso fracionamento do poder e uma nebulosa noção de autoridade, está presente uma **aspiração à unidade**”.¹⁸ (grifo nosso)

Dallari evidencia o desejo de unidade e força que se acentuara na central política - que, mais à frente, desembocará no regime absolutista. Antes, é preciso salientar a importância que o Cristianismo teve nesse processo. O Cristianismo foi a base, o pilar, que fortificou a universalidade. Isso porque havia um empenho em se afirmar a igualdade dos povos. Essa igualdade se daria em integrar uma humanidade toda cristã - ideia de Estado Universal. A Igreja, portanto, estimulou o Império, visando à unidade política.

Diante do fortalecimento do Império pela Igreja, e mirando um Estado Universal, surgiram dois fatores de tensão entre Império e Igreja: i) a multiplicidade de centros de poder, como reinos, senhorios, comunas, organizações religiosas, corporações de ofícios¹⁹, todos comprometidos em firmar sua autoridade política; ii) a negativa do Imperador de submeter-se

¹⁶ ÉDITO de Caracala. Wikipedia, 13 ago. 2016. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%89dito_de_Caracala. Acesso em: 2 mar. 2023.

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 72.

¹⁸ Ibidem, p. 73.

¹⁹ Ibidem, p. 73.

às regras e à autoridade da Igreja. Uma tensão ferrenha na pedra de toque do poderio Estatal - o poder de decisão. Tensão que marcou os últimos séculos da Idade Média, haja vista o advento do Estado Moderno, cujo poder figurará adiante historicamente na supremacia dos monarcas.

Como apontado, houve, de fato, três fatores que marcaram a Idade Média e sua progressão ao Estado Moderno: a invasão dos bárbaros, o feudalismo e o Cristianismo. Vale, portanto, a análise pormenorizada de Dallari:

[...] a caracterização do Estado Medieval, mais como aspiração do que como realidade: um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordens dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofícios. Esse quadro, como é fácil de compreender, era causa e consequência de uma permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e autoridade, que seria o germe de criação do Estado Moderno.²⁰

Isso denota as principais características da Idade Média que desembocaram no **Estado Moderno**, marcado pela concentração de poder na figura do monarca. Enfim, o Estado Moderno. O início do Estado Moderno entende-se, segundo autores, que se deu em razão dos tratados de Paz de Westfália. Já havia, como demonstrado, uma ânsia pela unificação do poder. A intensidade dessa aspiração foi aumentando e se tornando quase que uma necessidade.

Outro fator de extrema relevância para esse passo histórico foi o conflito entre os senhores feudais e os monarcas. O sistema feudal compreendia uma base econômica e social, pela sua produção de subsistência. Os senhores feudais, por sua vez, estavam fatigados das divergências pontuais com os monarcas - o que marcava um constante estado de guerra e dissonância. Na busca pela unidade referida, os signatários dos tratados, como o Império Germânico, França, Províncias Unidas e Espanha reconheceram os limites territoriais de cada um dos outros.²¹

Nas palavras de Dallari:

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 76.

²¹ *Ibidem*, p. 77.

Os tratados de paz de Westfália tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com a característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano. Era já o *Estado Moderno*, cujas marcas fundamentais, desenvolvidas espontaneamente, foram-se tornando mais nítidas com o passar do tempo [...].²²

Em consonância, aponta o inestimável J.J. Gomes Canotilho, oportunidade em que dispõe sobre uma característica proeminente do Estado - a soberania:

O Estado, tal como acaba de ser caracterizado, corresponde, no essencial, ao modelo de Estado emergente da Paz de Wesfália (1648). Este modelo, assente, basicamente, na idéia de *unidade política soberana do Estado*, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal.²³ (grifo nosso)

Canotilho, portanto, evidencia majestosamente a característica da soberania, em que toma relevo o Estado. Assim, a organização jurídico-social dos tipos de Estado Liberal e Estado Social puderam ser evidenciadas. É que estas possuem aspectos específicos, mesmo dentro do recorte histórico. Em breves palavras, o Exmo. Ministro do STF Gilmar e Mendes em obra conjunta com o Prof. João Trindade, Consultor Legislativo do Senado Federal e Doutor pela Universidade de São Paulo (USP), apontam de maneira breve o que seriam esses Estados. O **Estado Liberal**, uma fase anterior ao Estado social e ao Estado de Direito, foi marcado por ideias revolucionárias e liberais burguesas, especialmente pela Revolução Francesa, em que se buscava limitar o poder do Estado a fim de findar com o absolutismo e garantir as liberdades dos cidadãos. O **Estado Social**, por sua vez, antecederia a fase do Estado de Direito. Essa fase foi marcada pela influência socialismo e da socialdemocracia, em que se buscava que o Estado garantisse os direitos sociais dos cidadãos²⁴.

Tendo em vista a formação do Estado Moderno e passadas as fases do Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito, há de se ter suas características basilares e fundamentais. Diante disso, há uma grande divergência doutrinária, sobre quais seriam, de fato, elementos definidores do Estado. O consenso reside, entretanto, em quatro elementos que

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p. 77.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 90.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 127-128.

marcam o conceito de Estado, quais sejam: a soberania, o território, o povo e a finalidade. Características que dão forma ao Estado - sedimentado, edificado durante todo esse tempo.

Uma conceituação objetiva, precisa e completa do que seja Estado é conferida por Dalmo de Abreu Dallari, jurista brasileiro de relevância incalculável. Em sua obra, ele define Estado como “Uma ordem jurídica soberana que tem como objetivo o bem comum de um povo situado em um território”²⁵. Com essa definição, Dalmo Dallari abrange todos os elementos que constituem um consenso doutrinário da definição de Estado, quais sejam: o povo, o território, a soberania e o bem comum - sua finalidade precípua. Isso constitui, assim, o ambiente, o espectro geográfico, político e jurídico em que figurará o Estado de Direito, ambiente que transita a liberdade de expressão.

Diante dessa construção histórica, busca-se enquadrar o Estado de Direito no seu desenvolvimento histórico. Assim, é possível localizar o Estado de Direito no campo temporal. Evidentemente, suas características hoje se deram, se forjaram, diante dos aspectos apontados. Tendo em vista, portanto, os elementos que foram abordados, em especial o Tratado de Paz de Westfália e, em seguida, a organização estatal marcada pela soberania, vale seguir com uma análise da configuração de Estado no qual figura a República Federativa do Brasil - O Estado de Direito.

1.1. O Estado de Direito (*Rule of Law*)

Entender o Estado de Direito exige, necessariamente, compreender a distinção entre Direito Natural e Direito Positivo. Isso, em relação ao Estado, incumbe saber os limites impostos pelo Direito ao Estado. No caso, surge um questionamento intuitivo: o Estado se submete ao Direito ou o Direito se submete às regras impostas pelo Estado? Veremos adiante. Bobbio dispunha que tal diferenciação se daria pelo fato de o Direito Natural ser o fator jurídico que tem a mesma eficácia em toda parte, enquanto o Direito Positivo apenas possui eficácia nas comunidades políticas singulares em que é posto. Ainda, para ele o Direito Natural prescreve suas normas independentemente do conteúdo valorativo imposto pelos homens. Sua

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 121.

qualificação é objetiva. O Direito Positivo, por sua vez, segundo Bobbio, contém um aspecto valorativo dos homens e prevê um modo de desempenho prescrito pela lei²⁶.

Bobbio afirmava, ainda, em sua concepção sobre a discussão, que o direito natural se limitava à demonstração *a priori* do império normativo, já o direito posto é constituído, a partir da vontade do legislador²⁷. Isso é de suma importância para compreender o Estado de Direito, porque o positivismo jurídico afastou o direito natural, por óbvio, no que tange à aplicação jurídica pelo Estado. Ocorre que, segundo Ênio Moraes da Silva, a concepção do Estado Moderno está atrelada ao que se entende por Estado como criador do Direito, assim, ele solucionará os conflitos sociais por meio do Estado-Juiz que, por sua vez, aplicará as normas postas pelo Estado-Legislador.²⁸ Conforme apontado por Ênio:

É paradoxal que tal sistema jurídico tenha sido preconizado e efetivamente implementado pelo Estado Liberal, influenciado pelo Iluminismo, uma vez que o seu pressuposto filosófico é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural. No entanto, no momento em que se exigiu do Estado o respeito a tais direitos, deu-se máxima ênfase ao **aspecto da legalidade**, concedendo ao poder absoluto de produção jurídica ao legislador estatal.²⁹ (grifo nosso)

Noutro compasso aponta Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”, onde afirmava que “a liberdade é o direito de se fazer aquilo que as leis permitem”³⁰. Beccaria, que seguia, nesse aspecto, a mesma linha de Montesquieu, afirmava que “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”³¹. Assim, o princípio da legalidade, fator essencial no Estado de Direito, passa a tomar forma.

Esse aspecto legal cresce e ganha hígidez com Hans Kelsen, precursor de maior peso do positivismo jurídico. Para ele, o Direito é um sistema de normas jurídicas, postas pelo Estado, num escalonamento de autoridade legal hierárquica, em que a Constituição de um

²⁶ BOBBIO, Noberto; MORRA, Nello (Coords.). **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 17.

²⁷ Ibidem, p. 22.

²⁸ SILVA, Ênio Moraes da. O Estado democrático de direito. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 167, p. 215, jul./set. 2005.

²⁹ Ibidem, p. 215.

³⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Edipro, 1996. p. 132.

³¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Atena, 2017. p. 33.

Estado ocupa o lugar jurídico-positivo mais alto nesse escalonamento.³² Portanto, Kelsen, além de conhecido internacionalmente como um dos maiores juristas que já existiu, é um fator elementar na figuração do positivismo jurídico e da concepção do princípio da legalidade como fator de edificação do Direito. Consequentemente, do Estado de Direito.

O que se observa, assim, é uma evolução social e jurídica. Diante de todo o exposto, numa fotografia do que está sendo exposto, tem-se: o contorno jurídico que, paralelamente, tomam o Estado e o Direito. O Estado, como organização jurídico-política, torna-se uma ordem jurídica soberana e imperiosa contendo uma posição central de poder, um ente superior que possui uma relação verticalizada com o particular. Por outro lado, o Direito é encorpado pelo positivismo jurídico, em que se tem a lei, a norma, o princípio da legalidade como fator jurídico central em que orbita o Estado.

Em vista disso, há que se observar um fator concomitante e proeminente a partir dessa evolução como conquista social: a ideia de liberdade, a noção do homem como um ser livre. Conforme afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Arraigada nessa concepção está a noção de que o homem é um ser livre, e essa é a verdade primeira a ser considerada por todo aquele que procure a razão de ser da sociedade, do Estado, das instituições, em suma. Tal lição foi enunciada por um sem-número de pensadores, desde o século XVII pelo menos, como Hobbes e, sobretudo, Locke, e repetida por todo o século XVIII, inclusive no celebrado *Contrat social* de Rousseau.³³

A ideia de liberdade, portanto, está enraizada no homem. Com a evolução social, esse direito que era entendido como direito natural passou a ser reivindicado pela sociedade e, por sua vez, garantido. Ocorre que a liberdade absoluta, entretanto, conforme afirma Manoel Filho, é incompatível com a vida social. Como bem sedimentado pelo autor:

De fato, a liberdade absoluta para alguns poderia significar, e provavelmente significaria, a não-liberdade, a negação da liberdade de outros. A vida social,

³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 95;103.

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

consequentemente, exige uma coordenação da liberdade dos indivíduos em interação recíproca, para que todos permaneçam livres, no máximo possível³⁴.

O autor afirma que essa é a tese, a visão de John Locke. É por isso, portanto, que se concebe o contrato social - entre homem e entidade superior, o Estado. O contrato social, conhecido pela marca histórica de John Locke, incorre ao homem, essencialmente livre, a possibilidade de exercer sua liberdade, em comunidade, convivendo com outras liberdades, assim estabelecido por um contrato social. Desse modo, o Estado é edificado não como um inimigo social, mas um ente garantidor da liberdade proeminente do homem.³⁵

Vigora-se, assim, por meio desse contrato social, o Império do Direito sobre o Estado. Nesse Estado garantidor da liberdade, é ao Direito confiada a tarefa de limitar, instituir e organizar o poder, assim como disciplinar sua atuação. Sempre resguardando o fundamental: a liberdade, os direitos do homem.³⁶ O Estado, portanto, submetido ao Direito, veio a ser chamado de **Estado de Direito** em XVIII. Este Estado é submetido, em sua forma original, a um Direito tido como superior. Este direito superior, advindo a fim de garantir as liberdades é garantido pela Constituição³⁷.

Diante disso, vale dizer que há um Estado que, submetido ao direito, garante liberdades estabelecidas na Constituição. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), quando da sua promulgação, por motivação do poder constituinte originário, entende-se ter-se iniciado, inaugurado, de fato, uma nova ordem jurídica. Na definição precisa do Prof. Michel Temer:

ressalta-se a ideia de que surge **novo Estado a cada nova Constituição**, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembleia popular. O Estado brasileiro de 1988 não é o de 1969, o de 1937, de 1934, de 1891, ou de 1824. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente. A cada manifestação constituinte, editora de atos constitucionais como Constituição, Atos Institucionais e até Decretos (veja-se o Dec. n. 1, de 15.11.1889, que proclamou a República e instituiu a Federação como forma de Estado), nasce o Estado. Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa a sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de modo a invalidar a normatividade, tem-se **novo Estado**³⁸. (grifo nosso)

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

³⁵ Ibidem, p. 3.

³⁶ Ibidem, p. 4.

³⁷ Ibidem, p. 18.

³⁸ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**, 22. ed. Malheiros. 2007. p. 35.

Sem mais, afere-se a instalação de uma nova ordem jurídica com o advento da Constituição Federal de 1988. Essa Constituição inaugurou seu texto normativo, logo em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito³⁹ - nessa nova ordem jurídica. Assim, o Estado Democrático figura numa quadra jurídica - o Direito. O Estado é regido por um ordenamento jurídico que rege, baliza suas funções, atribuições e deveres desse ente superior - dotado de Poder -, o Estado, e as relações intersubjetivas nele dispostas.

Um ordenamento jurídico pode ser visualizado como uma pirâmide na conhecida concepção de Kelsen. Isso porque há uma hierarquia normativa. No topo dessa pirâmide encontra-se a CF/88. Ela, como instituidora da nova ordem jurídica, serve de parâmetro normativo a tudo que dela for inferior normativamente. Portanto, ela define, de certa forma, o que entra ou sai desse ordenamento. Em termos gerais, isso é possível tanto no momento em que uma norma está sendo editada, evidentemente pelo Poder Legislativo, e, quando uma norma já editada está em dissonância com a CF/88, pode ser retirada do ordenamento jurídico pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Ela, a CF/88, é a diretriz, a bússola normativa do ordenamento jurídico pátrio.

Assim, como afirma Manoel Filho: “[...] esse Estado constituído para garantir o Direito e os direitos procede pela forma do direito. Isto é, por meio de leis gerais, impessoais, iguais para todos, às quais os seus próprios órgãos se submetem”.⁴⁰ Filho discorre sobre todo o exposto de forma lúcida:

E como se constitui para o Direito e atua pelo Direito, esse Estado se organiza em função do direito. Por isso, obedece ao paradigma da **‘separação de poderes’**, decorrente das lições de Montesquieu. Tem um ‘Poder Legislativo’ que declara (e não cria) a lei, um ‘Poder Executivo’ que a serve, pela força inclusive - é o ‘gládio a serviço da lei’ - e um ‘Poder Judiciário’ que dirime os litígios acerca do alcance da lei e sua aplicação.

A fórmula de Montesquieu, na verdade, aguça e intensifica o controle pelo Direito. Não só procura fazer com que a definição a lei seja o testemunho justo tal qual a comunidade o entende - e nisto o legislador, como representante, é uma testemunha qualificada da idéia de direito -, como também maximiza esse controle, concentrando-se sobre o Poder que, por

³⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

exercer a polícia (no sentido geral e no específico), mais precisa ser limitado para não oprimir a liberdade individual. Sem dúvida, a submissão do Executivo à Lei, que ele não faz nem declara, é peça fundamental nesse esquema. Este se quebraria caso o Executivo assumisse papel determinante da definição da lei.⁴¹ (grifo nosso)

O trecho é de extrema relevância, porque toma o contorno jurídico-positivo do Estado Brasileiro, um Estado de Direito. O que se tem, portanto, como já afirmado, é a submissão do Estado ao Direito. A separação de poderes disposta por Montesquieu, revelada na CF/88 em seu art. 2º, demonstra o que será majorado nessa parte do trabalho: o princípio da legalidade como fator de substância do Estado de Direito, o que descamba na adjetivação - “democracia” - ao Estado de Direito.

Para isso, vale compreender que a expressão “Estado de Direito” possui raízes no constitucionalismo clássico, sobretudo de matriz inglesa, cujo sentido é “império do Direito”. Ainda, na língua inglesa, é conhecido como “*Rule of Law*”. A expressão Estado de Direito foi assim cunhada na Alemanha - o *Rechtsstaat*.⁴² O termo foi criado por Johann Wilhelm Placidus⁴³. Como afirma Manoel Filho, “[...] o Estado de Direito, na fórmula clássica, provém de uma longa e profunda tradição. É ela a da existência de um Direito não criado pelos homens, superior ao Direito positivo que o Poder edita”.⁴⁴

Vale observar, ainda, que, com isso, busca-se localizar geográfica e juridicamente o que será exposto sobre liberdade de expressão. O ambiente, a ordem jurídica em que a liberdade de expressão se instala está veiculada nos moldes do Estado de Direito Brasileiro. A CF/88, portanto, tendo inaugurado a ordem jurídica vigente, aponta em seu texto e garante a liberdade de expressão como um direito fundamental. Falar disso num Estado Autoritário, num Estado em que vigoram regimes ditatoriais e intolerantes ou mesmo em Estados que guerras fazem parte do cotidiano, direitos fundamentais não são uma realidade - quanto mais liberdade de expressão. O livre trânsito de ideias não integra seus cotidianos, mas a repressão deles, sim.

Diante disso, elucidar que o Brasil garante a observância desses direitos, como fruto de uma conquista social, política e jurídica é essencial. Ainda, o Brasil vivenciou períodos explícitos de autoritarismo e cerceamento de liberdades, em razão de arranjo institucional

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

⁴² Ibidem, p.5.

⁴³ DROIT, État de. **Rechtsstaat et Rule of Law**, Paris, Dalloz, 2002, p.1.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

voltado para o controle social das ideias e condutas. A partir disso, nota-se a luta social em busca de um Estado de Direito - conquista que deve ser valorizada. Nas palavras de Boris Fausto:

Um objetivo primordial para o futuro consiste na afirmação da democracia e na elevação das condições de vida. Esse objetivo, expresso em poucas palavras, não é fácil ser alcançado, dependendo de conjunturas favoráveis e de uma ação tanto do Estado quanto da sociedade civil⁴⁵.

Assim, o autor demonstra que se trata de um compromisso plural. Isso evidencia que a luta e afirmação de liberdades individuais e coletivas, verificadas hoje na Constituição Federal, é uma conquista diária, tendo, evidentemente, seu triunfo do dia 5 de outubro de 1988, a Carta Cidadã. Vale destacar que, dentre os direitos fundamentais aferíveis na CF/88, merece destaque, em razão do foco deste trabalho, a liberdade, sobretudo a liberdade de expressão. É por isso, evidentemente, que se fez válida a análise histórica da construção do Estado Democrático de Direito disposta até aqui.

1.2. A Democracia no Estado de Direito

Na tradição continental, como abordado, o princípio da legalidade é substância do Estado de Direito. Assim, como já pontuado, é o Estado submetido a um poder - o Direito. Isso resulta, em larga medida, na figuração ativa da legislação imperiosa perante o próprio ente estatal, como quanto ao particular. Desse modo, há uma prevalência contínua do Princípio da Legalidade. Esta, por sua vez, marca a força jurídica da norma perante o Estado. É um fator de evolução.

Essa configuração resulta numa gama de direitos individuais e coletivos das pessoas que integram esse Estado. Por isso, a Constituição Federal estipula um norte, que serve de parâmetro normativo à força legal. Assim, há o objetivo de haver, inclusive, a limitação do poder estatal. No campo individual, como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “A função

⁴⁵ FAUSTO, Boris. 1930. **História Concisa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015. p. 309.

precípua da lei é fixar os limites da liberdade individual, a fim de que seja possível a coexistência das liberdades, segundo as exigências da vida em sociedade”.⁴⁶

Desse modo, tem-se o princípio da legalidade como princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Como bem elucida isso Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Num Estado submetido ao Direito, a atuação do Poder tem como pauta a lei. Obedece ao *princípio da legalidade*. Entretanto, da legalidade decorre como princípio também a *igualdade*. E ambos, legalidade e igualdade, estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, garantidor dos demais, o princípio da *justicialidade*.⁴⁷

O **princípio da legalidade** tem uma primeira expressão concreta e definitiva no art. 5º da Declaração de 1789, quando dispõe: “Tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constringido a fazer o que esta não ordena”.⁴⁸ Na CF/88, por sua vez, esse princípio é materializado no art. 5º, inciso II, quando afirma: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.⁴⁹ Portanto, esse parâmetro é essencial num Estado de Direito.

O parâmetro que o princípio da legalidade estipula é a limitabilidade estabelecida ao povo constante num território, como também ao próprio Estado. Ocorre que a lei, em sua edição, deve, necessariamente, se dar pelo Poder Legislativo, haja vista a estipulação tripartite no art. 2º da CF/88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.⁵⁰ Forma em que dispõe cada poder com sua atribuição. Na Declaração de 1789, a lei é “expressão da vontade geral”. Com isso, como afirma José Afonso da Silva:

[...] o princípio da legalidade, essência do conceito de Estado de Direito, é concebido como norma jurídica geral e abstrata. A *generalidade da lei* constitui o fulcro do Estado de Direito. Nela se assentaria o justo conforme a razão. Dela e só dela defluiria a igualdade.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 19.

⁴⁷ Ibidem, p. 23.

⁴⁸ FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. Paris: Assembleia Nacional, 1789.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

⁵⁰ Ibidem.

[...] **O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito.** É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo o Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.⁵¹ (grifo nosso)

Assim, o Estado submetido ao Direito é, conseqüentemente, refém do Princípio da Legalidade. Ocorre que, no Brasil, a lei, a vontade geral - como disposta por Rousseau - é verificada pelo legislativo que é composto pelo Parlamento. É o ambiente onde a democracia, a vontade popular se evidencia e se materializa. Como afirma José Afonso da Silva, quando faz referência ao art. 1º da CF/88: “A nossa [Constituição] emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o ‘democrático’ qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado”⁵²

Ainda sobre a lei no Estado Democrático de Direito, José Afonso da Silva dispõe:

A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.⁵³

O eterno professor José Afonso reitera, assim, que a Lei, como substância jurídica, evidencia sua importância ao Estado. A lei necessita de um meio de verificação, necessita de um caminho para sua edição. A lei, como vontade geral, traduz a vontade do povo e é por essa classe que a lei se faz, se edifica. Esse modo, esse meio, se dá com a tripartição dos poderes estabelecidos por Montesquieu. Portanto, incumbe ao Poder Legislativo tal tarefa. Agora, incumbe importar como o Poder Legislativo se compõe, se edifica e faz valer a lei como vontade geral de fato. É por meio da democracia.

A democracia também se transformou, se aperfeiçoou, se edificou com o tempo. Ela teve seus primeiros contornos na Grécia Antiga, por volta de do século IV a.C. com a

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 119; 123.

⁵² *Ibidem*, p. 121.

⁵³ *Ibidem*, p. 123.

chamada democracia direta. A democracia direta é marcada pelo exercício do poder popular de forma direta, sem necessidade de intermediários. Assim, a comunicação entre o próprio poder com o povo eram diretas. O povo era chamado a decidir as questões sociais, de si para si. Hoje não é muito utilizada ao redor do mundo, pela sua inviabilidade e falta de razoabilidade. Não otimiza o sistema decisório coletivo que todas as decisões sociais se deem por decisão direta do povo. Noutra passo, adveio a democracia indireta, como forma de evolução a tais desvantagens do modelo agora analisado.

A democracia indireta ou representativa - modelo desenvolvido principalmente durante a Revolução Francesa -, em contrapartida, foi marcada pela pouca atuação do povo no poder. Quase nada. Foi, de certa maneira, apartado do povo o poder - direto - de decisão. A decisão direta que restou ao povo foi apenas escolher seus representantes de forma periódica. Delegando, assim, o poder decisório a representantes. Esse modelo elevou as classes elitistas. Com as revoluções sociais do século XIX, a crise econômica de 1929 e duas guerras mundiais no século XX, esse modelo de democracia entrou num verdadeiro colapso, fato que ensejou num novo modelo de democracia: a democracia semidireta ou participativa.

A **democracia semidireta ou participativa**, modelo adotado pela CF/88, compreende um formato pautado na representação popular, porém permite focos de poder direto ao povo. Nesse modelo, o povo elege seus representantes, todavia, pode participar de forma direta no desenrolar político do Estado. Esses meios de participação direta são: plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei.⁵⁴

A democracia, como bem afirma José Afonso da Silva ao encontro do que até aqui abordado:

[...] é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, **a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história**”⁵⁵(grifo nosso)

⁵⁴ NETO, Jaime Barreiros. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 24.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 127-128.

Esse trecho é de extrema relevância, pois o autor direciona importância democrática aos direitos fundamentais - foco deste trabalho. Assim, a Constituição é o dote garantidor dos direitos fundamentais e nela, que inaugura a ordem jurídica vigente, toma como regime político a democracia. Concretamente, a CF/88 estabelece a democracia semidireta no Brasil no parágrafo único do art. 1º quando dispõe: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.⁵⁶

Portanto, diante de todo o exposto, o que se busca é localizar o leitor na quadra histórica e jurídica em que se discute os direitos fundamentais, precisamente o direito fundamental à liberdade de expressão. Fala-se, assim, da verificação e garantia desse direito fundamental num Estado de Direito Democrático. O Min. Luís Roberto Barroso acrescenta em artigo:

De fato, a democracia não se limita ao momento do voto. Ela se manifesta, também, no respeito aos direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias. Os derrotados no processo político majoritário não perdem a condição de sujeitos de direito e de participantes do processo político-social. Além disso, a democracia atual é feita de um debate público contínuo, que deve acompanhar as decisões políticas. Um debate aberto a todas as instâncias da sociedade, o que inclui movimento social, imprensa, universidades, sindicatos, associações, cidadãos comuns, autoridades, etc.⁵⁷

Isso é fruto de evolução e, por isso, se fez essencial analisar cada conceito e cada instituto. Retomando as palavras do professor e Min. Luís Roberto Barroso dispostas no início do trabalho, o Constitucionalismo Democrático foi a ideologia vencedora do século XX. O Estado que entendemos hoje possui marcas pessoais, individuais e coletivas na sua esteira de acontecimentos - é uma conquista. Em qualquer âmbito, o ser humano e sua organização visam sempre o passo adiante ao atual - a evolução. O tempo e a história são verdadeiras marcas de ações.

Portanto, importa saber neste estágio do trabalho que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Estado, conforme já apontado e definido

⁵⁶BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

⁵⁷ BARROSO, L. R. A democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil. **CEBRI-Revista: Brazilian Journal of International Affairs**, v. 1, p. 4, 2022.

por Dalmo de Abreu Dallari, é uma ordem jurídica soberana que tem como finalidade o bem comum de um povo situado em um território. Democrático porque o poder emana do povo que o exerce por representação ou diretamente. De Direito porque há um Império da Lei sobre o Estado. Há um ordenamento jurídico que rege e baliza esse Estado Democrático. Desse modo, há uma Constituição que, no topo hierárquico-normativo, estipula as rédeas, o contorno jurídico em que figuram as leis. Isso é ordem, é segurança jurídica.

É, portanto, nesse cenário democrático, jurídico e estatal brasileiro que se compreende a liberdade de expressão, a liberdade de externar pensamentos e manifestar posições, o livre trânsito de ideias. Nesse cenário, portanto, uma liberdade como essa é absoluta? Isso que se pretende responder.

Como aponta José Afonso da Silva em essencial reflexão:

Já vimos que o regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais. Vale dizer, portanto, que é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista.⁵⁸(grifo nosso)

O Professor José Afonso, em essencial manifestação, demonstra a magnitude, a profundidade, e a relevância do que se pretendeu expor nesta parte do trabalho ora em análise. Aliado a isso, em relação ao ordenamento jurídico, ao Estado de Direito e à CF/88, o Min. Ayres Britto, de forma a sintetizar numa frase, também primorosa, que consubstancia o entendimento explanado, afirmou certa vez num evento jurídico: “A democracia é o princípio continente de que tudo o mais é conteúdo na Constituição Federal”. Ela é a aliada de todos os princípios dispostos na CF/88.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 236.

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em trecho da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o autor afirma: “No esquema liberal, portanto, a Constituição é acima de tudo a garantia dos direitos fundamentais do homem”.⁵⁹ A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu Título II, sobre os direitos e garantias fundamentais em grupos, quais sejam: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Ater-se-á, porém, o presente trabalho aos direitos e deveres individuais e coletivos, onde figura a liberdade de expressão. Há um consentimento doutrinário - e o STF já se manifestou⁶⁰ sobre o assunto - no sentido de que os direitos e garantias fundamentais não se restringem ao Título II da CF/88. Estão, em verdade, presentes ao longo de todo o texto constitucional.

De forma completa e elucidativa, dispõe Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Dizer sim à pergunta consistiria num formalismo e importaria em excluir da proteção direitos fundamentais que a Lei Magna previu, noutros títulos, por exemplo, entre as limitações do poder de tributar. Na verdade, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que estão cobertos pela proteção estes direitos fundamentais que não estão consagrados no Título II referido. E sua posição é corretíssima⁶¹

Vale dizer, estuda-se um direito fundamental que, por natureza, é disposto no texto de maior hierarquia normativa no ordenamento jurídico vigente no Brasil - a Constituição Federal. Esses direitos fundamentais nela previstos também são frutos de uma evolução e uma conquista sociais. Lutas sociais foram travadas para que hoje tais garantias estivessem previstas na Carta Magna como um direito a todos os cidadãos. O Min. Ayres Britto já afirmou em eventos jurídicos que a Constituição Federal e a liberdade de expressão possuem relação de olho e pálpebra. Como bem afirma José Levi Mello do Amaral Júnior:

⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.18.

⁶⁰ Vide o julgamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 939/DF**. Rel. Min. Sidney Sanches. Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. [...]. Ação julgada em 15/12/1993. Dje: 18/03/1994.

⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **O poder constituinte**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 264.

Os direitos e garantias fundamentais constam do início da Constituição brasileira de 1988, mais precisamente, em essência, do respectivo Título II. Trata-se de uma inovação emblemática relativamente aos textos constitucionais anteriores: a Declaração de Direitos vinha até mesmo por último, como, por exemplo, na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, cujo artigo derradeiro, o art. 179, dispunha sobre os “Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”. Ademais, **o fundamento dos direitos e garantias fundamentais é, em termos práticos, inaugural da Constituição: a dignidade da pessoa humana, um dos ‘fundamentos’ do Estado brasileiro, que tem lugar no inciso III do art. 1º da Constituição.**⁶² (grifo nosso)

José Levi vai além em sua análise e qualifica os direitos fundamentais por inaugurar o texto constitucional e, ainda, conter em si um dos fundamentos do Estado brasileiro - a dignidade da pessoa humana. Com efeito, Levi reflete o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que ressalta a importância dos direitos e garantias fundamentais, de certa forma, inaugurarem o texto constitucional, como sinal de evolução normativa:

[...] Tradicionalmente no direito brasileiro, o enunciado dos direitos e garantias fundamentais vinha após a organização do Estado e a organização dos poderes. A nova Constituição altera esta posição [...]. Sem dúvida, com isto se quis enfatizar a importância de tais direitos e garantias fundamentais. São eles postos como básicos para o Estado brasileiro. Refletem, com efeito, a dignidade da pessoa humana que já foi apontada como fundamento da República brasileira no art. 1º, III.⁶³

Entender os direitos e garantias e como estão dispostos na CF/88, conforme apontado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, requer a compreensão dos avanços sociais perpetrados e materializados na CF/88. Os estudiosos de Direito Constitucional e, precisamente, de direitos fundamentais entendem, ao analisar a história, alguns marcos definidores de direitos aferíveis às pessoas. Observaram características a partir das lutas sociais que refletiram na configuração desses direitos.

⁶² MELLO DO AMARAL JÚNIOR, José Levi. **Os direitos fundamentais e suas gerações**. R. bras. Est. const. - RBEC I Belo Horizonte, ano 16, n. 50, jul./dez.2022. p. 164.

⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 23.

Parte da doutrina entende haver, no que tange à caracterização da evolução dos direitos fundamentais, gerações dos direitos fundamentais. Outra parte, dimensões dos direitos fundamentais. “Dimensões” e não “Gerações” porque a parte da doutrina que defende o uso da terminologia “dimensões” entende que os direitos fundamentais são uma gama única de direitos conquistados. Geração, para esses, remete à ideia de possível desconexão à geração anterior - como se o ganho em geral verificado em uma geração não tivesse correlação com a conquista posterior. Quando, na verdade, os direitos aferíveis em uma dimensão só se veem existentes em razão de uma conquista pretérita marcada pela dimensão antecedente. Assim funcionam as evoluções sociais.⁶⁴ É discutível a utilização do termo. Como bem anota sobre isso J.J.G. Canotilho:

É discutida a natureza destes direitos. Critica-se a pré-compreensão que lhes está subjacente, pois ela sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos das primeiras gerações. A ideia de generatividade geracional também não é totalmente correta: os direitos são de todas as gerações. Em terceiro lugar, não se trata apenas de direitos com um suporte coletivo – o direito dos povos, o direito da humanidade. Neste sentido se fala de [...] direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão “indimensionável” dos direitos econômicos, sociais e culturais. Precisamente por isso, “preferem hoje os autores falar de três dimensões de direitos do homem (E. Riedel) e não de “três gerações.”⁶⁵

Como aponta José Levi quanto à advertência disposta por Canotilho em relação à terminologia, “não parece haver vantagem didática no emprego de ‘dimensão’ em detrimento de ‘geração’”.⁶⁶ Norberto Bobbio, em afirmação precisa, aponta:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.
[...] o que parece fundamental numa época e numa determinada civilização não é fundamental em outras áreas e em outras épocas⁶⁷

⁶⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1142.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.p. 386-387.

⁶⁶ MELLO DO AMARAL JÚNIOR, José Levi. **Os direitos fundamentais e suas gerações**. R. bras. Est. const. - RBEC I Belo Horizonte, ano 16, n. 50, jul./dez.2022. p. 157.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5; 19.

Diante disso - e corroborando com o exposto no início do presente trabalho -, os direitos de 1ª geração marcam a passagem de um Estado Autoritário para um Estado Direito. Aderir-se-á neste trabalho a terminologia apontada como relevante por José Levi - o termo “**gerações**”. Portanto, nesse compasso, a sociedade vislumbra, com todos os acontecimentos históricos, respeito do ente estatal às liberdades individuais. Como afirma o Pedro Lenza, “uma verdadeira perspectiva de absentéismo estatal”.⁶⁸ Como ele ainda dispõe:

Seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras Constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII. Tais direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade.⁶⁹

Paulo Bonavides, sobre o tema, aponta:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzir-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.⁷⁰

Desse modo, é possível compreender, conforme apontado no início do trabalho, que, com a edificação do Estado, houve uma concreta centralização de poder. O poder que era difundido, e de certa forma fragmentado nas *polis*, passou a se concentrar numa figura - o Rei. Com o avanço estatal, o poder passou a ser figurado pelo Estado. Assim, caracteriza-se uma relação verticalizada entre Estado e particular, estando, evidentemente, o Estado em posição superior, de modo a conter certo domínio sobre o particular, haja vista o contrato social. Ocorre que isso, inicialmente, era sinal de repressão de alguns direitos - posteriormente entendidos como fundamentais.

⁶⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1142.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 1142.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.p. 578.

Em vista disso, a sociedade se posicionou a fim de frear o poderio estatal em face desses direitos fundamentais reprimidos. Portanto, a marca social dos direitos fundamentais de primeira geração é a resistência do particular contra o Estado. O Estado que incidia fortemente seu poder, passa a receber resistência. Como visto, o Tratado de Paz de Westfália (1648) é um documento que marca esse movimento. A Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei “João Sem Terra”, o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1688), as Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - (1789), são outros documentos que marcam esse movimento.⁷¹ Os direitos de primeira geração, são, em verdade, oponíveis ao Estado, razão pela qual possuem característica de resistência.

Como bem aponta José Afonso da Silva sobre a característica de resistência do particular em face do Estado:

Na verdade, os deveres que decorrem dos incisos do art. 5º, têm como destinatários mais o Poder Público e seus agentes em qualquer nível do que os indivíduos em particular. **A inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores de poder.** Alguns exemplos esclarecem o tema: o dever de propiciar ampla defesa aos acusados, o dever de só prender alguém por ordem escrita de autoridade judiciária competente [...].⁷² (grifo nosso)

Os direitos de segunda geração, por sua vez, tiveram como fato histórico marcante a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Isso porque as condições de trabalho precárias, as altas cargas horárias de trabalho e a exploração de mão de obra resultaram em movimentos como o cartista, na Inglaterra, e a Comuna de Paris (1848), a fim de reivindicar direitos trabalhistas e normas assistenciais. Ainda, o início do século XX é marcado pela Primeira Guerra Mundial. Nesse contexto, foram verificados os direitos de segunda geração chamados sociais.⁷³ Esses visavam maior dignidade às pessoas. No plano de fundo se tinha, em vista do contrato social, o dever do Estado garantir tais direitos.

Alguns documentos que marcaram esse período da configuração dos direitos sociais, culturais e econômicos, assim como os direitos coletivos, ou da coletividade, são: a Constituição do México (1917); A Constituição de Weimar (1919), na Alemanha, conhecida

⁷¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1142.

⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 198.

⁷³ LENZA. op cit. p. 1143.

como a *Constituição da primeira república alemã*; o Tratado de Versalhes (1919) (OIT); no Brasil, a Constituição de 1934. Sobre isso aponta Paulo Bonavides:

[...] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do BRASIL, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais⁷⁴

Desse modo, os direitos fundamentais de segunda geração são marcados, em contrapartida aos direitos de primeira geração, por um caráter positivo do Estado em relação ao particular. Aqui, na relação de verticalidade Estado-Particular, não pretende o particular exercer um papel de resistência contra o Estado, mas um papel receptivo de direitos - os direitos sociais - que, pela característica imperiosa do Estado, recebe melhores condições de vida, em razão dos direitos fundamentais observados pelo Estado ao Particular.

A doutrina entende que os direitos de terceira geração são marcados pela alteração social de forma massificada, em razão do desenvolvimento tecnológico e científico. Como afirma o Prof. Pedro Lenza, “Os direitos da 3ª dimensão são direitos transindividuais, isto é, direitos que vão além dos interesses do indivíduo; pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade”.⁷⁵ Grande parte da doutrina entende como alguns direitos de terceira geração o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação.

Os direitos de quarta geração, para Paulo Bonavides, são os que decorrem da globalização dos direitos fundamentais, devido ao avanço global cada vez mais interligado, o que significa universalizá-los no campo institucional. Como afirma o renomado jurista Ingo Sarlet sobre o tema:

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.p. 578-579.

⁷⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 143 e 144.

a proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.⁷⁶

Desse modo, tem-se os direitos de quarta dimensão como direitos que visam proteger a própria existência humana e sua configuração social, como o direito à informação, ao pluralismo e à democracia. Por fim, os direitos de quinta geração é uma classificação dada pelo Prof. Paulo Bonavides. Karel Vasak entende ser um direito de terceira dimensão. A título de conhecimento, o Prof. Bonavides elenca o direito à paz, de forma autônoma, como direito de quinta geração. Para ele, a paz é axioma da democracia participativa e, ainda, o supremo direito da humanidade.⁷⁷

Tem-se, portanto, apresentadas as gerações de direitos fundamentais elididas pela doutrina dominante. Ocorre que, não por acaso, a liberdade inaugura as gerações dos direitos fundamentais. A luta e conquista pela liberdade é o meio cujas portas se abrem para os demais direitos fundamentais. Na CF/88, entende-se que o direito à liberdade de expressão está localizado materialmente como um direito de primeira geração. Desse modo aponta José Levi em artigo: “o art. 5º da Constituição enuncia os ‘direitos e deveres individuais e coletivos’, ou seja, os direitos de primeira geração”.⁷⁸

O Min. Gilmar Mendes e João Trindade, em obra conjunta, definem direitos fundamentais como: “[...] os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. **São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica**”.⁷⁹ (grifo nosso)

Haja vista todo o exposto, faz-se memória: a liberdade de expressão é um direito fundamental de primeira dimensão, localizado no art. 5º da CF/88. Constituição essa que

⁷⁶ SARLET, Ingo, Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 51.

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.p. 585.

⁷⁸ MELLO DO AMARAL JÚNIOR, José Levi. Os direitos fundamentais e suas gerações. **R. bras. Est. const. - RBEC I**. Belo Horizonte, ano 16, n. 50, jul./dez.2022. p. 165.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; FILHO, João Trindade Cavalcante. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 147.

instituiu uma nova ordem jurídica soberana em que dispôs sua organização jurídico-política em Estado de Direito. Vale, ainda, apontar a diferença constante entre direitos e garantias fundamentais. Isso porque o art. 5º, que dispõe sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, são uma espécie do gênero direitos e garantias fundamentais - título II da CF/88.

Ruy Barbosa, referência jurídica e de homem público ímpares, foi um dos primeiros juristas a se debruçar sobre o tema. Com isso, com categoria ele afirma ao analisar a Constituição de 1891:

as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*, estas as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.⁸⁰ (grifo nosso)

Com isso, entende-se que os direitos são bens, são vantagens que o texto constitucional dispõe, enquanto as garantias são os meios pelos quais se alicerçam tais direitos.

Fator que merece destaque especial é quanto às características dos direitos e garantias fundamentais. Reitera-se: aplica-se, evidentemente, ao direito fundamental à Liberdade de Expressão. O Ministro Gilmar Mendes e o Prof. João Trindade, em obra já citada, apontam dez características principais dos direitos fundamentais, quais sejam: a historicidade, a imprescritibilidade, a indisponibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a indivisibilidade, a aplicabilidade imediata, a eficácia vertical e horizontal, a **relatividade** ou **limitabilidade** e a **conflituosidade** - não por acaso dispõe-se neste trabalho as características na ordem apresentada.

Passemos por cada uma dessas, de acordo com o que elencado pelos autores. A historicidade faz alusão à evolução social histórica que resultou na consecução dos direitos fundamentais, à ideia das gerações percorridas aqui. Como já demonstrado, trata-se de uma conquista social refletida na configuração de direitos fundamentais à sociedade. A imprescritibilidade caracteriza os direitos fundamentais como imprescritíveis. Assim, não

⁸⁰ BARBOSA, Ruy. 1932 apud. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1143.

incorrem na prescrição. Independe, portanto, a data em que um direito fundamental foi violado, pois qualquer tempo pode ser pleiteado.⁸¹

Ainda, os direitos fundamentais são inalienáveis, porque quem detém direitos fundamentais não pode dispor deles, ou seja, vender, doar, emprestar etc. Possuem, por assim dizer, eficácia objetiva, pois são interesses da própria coletividade. São, também, irrenunciáveis, porque não se pode abrir mão de direitos fundamentais. Como apontado, possuem eficácia objetiva, o que não condiz com a subjetividade de renunciar a um direito - no caso, fundamental. Nessa mesma toada, são indivisíveis, porque a doutrina entende serem os direitos fundamentais garantidos em conjunto. Desse modo, o desrespeito a um direito fundamental significa um desrespeito a todos⁸².

As características adiante dispostas podem - e neste trabalho faz-se de bom tom - que sejam analisadas conjuntamente, com um olhar especial. Os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata a seus titulares, conforme dispõe o §1 do art. 5º da CF/88, que dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.⁸³ Os titulares, portanto, dos direitos fundamentais são estabelecidos pelo art. 5º, *caput*, da CF/88, o qual dispõe que Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos dos incisos referentes ao artigo.

Desse modo, a CF/88 estabelece, em rol exemplificativo, que os titulares dos direitos e garantias fundamentais são os brasileiros - natos e naturalizados - e estrangeiros residentes no país - ou em trânsito. Dando continuidade, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais diz respeito à eficácia jurídica dessas normas constitucionais. Isso é dizer que, conforme entendimento de José Afonso da Silva sobre a eficácia de normas constitucionais, possuem eficácia plena. Nas palavras de José Afonso da Silva:

[...] dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. **A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais (direitos de**

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; FILHO, João Trindade Cavalcante. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 148-150.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; FILHO, João Trindade Cavalcante. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 152.

⁸³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

1ª dimensão, acrescente-se) sejam de aplicabilidade imediata. ⁸⁴ (grifo nosso)

Tem-se, portanto, a regra, pois pode ocorrer de haver na CF/88 normas de direitos fundamentais de eficácia limitada, haja vista o art. 5º, XXXII - “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.⁸⁵

Tendo em vista os titulares dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade - imediata -, esses possuem eficácia vertical e horizontal. A eficácia vertical é fruto de um entendimento mais antigo em relação aos direitos fundamentais, o qual se entendia que os direitos fundamentais possuem eficácia apenas na relação vertical - Estado e particular. Em meados do século XX, por outro lado, na Alemanha, surgiu a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que retrata a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas - particular e particular - também⁸⁶. Grande parte da doutrina brasileira e o Supremo Tribunal Federal⁸⁷ entendem que há, sim, eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais. Isso é dizer: os particulares, nas suas relações intersubjetivas, devem observar os direitos fundamentais.

A característica de maior relevância para este trabalho é a **limitabilidade** ou também chamada de **relatividade**. Isso porque nenhum direito fundamental, nenhum, é absoluto. Assim, mesmo sendo os direitos fundamentais direitos básicos e essenciais, não são absolutos, haja vista que podem ser relativizados quando de um caso concreto que haja colisão de direitos fundamentais. Assim, faz-se ligação com a outra característica - a conflituosidade. Isso porque os direitos fundamentais podem entrar em conflito entre si. Nas palavras certas do Min. Gilmar em seu voto quando do julgamento do HC 82.424/RS sobre a relatividade do direito fundamental à liberdade de expressão:

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 discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema

⁸⁴ SILVA, José Afonso da; 2014. apud. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1148.

⁸⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; FILHO, João Trindade Cavalcante. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 171.

⁸⁷ STF aplicou a eficácia horizontal dos direitos fundamentais quando, no julgamento do RE n. 201.819/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, aplicou a eficácia dos direitos fundamentais aos particulares quando impôs a obrigatoriedade do respeito à ampla defesa para a exclusão de associado em associação privada.

democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.

Num caso concreto, por sua vez, é possível que haja dois direitos fundamentais em afronta. Em razão da relevância dessa característica dos direitos fundamentais, como também da liberdade de expressão, dá-se ao exame desta um tópico do trabalho. Passemos a ele.

2.1. Colisão dos Direitos Fundamentais

Antes de discorrer sobre colisão entre direitos fundamentais, é preciso tomar nota de como é composto um direito fundamental, sua disposição jurídico-normativa, e ter sedimentado o entendimento sobre normas jurídicas. **Normas jurídicas**, na concepção contemporânea, são um gênero normativo, em que figuram como espécies as regras e os princípios. Assim, uma norma jurídica pode ter uma natureza de regra ou de princípio. Nelson Rosenvald elucida majestosamente o assunto⁸⁸ - entendimentos que estão sedimentados nas teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Quanto à **regra**, entende-se, segundo os autores, que é uma norma jurídica com grau de abstração menor - ou estrutura fechada. Isso porque há um nexo de imputação entre uma condição de aplicação - um suporte fático⁸⁹ - e uma consequência - um efeito jurídico. Portanto, há uma relação de causa e efeito. Um fato, para que adentre o mundo do direito, para considerar-lhe fato jurídico, é necessária a incidência de uma norma jurídica ao suporte fático. Nessa relação de causa e efeito é que se tem as regras.

Na espécie normativa regra, há três critérios objetivos de solução de conflitos normativos - entre regra e regra. Os critérios são lógico-formais, quais sejam: i) hierarquia - regra de maior hierarquia prevalece contra regra de menor hierarquia; ii) cronologia - regra mais nova editada prevalece sobre regra mais antiga; iii) especialidade - regra especial prevalece sobre regra geral⁹⁰. Ocorre que, como apontado por Canotilho, não há como o sistema ser regido

⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 503-506.

⁸⁹ Segundo os autores já citados, **suporte fático** é o fato ou conjunto de fatos previstos pela norma jurídica. Preenchidos, cumulativamente, todos os requisitos previstos pelo suporte fático da norma, esta incide, fazendo surgir o fato jurídico, e, posteriormente, os respectivos efeitos jurídicos.

⁹⁰ FARIAS; NETO; ROSENVALD. op cit. p. 503-506.

apenas por regras. Há algo que confere maior direcionamento normativo às regras - os princípios. Segue o apontamento de Canotilho:

Um modelo de sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa - legalismo - do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas⁹¹

É por isso, portanto, que, num sistema jurídico, é essencial que os princípios sejam base normativa, uma forma de baliza a todo o resto. Devido a isso, os **princípios**, outra espécie do gênero norma, carregam a definição de normas jurídicas com grau de abstração maior, justamente pela sua capacidade de alcance fático-normativo maior. Nas palavras de Nelson Rosenvald, são normas mais abertas, mais flexíveis e de conteúdo relativamente indeterminado⁹². Servem como um parâmetro normativo até mesmo para edição de novas regras, porque o conteúdo dos princípios é massivo, abstrato. Há, inclusive, a possibilidade de haver princípios explícitos, aqueles que são dispostos expressamente na norma, como a dignidade da pessoa humana, como também, implícitos. Os princípios implícitos são fruto de interpretação da norma, como o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade - que não possui disposição expressa no texto constitucional⁹³.

Diante disso, há casos concretos em que contam com conflitos principiológicos. Um princípio, em detrimento de outro, parece ter maior prevalência. Ocorre que, diferentemente das regras, os princípios possuem outra maneira de duelarem. Isso porque os princípios não possuem hierarquia entre eles. Estão no mesmo plano jurídico-normativo. Desse modo, a saída normativa, a solução jurídica nesses casos se dará por meio da ponderação ou sopesamento dos princípios. Como afirma Nelson Rosenvald de maneira pontual e precisa sobre a ponderação entre princípios:

É uma técnica que traz, entre outros, três postulados básicos: **a)** só tem sentido diante de casos concretos, nunca de **modo abstrato e apriorístico**; **b)** a

⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 168.

⁹² FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 505-506.

⁹³ *Ibidem*, p. 508.

solução dada em determinado caso concreto (prevalência, digamos em determinado caso, da privacidade e da intimidade em relação à liberdade de expressão) não será necessariamente a mesma em outro caso com contextos distintos; c) o intérprete, para chegar a uma solução, poderá fazer **concessões recíprocas**, procurando **ponderar os interesses envolvidos**. Por isso é que há autores alemães que dizem que o **Estado Constitucional de Direito é um Estado de Ponderação** (*Abwägungsstaat*)⁹⁴ (grifo nosso)

Dessa manifestação certa e completa, tem-se que a **ponderação**, o **sopesamento** de princípios, ou seja, um conflito principiológico só pode ocorrer se numa situação concreta. Não há como supor ou prever um princípio prevalente a outro sem que haja um caso concreto. Isso porque o caso concreto, em suas circunstâncias, é que eleva um princípio em detrimento de outro. A exemplo do julgamento disposto adiante - “O caso Ellwanger”.

Isso posto, tem-se consentido: os direitos fundamentais não são absolutos. São, todavia, relativos. Posto um princípio num mesmo plano jurídico, em disparidade com outro princípio, um há de prevalecer no caso concreto. Assim, há uma limitação de um direito fundamental em face de outro. Ocorre que, há um aspecto que deve ser observado no âmbito de restrição de um direito fundamental: a teoria do limite dos limites. A doutrina entende que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial e que, diante uma colisão, há que se preservar o núcleo essencial do direito fundamental que se viu restringido.

De acordo com o Ministro e jurista Gilmar Mendes e o Prof. João Trindade, em obra conjunta, afirmam que o núcleo essencial de um direito fundamental - ou “âmbito de proteção” no entendimento de outros autores - é uma teoria aplicada no Brasil que possui raízes no direito constitucional alemão⁹⁵. Assim, o núcleo essencial é a essência jurídica, o substrato normativo do direito fundamental. Ou seja, a restrição a um direito fundamental num caso de colisão não ataca o núcleo essencial do direito fundamental restringido. De acordo com os autores, há duas teorias sobre o núcleo essencial - a teoria absoluta e a teoria relativa.

A **teoria absoluta** dispõe que o núcleo essencial dos direitos fundamentais não pode ser violado em hipótese alguma. Já a **teoria relativa** entende que o núcleo essencial pode variar de acordo com o caso concreto. O Brasil, por sua vez, adota a teoria absoluta. Portanto, entende-se que os direitos fundamentais não são absolutos porque podem sofrer restrição quando de uma colisão entre direitos fundamentais, mas o núcleo essencial dos direitos fundamentais são

⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 506.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; FILHO, João Trindade Cavalcante. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 171.

absolutos. Evidentemente o núcleo essencial do direito fundamental colidido não é restringido⁹⁶.

Há, como disposto, uma proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. A CF/88, por sua vez, não afirma expressamente tal proteção. A Lei Fundamental Alemã - modelo normativo sobre o tema tratado - em seu art. 19, II, dispõe: “Em nenhum caso pode um direito fundamental ser desrespeitado em seu núcleo essencial”⁹⁷. Ocorre que há uma adequação desse entendimento no Brasil. quando o §4º do art. 60 da CF/88 prevê que não podem ser objeto de deliberação as propostas de emenda tendentes a abolir os direitos e garantias individuais - impõe, assim, uma proteção inequívoca ao núcleo essencial desses direitos⁹⁸ -, no qual a liberdade de expressão está inserida.

Outro fator concernente à **teoria Limites dos Limites** é a proporcionalidade que deve ser atendida quando de uma restrição. Nesse aspecto, os autores já citados - Min. Gilmar Mendes e Prof. João Trindade - dispõem que há duas vertentes, dois lados da mesma moeda, a proporcionalidade em sentido negativo (proibição do excesso) e a proporcionalidade em sentido positivo (proibição da proteção deficiente). Quanto ao primeiro, este impede que se restrinja em excesso - além do necessário - um direito fundamental. Assim, a restrição deve ser mínima. Para aferir se houve, num caso concreto, uma restrição mínima a doutrina entende que três subprincípios devem ser observados, quais sejam, nas palavras indispensáveis dos autores:

a) Adequação: saber se a restrição vai atingir a finalidade, o objetivo que dela se espera. Assim, se, por exemplo, uma restrição a um direito não for atingir o objetivo de efetivar um outro direito fundamental, essa restrição será excessiva, já que não é adequada;

b) Necessidade (= exigibilidade): saber se a restrição é estritamente necessária, ou seja, se há outro meio menos gravoso (menos restritivo de se alcançar aquele objetivo. Por exemplo: pode-se efetivar o princípio da segurança pública bloqueando o sinal de celular de um bairro inteiro em que se localiza um presídio; mas essa restrição, embora adequada (vai atingir a finalidade de impedir o uso de celular dentro da prisão) é excessiva, pois restringe o direito das pessoas que moram nas vizinhanças da penitenciária, quando há uma forma menos gravosa de se conseguir isso (aumentando a fiscalização no acesso ao presídio): seria uma medida desproporcional, porque falha no teste da necessidade;

c) Proporcionalidade em sentido estrito (= ponderação propriamente dita, sopesamento ou balanceamento): é atendida quando a restrição possui um custo-benefício favorável, isto é, quando o que vai perder com a restrição

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; FILHO, João Trindade Cavalcante. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 171.

⁹⁷ ALEMANHA. Lei Fundamental Alemã. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

⁹⁸ MENDES; FILHO. op. cit. p. 171.

a um direito vai ser **compensado** pelo **ganho de efetivação do outro direito**.⁹⁹

Assim, tem-se como subprincípios da proporcionalidade em sentido negativo - proibição do excesso, em que a restrição ao direito fundamental deve ser mínima - a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito - a ponderação ou sopesamento. Assim, em caso de colisão, respeitados esses subprincípios, tem-se uma restrição a um dos direitos fundamentais em colisão, de modo este foi preservado em sua essência - o seu núcleo essencial. Ainda, os autores abordam a proporcionalidade positiva - a proibição da proteção deficiente. Nas palavras dos autores:

Por esse princípio, não se pode efetivar “de menos” um direito fundamental; não se pode admitir que, para não restringir um direito, deixe-se de efetivar outro; ou seja: exigem-se meios para efetivar um direito fundamental. Não se pode proteger um direito de forma deficiente, insuficiente.¹⁰⁰

Entende-se, portanto, como já afirmado, que não é possível a restrição de modo a restringir demais um direito fundamental. Deve-se, todavia, preservar o núcleo essencial deste. Diante do exposto, conclui-se, como afirmado pelos autores, que são esses princípios dois lados de uma mesma moeda. Não se pode restringir muito um dos direitos em colisão - proporcionalidade negativa -, como também não se pode proteger de menos o outro direito - proporcionalidade positiva. Diante disso, vale a citação, que é, em verdade, verdadeira aula disposta no voto do Min. Gilmar Mendes quando do Julgamento do HC 82.424/RS em relação ao tema:

Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e a à vida privada (CF, art. 5º, X), deixando entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa, com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional - ‘Nenhuma lei conterà dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV’ - parece

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; FILHO, João Trindade Cavalcante. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 172-173.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 173.

explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção estatal. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão-somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa. [...] O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, **princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um ‘limite do limite’ ou uma ‘proibição de excesso’ na restrição de tais direitos.** A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main, 1986*), coincide igualmente de modo relativo - tal como defende o próprio Alexy. **Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.**

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, **as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.** (grifo nosso)

Diante do exposto pelo Ministro e professor Gilmar Mendes, é necessário recordar que os direitos fundamentais figuram na CF/88 como normas jurídicas em forma de regras e de princípios. Tratando-se de colisão, quando de uma colisão entre direitos fundamentais, tem-se uma colisão chamada autêntica, quando entre um direito fundamental e outra norma de natureza constitucional, colisão inautêntica. Conceitos explicados primorosamente pelo Desembargador Federal do TRF da 1º Região e Professor Néviton Guedes em artigo:

Não é difícil compreender que algumas matérias próprias dos textos constitucionais, até mesmo pela estrutura normativa dos preceitos em que são regularmente veiculadas (mais afeitas a regras do que a princípios), acabam excluídas da possibilidade de juízos de ponderação por parte dos órgãos competentes para a sua aplicação. De fato, como limite de sua específica conformação estrutural, o que fica bastante evidente no caso - mais conhecido - dos direitos fundamentais, não se pode esquecer que a ponderação sempre e apenas se reconduzirá a situações de colisão entre normas constitucionais, seja colisão de direitos fundamentais com outros direitos fundamentais (*colisão*

autêntica), seja com outros princípios de hierarquia também constitucional (**colisão inautêntica**), e mesmo assim quando esse estado de tensão normativa demonstre não poder ser solucionado com outros instrumentos e métodos argumentativos.¹⁰¹ (grifo nosso)

O professor evidencia, portanto, o enredo normativo em que figuram os direitos fundamentais - a Constituição Federal - e o dispõe em caso de conflito. Diante de todas as considerações feitas, passa-se à análise do direito fundamental à liberdade de expressão.

2.2. O Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e sua Limitação Jurídica

Liberdade, de maneira geral, é entendida como a possibilidade de agir conforme a própria vontade, sem amarras, em qualquer âmbito. É dar vazão à vontade. Liberdade de expressão, por sua vez, pode ser entendida como a possibilidade de externar tudo aquilo que reverbera nos sertões interiores de cada pessoa. É verbalizar pensamentos, opiniões e posicionamentos. É o livre trânsito de ideias. Isso *lato sensu*. Ocorre que, como disposto durante todo esse trabalho, há uma conjuntura social, jurídica, geográfica e política no qual essa liberdade está inserida. A edificação do Estado de Direito, como visto, se deu, em larga medida, em virtude do princípio da legalidade - em que o Estado é submetido ao conteúdo normativo regente do Estado. Aliado a isso, a função precípua do Estado é garantir o bem comum e, do direito, a ordem social.

Tendo em vista o princípio da legalidade, tem-se a CF/88 como instaladora de uma nova ordem jurídica no Brasil. É nesse ambiente, nesse cenário, nesse plano normativo, nessa ordem jurídica que figura a liberdade de expressão. Portanto, algo só pode ser dito ou manifestado ou não dito ou não manifestado se não em virtude de lei, claramente num sentido macrocósmico. Isso porque a liberdade de expressão é um direito fundamental e, por natureza, não é absoluto, ou seja, é passível de restrição - sem que se atinja seu núcleo essencial. Porém, nota-se que a limitação só é possível porque tal direito fundamental transita num Estado de Direito, em que vigoram normas definidoras de conduta em favor da ordem social.

¹⁰¹ GUEDES, Néviton. **Regras constitucionais não admitem juízo de ponderação**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-21/constituicao-poder-regras-constitucionais-nao-admitem-ponderacao>. Acesso em: 18 de mar. de 2023.

Não é possível conceber que liberdades são absolutas, porque isso seria permitir a supressão de outras liberdades de seus titulares. Por outro lado, é possível compreender que o princípio da legalidade, em sua magnanimidade, é, em verdade, um meio de garantia da própria liberdade. Assim, a CF/88, em seu art. 5º, II, sobre o princípio da legalidade dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei”¹⁰². Assim, não é absurdo dizer que tudo o que a lei não proíbe é permitido. A Lei, portanto, é o limiar da conduta humana no Estado de Direito.

Recupera-se, mais uma vez, a noção de Estado de Direito, em que vigoram as normas em favor do Estado e da sociedade. A liberdade de expressão, em sua natureza, é um direito fundamental de primeira geração. Para entender a disposição da liberdade de expressão na CF/88 é preciso saber que há um dinamismo constitucional acerca do tema. Isso porque, segundo o jurista Ingo Sarlet, em conjunto com outros autores – Marinoni e Mitidiero – entendem que o art. 5º, IV, da CF/88 que afirma: “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”; é “cláusula geral”¹⁰³, um “direito-mãe” ou até mesmo um “gênero” que evidencia uma concepção geral sobre o tema, em conjunto, com o que seria, seguindo a mesma linha de raciocínio, as espécies de liberdade, cujas estas trazem suas as peculiaridades como direitos fundamentais.

As liberdades que compõem, segundo os autores citados, a liberdade de expressão são: a liberdade de expressão artística, científica e de comunicação, constante no art. 5º, IX, e art. 215 da CF/88; a Liberdade de Ensino e Pesquisa, disposta no art. 206, II e III da CF/88; a Liberdade de comunicação e de informação, conseqüentemente a liberdade de imprensa, disposta no art. 5º, XIV, da CF/88; a liberdade de expressão religiosa, disposta no art. 5º, VI, da CF/88 e a liberdade de manifestação do pensamento - liberdade de opinião -, constante no art. 220 da CF/88. Se observa, portanto, que a Constituição tem o cuidado de delimitar os tipos de liberdade que abarca. Ela preza por isso e a garante como direito fundamental.

Tendo em vista a liberdade de manifestação do pensamento como cláusula geral, a CF/88 já apresenta pontos limítrofes de sua verificação quando veda o anonimato. O art. 5º, IV, da CF/88, reza que: “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”¹⁰⁴. Nesse ponto a Constituição já se manifesta a respeito do abuso desse direito fundamental. A Constituição vislumbra o fator humano de exacerbação. Devido a isso, ela condiciona o

¹⁰² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

¹⁰³ SARLET, Ingo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 452; 452.

¹⁰⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

exercício desse direito fundamental à vedação ao anonimato. Isso porque o titular do direito fundamental que abusá-lo incorrerá em sanções cíveis e/ou penais, como dispõe o inciso logo em seguida ao citado, inciso V da CF/88, que afirma: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano moral ou à imagem”¹⁰⁵.

Assim, o Estado de Direito garante, enobrece e, de certa forma, incentiva que seus titulares usufruam dessa liberdade, desse direito fundamental de se manifestarem e externarem tudo o que impera no seu interior, no seu secreto. É um modo de fomentar a civilidade e a cidadania - um dos fundamentos do Estado de Direito, conforme disposto no art. 1º, II, da CF/88. Porém, o art. 1º da CF/88 também aponta como fundamento a dignidade da pessoa humana, no inciso III do mesmo artigo. Assim, o exercício de um direito fundamental não pode ser a anulação de outro, muitas vezes a repressão da dignidade da pessoa humana.

A análise ora exposta tem ligação umbilical, acredita-se, com a teoria do fato jurídico pilotada por Pontes de Miranda - jurista de quilate e referência ímpares - e fonte de estudo de uma vida do jurista Marcos Bernardes de Mello. Isso porque a CF/88 e o STF - ao julgar a ADPF 130¹⁰⁶ - entendem não ser compatível com o Estado de Direito a censura prévia. O STF, ao julgar a ADPF 130, de relatoria do Min. Ayres Britto, expurgou do ordenamento jurídico a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, a chamada Lei de Imprensa, editada no período da ditadura militar, que, em seu escopo, dispunha de censura prévia à manifestação de ideias, em especial à liberdade de imprensa, o que, na essência, engloba a liberdade de expressão - haja vista o conceito já citado de “cláusula geral” da liberdade de expressão, capitaneado pelo jurista Ingo W. Sarlet

Ocorre que, em linhas gerais, a teoria do fato jurídico dispõe que um fato da vida comum só adentra o mundo jurídico quando há uma norma jurídica que o preveja. Assim, tem-se o suporte fático - fato ou conjunto de fatos que a norma jurídica prevê em seu texto¹⁰⁷. Em continuidade, quando um fato ocorre na vida comum, no mundo ordinário e há uma norma jurídica que o antecede, há uma incidência da norma jurídica sobre o fato, cujo resultado disso

¹⁰⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 130/DF**. Rel. Min. Ayres Britto. Lei De Imprensa. Adequação Da Ação. Regime Constitucional Da "Liberdade De Informação Jornalística", Expressão Sinônima De Liberdade De Imprensa. A "Plena" Liberdade De Imprensa Como Categoria Jurídica Proibitiva De Qualquer Tipo De Censura Prévia.[...] Argte: Partido Democrático Trabalhista (PDT); Argdo: Presidente da República, Congresso Nacional. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>. Acesso em:

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 502-505.

é transfigurar tal fato comum em um fato jurídico. Agora, esse fato, antes comum, importa para o Direito.

Portanto, os limites à liberdade de expressão, como **fato jurídico**, só podem ser evidenciados quando da sua verificação, da sua realização. Para isso, o ordenamento jurídico prevê retaliações a tais casos. Há que se elidir, ainda, que se um fato não ocorreu, nem no mundo ordinário este encontra-se ainda, quanto mais no mundo jurídico. Censura prévia seria, portanto, adentrar o fluxo interior de ideias de cada ser humano, como num ato de previsão e, por si, reprimi-lo de externá-lo. Isso é censura. Por outro lado, uma vez externado, verifica-se, por sua vez, que tal conduta pode não ser revestida de validade jurídico-constitucional que confere o princípio fundamental à liberdade de expressão.

Para que seja evitada a censura, verifica-se o usufruto da liberdade de manifestação do pensamento. Esse fato, vivo no mundo jurídico, haja vista a incidência da norma jurídica ao suporte fático, o titular do direito, agora, é capaz de receber consequências, também jurídicas. Aí, em verdade, entra a restrição ao princípio fundamental à liberdade de expressão, pois, após externado, a norma jurídica pode incidir sobre tal fato de forma positiva ou negativa. De forma positiva, quando o fato jurídico é abarcado pela liberdade de expressão. Quando negativa, há alguma norma repressora que cabe lhe impor limites. Aí a restrição a esse direito fundamental, de modo a garantir outros direitos fundamentais e preservar o núcleo essencial do direito fundamental à liberdade de expressão. A partir daí, não se permitiu que tais ideias ecoassem ao ponto de anular, restringir outro princípio em colisão, no campo jurídico.

Outro aspecto de mesmo valor, já referido neste trabalho, é o vigor de um Estado - de Direito - em que reina um ordenamento jurídico, ponto focal delimitante dessa liberdade contra eventuais abusos. Isso porque jamais pode haver um desencontro entre os princípios constitucionais e essa liberdade. É por isso, todavia, que, no que tange à liberdade de expressão, o ordenamento jurídico pátrio apresenta algumas diretrizes como fator limítrofe à liberdade de expressão. Na obra - já citada - do Eminentíssimo Min. Gilmar Mendes e do Prof. João Trindade, os autores apontam três limitações evidentes - haja vista que outras também são possíveis, essas são como um rol exemplificativo - à liberdade de expressão. Fato que remonta o discorrido sobre colisão de princípios, conseqüentemente, direitos fundamentais valorados como princípios. Um primeiro limite abordado pelos autores é o discurso de ódio ou *hate speech*; o segundo, a proibição da apologia ao crime; o terceiro, a vedação ao anonimato.

O primeiro limite, portanto, concernente ao *hate speech* é um fator de elevada relevância, porque os tempos modernos, em razão da massiva gama de pessoas vinculadas à internet e a maior ligação destas de forma facilidade, resultou na possibilidade de proliferação

de manifestações revestidas de desalento moral. Muitas pessoas que se manifestam de forma a expelir discurso de ódio, acreditam estar acobertadas pelo direito fundamental à liberdade de expressão. Aqui entra o disposto sobre colisão de direitos fundamentais. Isso porque, em regra, um *hate speech* muitas vezes carrega em si uma degradação da dignidade da pessoa humana atingida pelo discurso. Assim, num caso como esse levado ao Judiciário, o Estado-Juiz deverá aplicar o sopesamento a fim de discernir qual direito fundamental está em prevalência - a liberdade de expressão ou mesmo a dignidade da pessoa humana, observado o núcleo essencial de cada direito fundamental.

É uma linha tênue a se percorrer, porém essencial no Estado de Direito. Nesse aspecto - *hate speech* -, o Supremo Tribunal Federal não tem uma linha jurisprudencial bem definida. O que há, em verdade, são julgamentos isolados que servem de parâmetro. Vale, nesse âmbito fazer uma breve comparação jurídica pela forma que é tratada essa questão nos Estados Unidos e na Alemanha, analisada pelos juristas Gilmar Mendes e João Trindade:

Nos **Estados Unidos da América**, país de nítida tradição liberal, predomina a ideia de que eventuais abusos da liberdade de expressão devem ser combatidos ou neutralizados com ainda mais liberdade, isto é, o Estado não deve intervir diretamente nesse assunto, a não ser permitindo que as eventuais vítimas do discurso discriminatório possam rebater as acusações. **A liberdade de expressão desfruta de uma verdadeira “posição preferencial” em face de outros direitos fundamentais.**

[...] Já na **Alemanha**, ainda assolada pelos fantasmas do nazismo, e caracterizada por uma forte tendência *comunitarista* priorização do reforço aos valores da comunidade, em detrimento da liberdade individual, a **liberdade de expressão cede, frequentemente, a outros direitos fundamentais**, como a igualdade e a não discriminação, o que resulta em legislação e jurisprudência fortemente tendentes a rejeitar qualquer discurso que implique discriminação contra grupos minoritários.

[...] **a própria Lei Fundamental Alemã (*Grundgesetz*), no art. 5º, prevê diversas limitações à liberdade de expressão**, o que também serve de fundamento (jurídico) para as decisões do Tribunal Constitucional negarem proteção constitucional ao discurso de ódio.¹⁰⁸ (grifo nosso)

Portanto, é possível concluir dessa análise que muito do que se revela no ambiente jurídico quanto à liberdade de expressão tem ligação direta com a própria história do país, sua conjuntura social, jurídica e política. O Brasil, apesar de não ter uma jurisprudência sedimentada sobre o assunto, se manifestou em diversos casos, de modo que demonstrou seu

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; FILHO, João Trindade Cavalcante. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 206.

entendimento. Um caso de extrema relevância é o Caso Ellwanger, logo mais em análise. Como disposto pelos juristas Gilmar Mendes e João Trindade quanto ao tema no Brasil:

No Brasil, a experiência histórica não registra políticas estatais institucionalizadas de utilização sistemática do discurso de ódio (embora isso não signifique a irreverência dessa prática na realidade brasileira). Além disso, a notória miscigenação de culturas formou um país cujas ideologias são fragmentárias e difusas, sem uma definição clara (ao contrário de Estados Unidos e Alemanha).

Por conta (também) desses fatores, e da composição plural do Supremo Tribunal Federal, não há uma linha jurisprudencial firme de tratamento do tema da liberdade de expressão (e seus limites) e da legitimidade constitucional do discurso de ódio.

É certo que nossa Constituição prevê diversas limitações expressas à liberdade de expressão (por exemplo: arts. 5º, IV, IX, XLII, e 220), no que se aproxima da normatização constitucional alemã (*Grundgesetz*, art. 5º). Todavia, a jurisprudência do STF possui uma linha tradicionalmente liberal, no que se refere à defesa da liberdade de expressão.¹⁰⁹ (grifo nosso)

Portanto, em razão do exposto, não há uma jurisprudência consolidada do STF quanto ao tema, que está em construção. O segundo limite à liberdade de expressão disposta pelos autores citados é a proibição da apologia ao crime. Uma característica relevante do ordenamento jurídico é sua capacidade de interlocução normativa. Portanto, as normas devem estar em convergência sob a perspectiva constitucional. Assim, o Código Penal, em seu art. 287, dispõe que é um delito “Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime”. Desse modo, não há como querer que a liberdade de expressão abarque apologia ao crime ou a criminoso.

Importante ressaltar, ainda, há um Projeto de Lei (PL) nº 473/2017 a fim de acrescentar ao Código Penal o art. 287 - A que dispõe sobre as *fake news* para tipificar tal conduta como delito. O dispositivo previsto no PL reza:

Art. 287-A Divulgar informação ou notícia que sabe ser falsa e que possa modificar ou desvirtuar a verdade com relação à saúde, segurança pública, economia ou processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; FILHO, João Trindade Cavalcante. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 207.

Pena detenção, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet, redes sociais ou outro meio que facilite a disseminação da informação ou notícia falsa:

Pena reclusão, de dois a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 2º A pena aumenta-se de um a dois terços se o agente divulga a informação ou notícia falsa visando obtenção de vantagem para si ou para outrem.¹¹⁰

Com isso, a proliferação de informações falsas, chamadas *fake news* passaram a ter escopo legal. As *fake news* têm como essência a mentira. São pessoas que optaram por colocar em evidência aquilo de mais obscuro que o ser humano pode carregar, a mentira, a discórdia e a contenda. Isso, em nível institucional, é desastroso. Por isso, inclusive, tal conduta não pode figurar no mesmo plano que a liberdade de expressão. As *fake news* causam desordem social e desconfiança. O direito, por sua vez, busca garantir a ordem e a paz social. Por isso a tipificação de crime em relação à apologia ao crime e criminoso, como também a proliferação de notícias falsas.

Diante da internacionalização das redes de internet e da facilitação do contato interpessoal por meio de mídias sociais, houve, também, o encurtamento do caminho para o mal. Porém, os juristas e atores públicos precisam ter muito cuidado e atenção com a regulação, via legislação, das mídias sociais. Isso pode ser muito nocivo à sociedade. O Estado, ente superior ao particular, tomar para si um papel de moderador do debate popular, principalmente, via mídias sociais. Isso significaria colocar nas mãos de alguém - porque o Estado se personifica em atores públicos - a capacidade de manobrar o debate social. A depender da postura ideológica ou índole pessoal, é capaz disso se tornar, em si, um ambiente de meias-verdades, ou a verdade imposta direta ou indiretamente pelos atores públicos e políticos em evidência. Isso pode representar a própria cassação de um direito fundamental por quem tem, em sua essência, o dever institucional de defendê-la.

Lados políticos, ideológicos, jurídicos e sociais diferentes sempre existiram. As redes, as mídias sociais apenas evidenciaram tais conflitos. Não é razoável que mentiras e

¹¹⁰ BRASIL. Projeto de Lei (PL) nº 473/2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2AAEE404745935625030F87181CE8B45.proposicoesWebExterno2?codteor=1641437&filename=Avulso+-PL+9554/2018. Acesso em 2 abr. 2023.

discursos de ódio estejam presentes nesses ambientes, mas não há como negar que acabam por fazer parte. Há, no convívio social, seres humanos mal intencionados que buscam se utilizar da liberdade de expressão para dar voz às suas baixezas éticas. Evidentemente, como demonstrado neste trabalho, não é papel da liberdade de expressão revestir tais condutas com legitimidade constitucional. É por isso, portanto, que a própria CF/88 traz, em sua esteira normativa, outro limite à liberdade de expressão: a vedação ao anonimato - terceira limitação disposta pelos autores em estudo, Min. Gilmar Mendes e o Prof. João Trindade.

Não é razoável a livre regulação estatal das mídias sociais em prol da ordem social, mesmo num Estado de Direito, porque isso seria dar a um ente superior uma possibilidade de definir o que é verdade e o que não é. Conforme dito precisamente por Edmund Burke, como num ato de premonição, em discurso em 1771 afirmava: “*Quanto maior o poder, mais perigoso é o abuso*”. Afinal, o Brasil já passou por períodos de censura e supressão de liberdades por autoridades estatais. Se há alguma necessidade de regulação estatal midiática, deve ser mínima, usual, porque a CF/88, em sua essência, garante a verificação aos seus titulares à liberdade de expressão, desde que vedado o anonimato. Isso é a CF/88 em defesa da possibilidade das pessoas se manifestarem, porém o ordenamento jurídico prevê retaliação jurídica a possíveis excessos.

Havendo a personalização do titular do direito fundamental e seu abuso ao direito fundamental, a CF/88 é clara ao dispor sobre consequências cíveis e criminais. Portanto, além das hipóteses já abordadas neste trabalho, manifestações que ataquem a honra de outra pessoa, possui previsão legal criminal para isso, para minorias, para o crime de racismo, para ataque à democracia, para pessoas vivas, para pessoas mortas, para idosos, para crianças. De certo modo, o ordenamento jurídico visa à proteger os bens jurídicos eleitos pela sociedade. Como bem disposto pelo Prof. José Afonso da Silva:

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição *veda o anonimato*. A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o *direito*, também fundamental individual, *de resposta*. O art. 5º, V, o consigna nos termos seguintes: *é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*. Esse direito de resposta, como visto antes, é também uma garantia de eficácia do direito à privacidade. Esse é um tipo de conflito que se verifica

com bastante frequência no exercício da liberdade de informação e comunicação.¹¹¹

Diante de todo o exposto, evidente a limitabilidade do direito fundamental à liberdade de expressão, em vista de todo o ordenamento jurídico, a liberdade de expressão vislumbra o livre transitar de ideias, a livre manifestação. É um direito fundamental de primeira geração, fruto de uma conquista social. Em razão do contrato social entre particular e Estado, tal liberdade foi garantida. Ainda, na ordem jurídica pátria vigente, a CF/88 a tem quase como inaugural de seu texto, o que remete à sua relevância e garante sua legitimidade constitucional. A Constituição Federal prima pelas ideias plurais, livres, harmônicas e divergentes entre si. O que se reprime, todavia, é o abuso que reprime demais direitos fundamentais.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. - 37. ed. - São Paulo: Malheiros, 2014. p. 247.

3. O JULGAMENTO DO CASO ELLWANGER PELO STF (HC 82.424/RS) - LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS APLICADO AO CASO CONCRETO

Diante de todo o exposto, um caso concreto que merece análise pormenorizada é o julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 2003. Durante o julgamento, em sua essência, vários temas tratados neste trabalho foram abordados pelos Excelentíssimos Ministros em seus votos, razão pela qual far-se-á ligação entre estes. Apesar de transcorrer cerca de 20 anos do julgado e o Supremo ter outra composição hoje, o entendimento consolidado nesse caso foi de grande valia para a Jurisprudência da Suprema Corte, como também para toda a comunidade jurídica, desde a promulgação da CF/88.

O julgamento pelo STF do HC tinha como pano de fundo a prática ou não de crime de racismo cometido pelo escritor e editor de livros Siegfried Ellwanger, impetrante do *Habeas Corpus* perante o STF, por, até então, suposta discriminação contra judeus em razão da produção e edição de livros com conteúdo antissemita, preconceituosos e discriminatórios. Acusado de racismo por escrever, editar e publicar o livro “Holocausto judeu ou alemão? - Nos bastidores da mentira do século”, dentre outros, foi absolvido em primeira instância. No entanto, teve a sentença reformada pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que, por unanimidade, o condenou pelo crime de racismo.

Diante disso, os advogados de Siegfried Ellwanger impetraram um *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja ordem foi denegada. Assim, chegando ao STF, também via *Habeas Corpus* - em análise neste trabalho, o HC 82.424/RS -, de relatoria do então Ministro Moreira Alves, notável Ministro da história do Supremo Tribunal Federal. O STF, por 8 a 3, em julgamento finalizado em 17/09/2003, manteve a condenação imposta pelo TJRS por crime de racismo, determinando, de certa maneira, a amplitude da liberdade de expressão. O Min. Marco Aurélio, à época com 13 anos como ministro da Suprema Corte, afirmou ser um dos casos mais importantes que passou pelo Supremo. Vale, portanto, a transcrição de alguns trechos da ementa do acórdão:

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei n. 7.716/89, art. 20, na redação dada pela Lei n. 8.081/90) constitui **crime de**

racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII).

[...] 10. A edição e publicação de **obras escritas veiculando ideias antissemitas**, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadores e subversoras de fatos históricos incontroversos como o **holocausto**, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado **conteúdo racista**, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

[...] 15. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os **atos repulsivos** do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

[...] 16. A **ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstalação de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.**¹¹² (grifo nosso)

Conforme foi abordado durante o trabalho, a liberdade de expressão é um direito fundamental de primeira dimensão e, portanto, não é absoluto. Nesse caso concreto, tem-se de um lado a defesa da liberdade de expressão, cuja manifestação contradiz a marca evidente da história mundial, porém o impetrante entende que tais conteúdos dos livros que escrevera e editara estavam abarcados pela liberdade de expressão. De outro lado, está a dignidade da pessoa humana das pessoas atingidas moralmente pelos seus conteúdos editoriais, em regra, os judeus. A isso, merece a transcrição de outro trecho do acórdão:

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.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Habeas Corpus. HC 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.** [...]. Rel. Min. Moreira Alves. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Julgado em 17 set. 2003. Dje: 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 18 mar. 2023.

Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.¹¹³ (grifo nosso)

A defesa de Ellwanger afirmava no *habeas* que não havia crime de racismo, porque os judeus não eram considerados uma raça. Desse modo, não podia o impetrante incorrer no crime de racismo. O crime de racismo, por sua vez, é imprescritível. Não incorrendo, portanto, no crime de racismo, o paciente não seria alcançado pela imprescritibilidade. Ainda, a defesa alegava que o paciente estava exercendo seu direito fundamental à liberdade de expressão, manifestando seu entendimento sobre todo o ocorrido referente ao holocausto e afins.

Esses são os principais pontos em debate no referido julgamento: se os judeus seriam ou não considerados uma raça, a fim de configurar tais condutas do paciente no crime de racismo. Assim, seria, portanto, um crime imprescritível passível de punibilidade que goza de disposição na própria CF/88, em seu art. 5º, XLII, o qual afirma: “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”¹¹⁴. E, também, se o paciente estava, ao escrever, editar e publicar livros com conteúdos ofensivos e antissemita, negacionistas ao holocausto, estaria revestido pelo direito fundamental à liberdade de expressão. Assim, tal julgamento revelou sua importância também pelo fato de oportunizar à Suprema Corte manifestar seu entendimento sobre o alcance jurídico-constitucional do que seja racismo.

Como abordado neste trabalho, uma das limitações impostas ao direito fundamental à liberdade de expressão, não absoluto, é a impossibilidade de se valer dela para cometer atos ilícitos. Portanto, a Suprema Corte entendendo tratar-se de crime de racismo, é, em si, uma restrição natural à liberdade de expressão, sem que afete seu núcleo essencial. Buscar-se-á, neste estágio do trabalho, malgrado todos os votos tenham relevância ímpar, apresentar as principais teses do julgamento evidenciadas nos votos dos ministros. O Min. Moreira Alves, relator do referido HC, deferiu o *habeas corpus* a fim de declarar a extinção da punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Habeas Corpus. HC 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.** [...]. Rel. Min. Moreira Alves. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Julgado em 17 set. 2003. Dje: 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 18 mar. 2023.

¹¹⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

O Ministro, em seu voto, entendeu que não se tratava de crime de racismo. Quase que na integralidade de seu voto o ministro relator apresentou várias reflexões a respeito dos judeus, da cultura judaica e o que seria uma raça humana. Chegou, por fim, à conclusão que judeus não seriam uma raça. Uma citação usada pelo Min. Moreira Alves em seu voto pôde elucidar bem seu entendimento quanto ao caso concreto, que foi um trecho de um discurso do rabino Samuel M. Stahl, cujo fundo temático, dentre algumas indagações, era uma evidente: “são os judeus uma raça?”. Nas palavras do rabino citado no voto do Eminentíssimo Ministro Moreira Alves:

“Finalmente, a terceira questão: **‘São os judeus uma raça?’**”

Isso é uma questão particularmente sensível, especialmente desde a época de Hitler. Ele falava da magistral raça ariana. Hitler considerava os judeus parte de uma raça sub-humana, que deveria ser exterminada. **A verdade é que os judeus não constituem uma raça.**

Autenticamente a maioria dos judeus é caucasiana.

Todavia, nós judeus somos representados em toda a grande comunidade racial. Não temos somente judeus caucasianos, mas também judeus orientais e judeus negros.

Quando eu era capelão judeu na Coreia, encontrei vários coreanos que eram judeus. Reconhecidamente, não eram judeus natos. Todavia, depois de convertidos ao judaísmo tornaram-se autenticamente judeus como qualquer pessoa nascida numa família totalmente judaica.

[...] Assim, **se nós judeus não somos uma raça, o que somos nós?** Nós não somos uma nacionalidade, porque nós somos representados em quase todas as maiores nacionalidades do mundo. Há judeus americanos, judeus franceses, judeus russos, judeus turcos, judeus gregos, judeus italianos, judeus mexicanos, etc. Então, o que somos nós?

A melhor definição de judeus que eu encontrei é esta do Dr. Mordecai M. Kaplan: **‘Nós judeus somos um povo com uma desenvolvida civilização religiosa’**. Sim, nós somos mais do que um grupo religioso. Nós judeus somos uma comunidade com religião no seu núcleo essencial. Nós também temos línguas como o ‘Yiddish’. Nós temos alimentos, como peixe ‘gefilte’. Nós temos danças, como a ‘hora’. Nem o ‘Yiddish’, nem o peixe ‘gefilte’, nem a ‘hora’ têm natureza religiosa. Todavia são elementos da civilização judaica. Em resumo, **nós judeus somos parte de uma entidade religiosa, mas muito mais do que isso.**¹¹⁵ (grifo nosso)

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Habeas Corpus. HC 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.** [...]. Rel. Min. Moreira Alves. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Julgado em 17 set. 2003. Dje: 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 18 mar. 2023.

Esse trecho, portanto, retrata parte dos argumentos favoráveis que judeus não sejam considerados uma raça, mas um povo com determinado cunho religioso. O Min. Moreira Alves, portanto, entendeu que o paciente não poderia ser condenado pelo crime de racismo, haja vista que tenha entendido que os judeus não são uma raça. Por outro lado, acreditara o ministro relator que o paciente incorrera no crime de atos de discriminação, porém, nesse caso, o delito já estaria prescrito, razão pela qual concedeu a segurança. Assim, nas palavras do ministro relator:

Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.

E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14.11.91 e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31.10.96, decorreram mais de quatro anos.

Em face do exposto, defiro o presente ‘habeas corpus’ para **declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.**¹¹⁶ (grifo nosso)

Assim, o Ministro relator não avançou na questão do abuso, em si, à liberdade de expressão. Se ateuve, portanto, à questão da tipificação da conduta e sua respectiva prescrição. Em seguida, o julgamento foi suspenso em razão de um pedido de vista do Min. Maurício Corrêa. De volta o HC a julgamento em abril de 2003, o Min. Maurício Corrêa abriu a divergência no Plenário. O Ministro considerou, por sua vez, que a publicação dos livros pelo paciente deve ser considerada crime de racismo e não apenas atos de discriminação. Nas palavras do Ministro:

Daí a apropriada conclusão de Izidoro Blikstein, professor titular de Semiótica e Linguística da USP, de que antissemitismo é uma forma de racismo, exatamente por contrapor em sua filosofia duas raças, uma tida por superior à outra. Lembra a observação do historiador Raul Hilberg, de que ‘a singularidade do nazismo reside no fato de ter utilizado o anti-semitismo para a construção de sua doutrina racista e de ter praticado literalmente tal doutrina,

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Habeas Corpus. HC 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.** [...]. Rel. Min. Moreira Alves. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Julgado em 17 set. 2003. Dje: 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 18 mar. 2023.

com a criação dos campos de extermínio'. Por isso mesmo a Enciclopédia Ilustrada Oxford situou a ação dos nazistas alemães como marcante exemplo do que seja racismo e suas graves consequências”

[...] **Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus**, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.¹¹⁷ (grifo nosso)

Portanto, o Min. Maurício Corrêa considerou serem os atos praticados pelo paciente crimes de racismo, por entender que, em essência, os conteúdos produzidos pelo impetrante tinham como objetivo segregação social, ou seja, índole racista. Assim, faz uma análise constitucional atinente à liberdade de expressão do caso concreto em seu voto:

Parece-me evidente, por outra via, que o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem. A Constituição Brasileira o reitera em várias passagens, não sem razão, deixando consignada sua condição de preceito fundamental (CF, arts. 1º, II; 3º, IV; 4º, II e VIII; 5º, *caput*, I, XLI). A efetiva aplicação desses postulados, e a conseqüente defesa dos direitos humanos, deve ser buscada obstinada e intransigentemente, sob pena de rui-se a própria democracia, sendo o combate ao racismo, em seu sentido amplo, fator decisivo para a consecução desse objetivo fundamental.

O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto as demais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. **O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em próprio meio social.**

[...] **penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela**

¹¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Habeas Corpus. HC 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.** [...]. Rel. Min. Moreira Alves. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Julgado em 17 set. 2003. Dje: 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 18 mar. 2023.

própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte).¹¹⁸ (grifo nosso)

Assim, o Ministro entende o ato do paciente como ato racismo e não apenas discriminatório, passa a analisar a outra questão do pano de fundo do debate - a colisão entre princípios de direitos fundamentais à liberdade de expressão do paciente e a dignidade da pessoa humana dos alvos dos conteúdos discriminatórios. Faz-se, portanto, necessário nos reportamos, mais uma vez, às palavras precisas do Ministro em seu voto, que servirão de base teórica para os Ministros que o acompanharam - tese vencedora no referido julgamento:

Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, *caput, in fine*). **A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o ‘direito à incitação ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.**

E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma **ponderação jurídico-constitucional**, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada **‘concordância prática’**, a que se refere a doutrina.

Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.¹¹⁹ (grifo nosso)

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Habeas Corpus. HC 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.** [...]. Rel. Min. Moreira Alves. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Julgado em 17 set. 2003. Dje: 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 18 mar. 2023.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Habeas Corpus. HC 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.** [...]. Rel. Min. Moreira Alves. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Julgado em 17 set. 2003. Dje: 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 18 mar. 2023.

Aí, então, o Ministro revela a importância que se tem uma manifestação e, assim sendo, possíveis consequências. Fato que enseja a interpretação constitucional da limitabilidade da liberdade de expressão. Um princípio constitucional que merece relevância nessa altura do debate é a unicidade da CF/88. A Constituição, quando de sua interpretação ou aplicação, deve ser ponderada de todo. Ela possui uma lógica normativa. Analisá-la, portanto, de forma segmentada, seria reduzir o alcance normativo da Constituição, quanto, em verdade, deve-se ampliá-lo, haja vista a posição hierárquico-normativa do texto constitucional.

Dito isso, o Min. Maurício Corrêa, que abriu a divergência, entendeu que o paciente teria incorrido no crime de racismo, imprescritível, e assim, a liberdade de expressão não reveste tais publicações de legitimidade constitucional. Adiante ao voto do Min. Maurício Corrêa, o Min. Gilmar Mendes pediu vista ao processo. Na mesma sessão, o Min. Celso de Mello pediu para antecipar seu voto. Assim, o Min. Celso de Mello acompanhou a divergência aberta pelo Min. Maurício Corrêa e enfatizou em seu voto que há apenas uma raça - a raça humana - e evidenciou a importância do julgamento ora em análise. Nas palavras do Ministro:

Hoje, portanto, muito mais do que a realização de um julgamento - e de um julgamento **revestido** de significação histórica na jurisprudência de nosso país - **é chegado** o momento de o Supremo Tribunal Federal incluir, **em sua agenda**, seu claro propósito de afirmar os compromissos do Estado brasileiro **e de manifestar** a preocupação **desta Corte** com a questão da defesa e da preservação da causa dos direitos essenciais da pessoa humana, que traduzem valores que jamais poderão ser desrespeitados ou esquecidos. [...] **Presente esse contexto**, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos **constituem limitações externas** à liberdade de expressão, que não pode, **e não deve**, ser exercida **com o propósito subalterno** de veicular práticas criminosas, **tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.**¹²⁰

Assim, o Ministro Celso de Mello denegou a segurança, seguindo a divergência aberta pelo Min. Maurício Corrêa. Quando do voto do Min. Gilmar Mendes, ao devolver a vista, votou seguindo a divergência, para denegar a segurança, entendendo tratar-se de um crime de racismo e que tais atos não seriam acobertados pela liberdade de expressão, fomentando a tese

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Habeas Corpus. HC 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.** [...]. Rel. Min. Moreira Alves. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Julgado em 17 set. 2003. Dje: 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 18 mar. 2023.

que seria a vencedora. Vale, portanto, evidenciar um trecho de relevância ímpar quando, em seu voto, faz referência ao sopesamento principiológico entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana:

Não se desconhece, porém, que, nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do *'hate speech'*. Ressalta-se, porém, que o *'hate speech'* não tem como objetivo exclusivo a questão racial (Boyle, *Hate Speech*, cit., p. 490).

[...] **não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana.** Daí ter o texto constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI).

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 discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.¹²¹ (grifo nosso)

Dito isso, o Ministro perpassa de forma primorosa e detalhada cada etapa do sopesamento principiológico no caso concreto, qual seja, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, que merece transcrição, tendo em vista todo o exposto neste trabalho, agora, à luz do caso concreto, um princípio em prevalência de outro, respeitado o núcleo essencial do direito fundamental restringido:

Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a decisão condenatória atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade.

É evidente a **adequação** da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Habeas Corpus. HC 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.** [...]. Rel. Min. Moreira Alves. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Julgado em 17 set. 2003. Dje: 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 18 mar. 2023.

constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII).

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja **necessária**, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.

Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de idéias que atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra judeus. Ainda assim, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena, razão pela qual também aqui a decisão atende ao princípio da ‘proibição do excesso’.

A decisão atende, por fim, ao requisito da **proporcionalidade em sentido estrito**. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo 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, é 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.¹²²

O Ministro Gilmar, em seu voto, põe em evidência sua vocação ao magistério. Seu voto, detalhado e preciso, evidencia os principais aspectos atinentes ao julgamento. Com isso, ele - o Min. Gilmar - seguiu a divergência aberta pelo Min. Maurício Corrêa e votou no sentido de denegar a segurança ao paciente. Durante o julgamento, o Min. Ayres Britto apresentou uma questão de ordem relevante, apesar de não ter sido acolhida pelos demais ministros. Em seu voto de mérito, o Min. Ayres Britto seguiu o relator, no sentido de conceder a segurança ao paciente, entendendo que, mesmo tratando-se de conteúdo antissemita e discriminatório, tais atos estariam balizados pelo direito fundamental à liberdade de expressão, de pensamento.

O Min. Ayres Britto, cujo enlevo de sua sensibilidade é marca evidente em seus votos, propõe ao debate uma divergência fundada e sensata - que segue, no aspecto da ausência da prática de racismo, a mesma linha do Ministro Relator, Moreira Alves e do Min. Marco

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Habeas Corpus. HC 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.** [...]. Rel. Min. Moreira Alves. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Julgado em 17 set. 2003. Dje: 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 18 mar. 2023.

Aurélio, mas aprofunda seu voto em outros pontos relevantes do julgamento. Isso porque ele aprofunda o entendimento a respeito da liberdade de expressão ao caso concreto. Apesar de alguns conteúdos reprováveis editados, produzidos pelo paciente, o ministro entende ser seu direito manifestar tais opiniões. Esse é o primor da liberdade de expressão. Em seu voto ele afirma, que a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade.

No seu entendimento, o fato de o paciente transcrever seus pensamentos em livros não o torna uma conduta discriminatória, mas figura no plano do pensamento. Para ele há diferença da vida vivida e da vida pensada. Manifestar, por sua vez, o pensamento, em seu entendimento, se diferiria da prática de incitar, incentivar tais atos. Para o Ministro, o paciente não incitou a violência ao manifestar tais opiniões. Ainda, o Min. Ayres Britto entendia ser possível a concessão da segurança de ofício, haja vista que, em sua análise, os fatos pelo paciente praticado seriam anteriores à legislação que o incriminaria - a Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990. Em suas palavras na questão de ordem suscitada:

[...] nem o órgão promotorial de 1ª instância, nem os assistentes da acusação, nenhum desses atores processuais originários fez a prova de que o delito em foco se materializou **no lapso de vigência do dispositivo legal invocado na denúncia como incriminador da conduta do réu, agora paciente.**
 [...] **o que resulta é a falta de demonstração da anterioridade da primeira em relação às demais.**¹²³

Portanto, não haveria punibilidade, fator essencial para incorrê-lo em crime. O Ministro defendeu, ainda, que a Lei constante na denúncia do acusado, ora paciente, a Lei nº 8.081/90, não dispunha sobre a proibição de venda de livros. Conduta, portanto, tipificada *a posteriori* na Lei nº 9.459/97, que tipificou: “Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos, propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo”¹²⁴ - §1º do art. 20 da referida Lei, posterior, então, à data dos fatos. Assim, para o Ministro, se não havia tipificação legal à conduta, tal conduta

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Habeas Corpus. HC 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.** [...]. Rel. Min. Moreira Alves. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Julgado em 17 set. 2003. Dje: 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 18 mar. 2023.

¹²⁴ BRASIL. **Lei nº 9.459/97.** Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor [...]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9459-13-maio-1997-374814-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 23 mar. 2023.

deveria ser tida como lícita. Tudo isso em questão de ordem não acolhida pelos demais Ministros da Corte.

Quanto ao mérito, o Ministro ponderou ser relevante a questão suscitada. Votou pela concessão da segurança ao paciente por entender que ele não incorreu em conduta penalmente típica. Quanto à liberdade de expressão, estaria o paciente usufruindo dela, gozando dela, apesar de seu conteúdo. E, no seu entendimento, o paciente não chegou a incitar tais atos. Assim, seu voto, com relevantíssimos apontamentos quanto à questão principiológica já manifesta neste trabalho, o Ministro, ao decidir, se ateve a uma questão processual - manifestada na questão de ordem por ele suscitada.

Na mesma sessão a Ministra Ellen Gracie, apesar do pedido de vista solicitado pelo Min. Marco Aurélio, antecipou seu voto de forma a denegar a ordem ao paciente. Assim, acompanhou os ministros que votaram para denegar a segurança. Diante disso, não por carência de relevância dos conteúdos dos demais votos, mas pelas principais teses divergentes defendidas já terem sido exaustivamente tratadas neste trabalho, a transcrição de trechos dos demais votos se tornaria - apesar de muito expressivos e de extrema relevância - se tornaria repetitivo para os objetivos deste trabalho.

Desse modo, assim ficou o posicionamento de cada Ministro no julgamento ora em análise: A favor de conceder a segurança ao paciente o Min. Moreira Alves, relator; o Min. Marco Aurélio e o Min. Ayres Britto. Para denegar a segurança votou o Min. Maurício Corrêa, o Min. Celso de Mello, o Min. Gilmar Mendes, o Min. Carlos Vellozo, o Min. Nelson Jobim, a Min. Ellen Gracie, o Min. Cezar Peluso e o Min. Sepúlveda Pertence.

No que tange ao caso concreto, este foi um dos julgados de maior relevância, sensibilidade e profundidade intelectual e cultural a qual Suprema Corte teve oportunidade de debruçar-se. Dentre os temas atinentes ao julgado, não pretendeu este trabalho aprofundar a discussão em relação ao entendimento se os judeus são ou não uma raça. Aquiesce-se, portanto, à definição deferida pela Suprema Corte quanto a esse aspecto, para, então, haver um posicionamento - não exauriente da discussão - quanto à relatividade, à limitação do direito fundamental à liberdade de expressão.

Desse modo, o julgamento ora em análise evidencia bem o organismo jurídico e judicial da jurisdição constitucional. Nesse julgamento, o STF, em sua competência interpretativa constitucional, elevou o entendimento - referência até os dias atuais - sobre o que seja racismo e o alcance de uma manifestação do pensamento. Até onde a CF/88, em sua elevada hierarquia, preserva esse direito. O STF, por julgar em colegiado, manifesta o

entendimento comum do Tribunal. Portanto, apresenta o entendimento de diferentes juristas, pensadores e mentes humanas sobre um mesmo caso.

O STF, instituição essencial na composição do Estado de Direito, demonstra sua importância neste caso concreto. Como exposto durante o trabalho, ao discorrer sobre o Estado de Direito, em que o Estado se submete ao Direito, ao princípio da legalidade, cabe ao STF em sua competência apontar, muitas vezes, o posicionamento em casos de relevância social e normativa ímpares. Muito disso ocorre pelo fato de ser o Tribunal competente para interpretar e guardar a Constituição Federal, ou a própria ordem jurídica - motivo a que veio a Constituição Cidadã.

Essa foi uma oportunidade de o STF debruçar-se sobre uma questão sensível, relevante e de muita repercussão. O caso ora em análise oportuniza conceber que a liberdade de expressão deve ser guardada, preservada, valorizada, porém, assim como os demais direitos fundamentais dispostos na CF/88. É preciso haver equivalência, equilíbrio, entre os direitos fundamentais. O Supremo tem esse papel na organização institucional nacional. A coesão e a solidez do julgamento pelo Supremo evidencia sua envergadura como Suprema Corte. Assim, insta salientar nesse estágio final do trabalho, as palavras indispensáveis de Ingo Sarlet:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava **definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e Direitos Fundamentais.**¹²⁵ (grifo nosso)

Ingo Sarlet, com destreza, sintetiza os pontos fulcrais que se tentou exprimir na esteira deste trabalho – a íntima vinculação entre Constituição, Estado de Direito e Direitos Fundamentais.

¹²⁵ SARLET, Ingo, Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 58.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num de seus muitos poemas, o Min. Ayres Britto afirma que só fica na nossa retina o que foge da nossa rotina. Os estágios da vivência humana em sociedade, altos e baixos, marcados por lutas e conquistas, sedimentaram a evolução dos seres humanos, do Estado, da sociedade. Devido à importância de cada tipo de Estado na esteira histórica - desde sua conformação mais recuada na história até a figuração atual - se fez válida a análise temporal a fim de compreender a edificação, a conformação do Estado. Hoje, ordenado pela CF/88 - o Estado de Direito. Muito foi conquistado até, segundo o Min. Luís Roberto Barroso, a ideologia vencedora do século XX - o constitucionalismo democrático.

O Estado, a democracia e o Direito - que rege e baliza o Estado Democrático- são conquistas da sociedade brasileira. O Estado, que vislumbra o bem comum do povo situado no território brasileiro, converte sua autoridade em favor dos particulares. Cabe a ele, submetido ao Direito reger, orquestrar, a sociedade que lhe integra. É um dever institucional do Estado. Além desse, outro dever do Estado é a garantia da observância dos direitos fundamentais ao particular. De outro lado, também lhe é cabida a consecução da paz social, fato que é possível pela sua submissão ao Direito, que ordena a sociedade.

A democracia, por sua vez, demonstra sua relevância quando permite que os particulares tenham voz e sejam ouvidos em suas vontades mais latentes. O ponto focal da decisão em favor do todo, da sociedade, compete, hoje, direta e indiretamente - via representantes -, ao povo o poder de decisão. O ecoar sublime da vontade popular é garantido pela democracia. A pluralidade de ideias, de pensamentos e de posicionamentos, em convívio harmônico num mesmo ambiente social é o que determina haver uma democracia. O estágio derradeiro da democracia é a imposição direta ou indireta de ideias, de posicionamentos e, até, de pensamentos. Erguer o domínio das ideias, via censura prévia, portanto, é incompatível com um ambiente democrático, mas aliado a um ente autoritário.

Enfatiza-se: a pluralidade de ideias num convívio harmônico e civilizado significa democracia. Salienta-se, ainda, que a pujança democrática tem valor em razão da Constituição Federal de 1988 que, quando da sua promulgação, inaugurou uma nova ordem jurídica no Brasil e instituiu como organização jurídico-política o Estado Democrático de Direito. O Direito, portanto, nesse cenário, figura como piloto do princípio da legalidade, que, por sua vez, vincula

o Estado. Por isso, então, o chamado Estado de Direito. Valorizar, portanto, as conquistas sociais, jurídicas e materiais é um dever de todos que compõem esse Estado de Direito.

É, portanto, nesse ambiente que transita, que figura a liberdade de expressão. Entendida como cláusula geral, a partir do ensinamento do professor Ingo Sarlet, entende-se liberdade de expressão de forma a englobar todas as outras espécies de liberdade de expressão previstas na CF/88. Fato é que a liberdade inaugura o texto constitucional, ao constar expressamente em parte dos incisos do art. 5º da CF/88, apesar de haver consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de que os direitos fundamentais não se restringem ao título II da CF/88.

A liberdade, sobretudo a liberdade de expressão, é uma garantia fundamental. A CF/88 incentiva e enobrece tal direito. Não busca este trabalho minimizar tal direito, pelo contrário - busca defendê-lo. Ocorre que nenhum direito fundamental é absoluto, ou seja, é passível de restrição. Como visto durante este trabalho, ao Direito cabe a importância de garantir a paz social, a ordem e a harmonia. Assim, a restrição de um direito fundamental - em análise a liberdade de expressão - é um fator de garantia da própria liberdade, haja vista o resguardo de outros direitos fundamentais quando de um abuso da liberdade de expressão.

A liberdade de expressão, por sua vez, é pressuposto de um ambiente democrático, de um Estado de Direito. O STF - apesar de se ter escolhido apenas um julgado da Suprema Corte para análise neste trabalho - se apresentou, desde a promulgação da CF/88, liberal em relação à liberdade de expressão. Fato é que o limite, a restrição a um direito fundamental, à liberdade de expressão, só é possível na oportunidade de colisão com outro ou outros direitos fundamentais. Como visto, os direitos fundamentais não possuem hierarquia normativa entre si. Ainda, possuem um amplo grau de abstração, ou seja, maior abrangência normativa.

Note-se, inclusive, que a própria restrição a um direito fundamental, no caso à liberdade de expressão, se dá para garantir a observância de outros direitos fundamentais, que possuem igual relevância. É nesse contexto, portanto, que, dentre as características dos direitos fundamentais, a característica da limitabilidade dos direitos fundamentais mereceu relevância. Ocorre que, quando de uma restrição a um direito fundamental, há que se observar a chamada teoria do limite dos limites. Quando de uma restrição a um direito fundamental, tal direito não pode ser aniquilado, exterminado juridicamente ao ponto de perder sua essência normativa. É preciso preservar, portanto, seu núcleo essencial.

Diante de uma restrição a um direito fundamental, portanto, deve-se observar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. No caso concreto - HC 82.424/RS - o Min. Gilmar Mendes faz essa análise de forma detalhada e significativa, o que

demonstra o cuidado que se deve ter quando da restrição de um direito fundamental. Assim, revelou-se importante a análise do caso concreto, que permite observar

A censura prévia, rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 130, ganha reforço no julgamento do HC 82.424/RS. Assim, o que se defende neste trabalho é que a liberdade de expressão é resguardada pela Constituição Federal, que enobrece o usufruto desse direito fundamental. De igual maneira, a Constituição prevê em sua esteira normativa a possibilidade de retaliação jurídica nas hipóteses em que o titular do direito fundamental à liberdade de expressão abusa desse direito e, assim, passa a atingir outros direitos fundamentais. Não há razão, portanto, para censura prévia nem para uma supressão, via legislação, da liberdade de expressão. Havendo, todavia, a presença de um fato jurídico em que se verifica o abuso da liberdade de expressão, este merece a expressiva resposta jurídica prevista na Constituição e na legislação infraconstitucional, a fim de garantir a ordem no Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental Alemã**. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Os direitos fundamentais e suas gerações. **R. bras. Est. const. - RBEC I**, Belo Horizonte, ano 16, n. 50, jul./dez.2022.

ARISTÓTELES. **A Política**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BARBOSA, Ruy.1932 apud. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BARREIROS NETO, Jaime. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

BARROSO, L. R. A democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil. **CEBRI-Revista: Brazilian Journal of International Affairs**, v. 1, p. 33-56. 2022. p. 34-35.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Atena, 2017.

BOBBIO, Norberto; MORRA, Nello (Coords.). **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.479, de 12 de agosto de 1997**. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor [...]. Lei nº 9.479/1997. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9459-13-maio-1997-374814-publicacaooriginal-1-pl.html>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 130/DF**. Rel. Min. Ayres Britto. Lei De Imprensa. Adequação Da Ação. Regime Constitucional Da "Liberdade De Informação Jornalística", Expressão Sinônima De Liberdade De Imprensa. A "Plena" Liberdade De Imprensa Como Categoria Jurídica Proibitiva De Qualquer Tipo De Censura Prévia.[...] Argte: Partido Democrático Trabalhista (PDT); Argdo: Presidente da República, Congresso Nacional. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). **Habeas Corpus. HC 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA**. [...]. Rel. Min. Moreira Alves. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Julgado em 17 set. 2003. Dje: 19 mar. 2004.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 18 mar. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Geraldo de Ulhoa, **De statu civitatis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DROIT, État de. **Rechtsstaat et Rule of Law**. Paris, Dalloz, 2002.

ÉDITO de Caracala. Wikipedia, 13 ago. 2016. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%89dito_de_Caracala. Acesso em: 2 mar. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **O poder constituinte**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. volume I. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. Paris: Assembleia Nacional, 1789.

GETTEL, Raymond G. **História de las ideas políticas**. v. 1. México: Nacional, 1951.

GUEDES, Néviton. **Regras constitucionais não admitem juízo de ponderação**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-21/constituicao-poder-regras-constitucionais-nao-admitem-ponderacao>. Acesso em: 18 de mar. de 2023.

HUGO, Victor. **Os Miseráveis**. Edição Especial. São Paulo: Martin Claret, 2014.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Albatroz, Buenos Aires, 1954.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

- MATTOS, Pompeo de. **Projeto de Lei (PL) nº 473/2017**. Acrescenta artigo ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal [...]. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2AAEE404745935625030F87181CE8B45.proposicoesWebExterno2?codteor=1641437&filename=Avulso+-PL+9554/2018 . Acesso em 2 abr. 2023.
- MENDES, Gilmar Ferreira; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira; FILHO, João Trindade Cavalcante. **Manual didático de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MENEZES, Anderson de. **Teoria Geral do Estado**. 8. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2016.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Ediouro, 1996.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- SARLET, Ingo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SILVA, Ênio Moraes da. O Estado democrático de direito. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 167, p. 215, jul./set., 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**, 22. ed. Malheiros. 2007.