



**Ministério da Educação
Universidade Federal de Roraima
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
DISCIPLINA: DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL**



ESTUDO DE CASO. LIMITES E PREPONDERÂNCIAS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO:

Casos relevantes da jurisprudência do STF e da Suprema Corte Americana¹

Leandro Gomes da Silva²

Mayara Rodrigues Lima³

Wellington Victor da Silva Vieira⁴

Coordenador do artigo: *Prof. Dr. Edival Braga*⁵

Trabalho escrito com finalidade de avaliação na Disciplina de Direito Processual Constitucional, ministrada pelo Professor Dr. José Edival Vale Braga.

SUMÁRIO. Considerações iniciais. 1 Primeira Emenda e o pragmatismo dos *founding fathers*. 2 Liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988. 3 Caso *Brandenburg vs. Ohio*. 4 Caso *Ellwanger Habeas Corpus* 82.424/RS. 5 *New York Times vs. United States*: o confronto com o interesse público. 6 Liberdade de Imprensa nas decisões do STF. 7 Contextualização dos limites e das preponderâncias da liberdade de expressão. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como objeto a liberdade de expressão a partir do estudo de relevantes decisões prolatadas no direito norte-americano e no direito brasileiro, dentro do âmbito de suas respectivas Supremas Cortes. Para tanto, inicialmente, analisar-se-á a previsão constitucional dos referidos institutos nas ordens jurídicas em estudo. Nessa linha, perscrutar-se-á o contexto estadunidense, considerando a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos e o pragmatismo dos *founding fathers*. Passa-se, então, à análise do contexto brasileiro, pelo preceito fun-

¹ O artigo passou por uma revisão gramatical realizada pelo ChatGPT em 2025, de modo que foi mantida a originalidade do conteúdo do artigo.

² Acadêmico do 9º Semestre do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). E-mail: leandro_gomes_dasilva@hotmail.com.

³ Acadêmica do 9º Semestre do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). E-mail: lima.rodrigues.mayara@gmail.com.

⁴ Acadêmico do 9º Semestre do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Roraima (UFRR). E-mail: wellingtonvictordasilva@hotmail.com.

⁵ Professor de Direito Processual Constitucional da Universidade Federal de Roraima - UFRR

damental contido no art. 5º, inciso IV, V, IX, XII e XIV e em capítulo específico nos artigos 220 a 224, da Constituição Federal. Em seguida, far-se-á uma análise das limitações trazidas a esse direito de primeira geração, através de questões como discurso de ódio, com destaque para o caso americano *Brandenburg vs. Ohio* e o caso brasileiro *Ellwanger* (*Habeas Corpus* 82.424/RS). Por outro lado, serão debatidos os dissídios nos quais houve a preponderância da liberdade de expressão, em especial em casos que envolveram a liberdade de imprensa e outros temas correlatos, a partir dos julgados *New York Times vs. United States*, ADIN 4451, o qual decidiu sobre a relação humor e processo eleitoral, e ADPF nº 130, referente à Lei de Imprensa. Por fim, considerando as interpretações dadas pelos referidos órgãos do Poder Judiciário, problematizar-se-á os limites fixados nessas decisões para o referido direito fundamental bem como suas preponderâncias frente a outros princípios.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. STF. Suprema Corte Americana. Limitações e preponderâncias.

Abstract: This objective scientific paper analyzing the freedom of expression from the decisions handed down relevant study on American law and Brazilian law, within the scope of their respective Supreme Courts. Therefore, first, it will analyze the constitutional provision of such institutes of legal systems under study. In this line, peer It will be the American context, considering the First Amendment to the US Constitution and the pragmatism of the founding fathers. One passes then to analyze the Brazilian context through the fundamental precept contained in art. 5, IV, V, IX, XII and XIV and in particular chapter in Articles 220-224 of the Constitution. Then it will be to analyze the limitations brought to this right of first generation through issues such as hate speech, highlighting the American case *Brandenburg vs. Ohio* and the Brazilian case *Ellwanger* (*Habeas Corpus* 82424 / RS). In addition, disputes will be discussed in which there was a preponderance of freedom of expression, particularly in cases involving freedom of the press and other related topics, from the *New York Times* judged vs. *United States*, ADIN 4451, which decided on the mood and relationship electoral process, and ADPF No. 130, referring to the Press Law. Finally, considering the interpretations, given by those of the judiciary organs, will be questioning the limits laid down in those decisions for that fundamental right and it's a predominance against other principles.

Keywords: Freedom of expression. STF. US Supreme Court. Limitations and a predominance.

Considerações iniciais

A liberdade de expressão é alçada à categoria de direito de primeira dimensão dos direitos humanos, a partir das lutas dos indivíduos contra o Estado Absolutista, a fim de se conseguir liberdade. Assim, há de se observar que o instituto jurídico em comento constitui pedra de toque do Estado Democrático de Direito e alicerce sobre o qual o pluralismo se substancia-liza.

De acordo com Mendes e Branco (2015, p.263), liberdade de expressão é:

[...] um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos... Incluem-se

na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem etc.). O grau de proteção que cada uma dessas formas de se exprimir recebe costuma variar, mas, de alguma forma, todas elas estão amparadas pela Lei Maior. Compreender os fundamentos que se designam como justificativa para a proteção da liberdade de expressão é útil quando se enfrentam problemas relacionados com o âmbito normativo desse direito básico.

Por seu turno, Bernardo Gonçalves Fernandes (2013, p.375), acrescenta que:

Por liberdade de pensamento e de manifestação entendemos a tutela (proteção) constitucional a toda mensagem passível de comunicação, assim como toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer temática, seja esse relevante ou não aos olhos de interesse pública, ou mesmo dotada – ou não – de valor.

Diante de tais ponderações, a presente pesquisa busca analisar, em casos concretos, os limites impostos e possíveis a este preceito fundamental, diante do fato de que nenhum direito é absoluto. Por outro lado, é possível existir hipótese que esse direito se sobreponha a outros, conforme se verá.

Com efeito, a pesquisa descreverá a previsão constitucional do direito em análise, no contexto da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos e a relação com o pragmatismo dos *founding fathers*. Em relação à ordem jurídica brasileira, tem-se o preceito fundamental contido no art. 5º, inciso IV, V, IX, XII e XIV e em capítulo específico nos artigos 220 a 224, da Constituição Federal.

Ademais, serão tecidas considerações sobre relevantes decisões das respectivas Supremas Cortes, ressaltando as limitações trazidas pelo discurso de ódio e os casos de preponderância da liberdade de imprensa, com destaque para os casos americanos *Brandenburg vs. Ohio* e *New York Times vs. United States*. No tocante à jurisprudência nacional, por seu turno, tomam relevo os casos *Ellwanger* (Habeas Corpus 82.424/RS), ADIN 4451 e ADPF nº 130.

Por fim, de forma crítica, serão analisados os limites fixados nessas decisões para o referido direito fundamental, assim como as hipóteses de sua preponderância frente a outros direitos, de modo a problematizar questões importantes do Estado Democrático de Direito.

1 Primeira Emenda e o pragmatismo dos *founding fathers*

De início, destaca-se o papel histórico desempenhado pelo direito de liberdade de expressão no contexto da Independência dos Estados Unidos da América. Na verdade, a luta das Treze Colônias foi basicamente por liberdade contra o jugo da Inglaterra.

Nesse sentido, a Constituição Norte-americana de 1787 foi promulgada com apenas sete artigos, tendo poucas previsões sobre direitos individuais, uma vez que criou-se um governo com poderes limitados, em tese sem poderes para cometer violações às liberdades individuais.

Desta forma, a liberdade de expressão só veio a ser protegida com a Bill of Rights, isto é, o conjunto de Dez Emendas à Constituição dos Estados Unidos, foi exigência de alguns dos Estados para ratificarem a Carta Magna da recém formada república.

Conforme observa João Carlos Souto (2015, p. 107):

[...] duas décadas antes eles (ainda na condição de Colônias) haviam se rebelado contra a Coroa Inglesa justamente em busca de Liberdade, no sentido mais amplo que a palavra possa significar, de modo que uma Constituição que não assegurasse essa prerrogativa contrariava tudo aquilo pelo qual haviam lutado, contrariava, acima de tudo, a crença nos valores supremos de um governo democrático e limitado.

Ademais, destaca-se, nesse contexto, o pragmatismo trazido pelos *founding fathers*, ou seja, os pais ou homens fundadores compreendidos como “todos aqueles que tiveram participação ativa na elaboração do Texto Constitucional” (SOUTO, 2015, p. 108). Ora, o receio que a população tinha de um governo central era de que ele abusasse do poder e deturpasse o sentido de liberdade e de democracia a qual tinham lutado tanto.

Desse modo, surgiu a Primeira Emenda, a qual assim dispõe:

O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou cercear a liberdade de expressão ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos⁶.

Observa-se que tal dispositivo surgiu com o fim de evitar a censura prévia, assim como garantir o direito daqueles que desejavam fazer críticas ao governo recente governo central instaurado, diferente do sistema imposto pela Coroa Inglesa, punia os súditos por difamação sediciosa.

Logo, a importância da liberdade de expressão é traumaticamente marcada pela memória colonial, uma vez que a Inglaterra adotava práticas repressoras extremas, como a lei

⁶ Tradução dada por BOCHI, Paullina Luise. *Liberdade de expressão e discurso do ódio: Uma análise da jurisprudência norte-americana e brasileira*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/127561/TCC%20-%20Paullina%20Luise%20Bochi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 02 de agosto de 2016.

que tornava crime publicar qualquer coisa que desrespeitasse o Estado, a Igreja ou seus representantes, chamada Lei da difamação sediciosa.

2 Liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de Brasileira de 1988 elevou a liberdade de expressão ao status de cláusula pétrea por meio do art. 60, §4º, IV pela sua importância para a consolidação de um autêntico estado democrático de direito, bem como pelo ideal de vedação da mutabilidade dos direitos e garantias fundamentais.

Nessa linha, percebe-se que esta importância se verifica pelo fato de que o Brasil estava saindo de uma longa ditadura militar, regime que simplesmente suprimiu diversos direitos fundamentais.

Ademais, há de se ressaltar o caráter substancial, programática, dirigente de seus preceitos, e o papel de garantidor dos direitos fundamentais atribuídos pelo Texto Constitucional ao Poder Judiciário, tendo o Supremo Federal a função de Guardião da Constituição (art. 102, *caput*, CF/88).

Com efeito, pode-se observar que em diversos dispositivos constitucionais há referência à liberdade de expressão. Nesse sentido, o artigo 5º, no inciso IV dispõe que é livre a manifestação do pensamento, vedando apenas o anonimato. Por seu turno, no IX do mesmo dispositivo, tem-se que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de Comunicação, independentemente de censura ou licença. Por fim, encontram-se disposições nos incisos V, XII e XIV, do referido artigo.

Por outro lado, no capítulo da Comunicação Social, o qual abrange os artigos 220 a 224, da Constituição Federal, no qual se disciplina a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

3 Caso Brandenburg vs. Ohio

A Ku Klux Klan (KKK) era uma organização que objetivava perseguir os negros recém-libertados da escravidão e seus protetores, com intuito de impedir sua integração social. Um de seus líderes, Clarence Brandenburg, foi filmado em um encontro da KKK, em uma

fazenda em Hamilton County, região no sudoeste do estado de Ohio, proferindo um discurso depreciativo em relação a negros e judeus, ameaçando vingança caso o Congresso, o Presidente e a Suprema Corte continuassem reprimindo os brancos, a etnia caucasiana.

Posteriormente, partes do vídeo foram divulgadas em canais de televisão locais e nacionais. Desta forma, o Estado de Ohio acusou Brandenburg por violar o Ohio's Criminal Syndicalism Statute, de 1919, o qual tornava ilegal, entre outras condutas, a de reunir voluntariamente qualquer sociedade, grupo ou assembleia de pessoas para ensinar ou advogar a doutrina do sindicalismo criminoso.

Brandenburg foi condenado em Hamilton County, sendo que apelou para a Suprema Corte de Ohio, questionando a violação da Primeira Emenda e Décima Quarta Emenda pela Ohio's Criminal Syndicalism Statute, no que diz respeito à liberdade de expressão. Contudo, a Corte rejeitou seu apelo sem sequer exprimir opinião ou conclusões, por entender que não havia questões constitucionais substanciais no caso.

Inconformado com a decisão, o condenado interpôs recurso para a Suprema Corte Americana, que reverteu a condenação, em decisão *per curiam*, ou seja, proferida em si pela Corte, não apenas tomando um juiz.

A Suprema Corte entendeu que a simples defesa abstrata de atitudes ilegais ou do uso da força não tem o condão de causar a violação da liberdade de expressão e de imprensa, as quais são garantias constitucionais. Ademais, acrescentou que essas ações somente devem ser reprimidas quando a suposta advocacia tiver escopo de produzir uma ação ilegal iminente.

Observa-se assim, a gênese de um critério objetivo de análise dos discursos quanto à proteção da liberdade de expressão, até então enumerado na Primeira e Décima Quarta Emenda de forma genérica.

De fato, posteriormente se reconheceu como *Imminent Lawless Action Test* (teste da ação ilegal iminente), diferenciando o mero exercício da liberdade de expressão de um verdadeiro fomento à ação ilegal iminente.

Desta feita, o julgamento declarou inconstitucional o *Ohio's Criminal Syndicalism Act*, em face da Primeira e Décima Quarta emendas, por não fazer separação de um simples discurso de ideias e um incentivo a uma ação ilegal iminente.

4 Caso Ellwanger (Habeas Corpus 82.424/RS)

O Ellwanger foi um industrial que após alienar seu empreendimento empresarial passou a se dedicar à escola revisionista por meio da editora Revisão Editora e Livraria Ltda., a qual fundou. O foco principal de suas obras e de outros autores de sua linha editorial era sobre fatos relacionados à Segunda Guerra.

Em suas publicações, Ellwanger tentava demonstrar uma outra imagem dos nazistas, judeus e questionava a própria Holocausto. Ele procurava expor que as verdadeiras vítimas da Segunda Guerra eram os alemães e que existiria uma conspiração judaica de dominação mundial. No entanto, suas obras eram carregadas de antissemitismo que chegava a própria ofensa degradante e repugnante de um povo que sofre há mais de dois mil anos.

No julgamento em primeiro grau o autor foi absolvido, tendo o Ministério Público pedido à absolvição. Todavia, os assistentes de acusação, Sr. Mauro Juarez Nadvorny e a Federação Israelita do Rio Grande do Sul, interpuseram manejo recursal de apelação. Em segundo grau, TJ/RS, houve o provimento recursal no qual houve a condenação. Foi impetrado HC no Superior Tribunal de Justiça, o qual foi negado. Então foi impetrado Habeas Corpus a Corte Suprema.

No STF, a defesa utilizou fundamentação para o HC no sentido de que os judeus não estariam abrangidos no conceito de raça e, com isso, não seria um crime imprescritível conforme o prescrito no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição, pois tal atributo ficou adstrito ao crime de racismo a ação de grupos armados contra à ordem constitucional. Assim, deferia ser deferido o *wirt*. Por isso, objeto inicial do HC foi a celeuma sobre o conceito de raça.

O relator originário, Min. Moreira Alves, em seu pronunciamento, votou pela concessão do remédio heroico com o reconhecimento da extinção da punibilidade. No entanto, o epicentro de discussão mudou quando Ministro Sepúlveda Pertence suscitou a questão de que o livro estava servido como instrumento para “incitar”⁷, o que levou a discussão a avançar para o campo da liberdade de expressão.

O próximo a expor o voto foi Ministro Maurício Corrêa, Presidente na época, que discordou por meio da fundamentação de que liberdade de expressão não é um direito cujo atributo seja a incondicionalidade. Devendo tal direito ser exercido harmonicamente com os demais direitos fundamentais, devendo, no caso, preponderar o direito de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação dos livros sobre o “direito à incitação do racismo”, con-

⁷ O que em tese era o fato típico previsto na Lei 7.716/1989: Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97). Pena: reclusão de um a três anos e multa.

forme o prescrito no art. artigo 5º, § 2º, primeira parte. No caso concreto, os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e a igualdade prevaleceram.

Quanto ao pronunciamento do Ministro Celso de Melo, este votou pelo indeferimento, argumentando que no caso em questão não existe colisão de direitos fundamentais. Isso porque, segundo o Ministro, os princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade constituem limites em relação à liberdade de expressão.

No que tange a Gilmar Mendes, este discorreu sobre o discurso de ódio, deste modo:

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, depois de discorrer sobre o racismo e concluir que o antissemitismo está abarcado nesse conceito, é o primeiro que fala expressamente em discurso do ódio, ao relacionar o racismo e a liberdade de expressão. O Ministro entende que a preocupação das sociedades democráticas com a incitação à discriminação racial no exercício da liberdade de expressão levou ao desenvolvimento de uma doutrina a respeito do discurso do ódio; ressaltando que o “hate speech” (discurso do ódio) é bastante abrangente e não tem como objetivo exclusivo a questão racial. (BOCHI, Paullina Luise. Liberdade de expressão e discurso do ódio. op. cit., p. 33)

Além disso, Gilmar Mendes conclui que o paciente não era revisionista histórico, mas sim divulgador de ideias que atentam contra o ser humano e a essência de sua dignidade como pessoa judia. Sendo que, tais obras não representavam simples discriminação, mas uma própria incitação à odiosidade e violência ao povo judeu.

Em linha contrária foram os Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto, que votaram pelo deferimento. Este fundamentou que a liberdade de expressão seria um direito absoluto compreendendo que o paciente do HC estava no exercício de sua atividade de expor suas ideias por meio de livros.

Em relação ao Ministro Marco Aurélio, se voto assentou no fundamento de que houve uma colisão de direitos fundamentais, na qual deveria prevalecer a liberdade de expressão, pois ela é essencial para a construção uma sociedade democrática e que os piores acontecimentos históricos ocorreram quando houve restrições a este direito. Isso porque a correria o risco de que o pensamento oficial seria apenas o da ideologia da vontade da maioria, não permitido um pensamento autônomo. Alegando que as publicações não tinha o cordão de resultar num perigo de extermínio do povo judeu.

Por fim, a maioria dos ministros entenderam que deviam preponderar no caso o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, de modo que se limitou a liberdade de expressão no que se refere ao discurso de ódio⁸.

⁸ HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de ideias pre-

conceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrime com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentiva-

5 New York Times vs. United States: o confronto com o interesse público

Outro importante julgado da Suprema Corte dos EUA, o caso em epígrafe demonstra-se relevante pelo contexto preponderante histórico e político que permearam os votos. Nesse sentido, o dissídio foi importante por ressaltar o confronto do interesse público, representado pela segurança nacional, e a liberdade de expressão, por meio do direito à imprensa, assim como considerando o acesso à informação.

Com efeito, é mister destacar que a Guerra do Vietnã (1955-1975) foi muito marcante para a sociedade norte-americana, uma vez que gerou inúmeros protestos sociais e dividiu as opiniões da população, porquanto houve o considerável montante de cerca de 50 mil soldados norte americano mortos no conflito⁹.

O contexto de Guerra Fria e as repercussões mundiais da guerra, em especial pela crítica da atuação dos soldados americanos com a utilização de armamentos pesados contra civis indefesos, ajudaram a acalorar as discussões sobre o envolvimento dos Estados Unidos no supramencionado conflito bélico, motivos que fizeram com que o país saísse da guerra no ano de 1969.

Diante de toda a celeuma instaurada, o debate retoma em proporções jurídicas, vez que, em 1971, o jornal *New York Times Co.* resolve divulgar uma série de documentos do Pentágono, o qual revelavam a atuação do país no confronto do Vietnã. Ressalta-se que tais documentos foram classificados como ultrassecretos pela Administração Pública.

Considerando o fato supramencionado, o *Attorney General*¹⁰, ajuizou uma espécie de ação cautelar visando restringir a publicação do restante dos documentos, a qual foi prontamente atendida pelo juízo de primeiro grau. Ocorre que, no dia seguinte à decisão, a matéria

ram 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 reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524).

⁹ SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2ª Ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 101.

¹⁰ Conforme explica SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: op. cit.*, p. 104: “nos Estados Unidos exerce, a um só tempo, as prerrogativas que no Brasil são deferidas ao Procurador-Geral da República, ao Advogado-Geral da União e ao Ministro da Justiça”.

acabou vazando e sendo divulgada por outros jornais, de modo que a questão foi levada a Suprema Corte.

No decorrer do julgamento, basicamente dois posicionamentos se destacaram. De início, sendo favorável a limitação das informações pela imprensa, manifestou-se o Ministro Burger. Em síntese, os seus argumentos resumiam a assegurar o papel de que é o Estado quem deve definir quais os documentos são classificados como secretos, a fim de garantir o efetivo funcionamento do Governo.

Além disso, acrescentou que nenhum direito é absoluto, valendo-se do exemplo dado pelo lendário Ministro Holmes. Trata-se da hipótese de um cidadão poder gritar fogo em um auditório cercado de indivíduos, somente para garantir o seu direito à liberdade de expressão.

Já defendendo a preponderância do direito à liberdade de expressão e de imprensa, ganhou relevo o voto do Ministro Black. Este ressaltou a função essencial do direito em commento para uma democracia, na medida em que a população deve ser conhecedora e fiscalizadora das atividades do Estado.

Ademais, ressaltou o papel histórico da Primeira Emenda e o pragmatismo dos *founding fathers*¹¹, *in verbis*:

Na Primeira Emenda, os Pais Fundadores proporcionaram à liberdade de imprensa a proteção que ela necessitava para cumprir seu papel essencial em nossa democracia. A imprensa era para servir os governados, não os governantes. O poder do Governo em censurá-la restou abolido de modo que ela pudesse permanecer para sempre livre para censurar o próprio governo. A imprensa foi protegida de modo que ela pudesse desnudar os segredos governamentais e, por conseguinte, informar o povo. Somente uma imprensa livre e sem restrições é capaz de efetivamente demonstrar os equívocos do governo [...] Em minha opinião, longe de merecer condenação pela sua corajosa reportagem, The New York Times e o Washington Post, e outros jornais, deveriam ser condecorados por servir aos propósitos definidos claramente pelos Pais Fundadores. Ao revelar a atividade governamental que conduziu à guerra do Vietnã, os citados jornais atuaram de forma nobre e precisa, como os esperavam e confiavam que eles fizessem¹².

Por fim, a tese do Juiz Hugo Black foi seguida pela maioria, com votação de 6 a 3, entendendo que o governo não foi capaz de comprovar a relevância do sigilo dos documentos, tendo a liberdade de imprensa preponderado neste caso.

6 Liberdade de Imprensa nas decisões do STF

¹¹ Sobre o assunto, conferir o capítulo primeiro deste artigo, no qual o tema é abordado com mais profundidade.

¹² SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos*: op. cit., p. 108.

Conforme pontua Carlo José Napolitano (2015, p. 24): “reconhece-se ainda que a liberdade de expressão está intimamente ligada à democracia. A liberdade é um dos valores fundamentais da democracia”. Nessa linha, observa-se que a liberdade de imprensa também não foge a regra, porquanto é corolário indispensável do referido direito.

Por isso, o STF foi instado a decidir questões importantes relacionados a essa liberdade. De plano, o primeiro tema enfrentado foi os do limite do humor no período eleitoral, através da ADIN 4.451, proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), a qual preteava a declaração de inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 45, da lei 9.504/97 (Lei Eleitoral)¹³.

Com efeito, a referida norma veda a vinculação de sátiras, charges e programas humorísticos que retratassem questões políticas ou os próprios candidatos, durante o período eleitoral.

Diante do fato supramencionado, decidiu o Pretório Excelso referendar a decisão liminar concedida pelo Ministro Carlos Ayres de Britto, considerando o humor como imprensa, bem como considerando a importância da crítica e da opinião no momento de votação dos candidatos, prevalecendo assim a liberdade de expressão¹⁴.

¹³ Os diapositivos questionados dispõem que: A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: II – usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

¹⁴ Em síntese, decidiram os ministros que: “Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. [...] não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal [...] a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. [...] A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. [...] Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frase e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística”. Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos do Estado. [...] A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura.” (NAPOLITANO, Carlo José. Liberdade de imprensa no Supremo Tribunal Federal: análise comparativa com a Suprema Corte dos Estados Unidos. v. 38, n.1, jan./jun. São Paulo: Intercom – RBCC, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/interc/v38n1/1809-5844-interc-38-01-0019.pdf>>. Acessado em: 17 de agosto de 2016).

Outro julgamento importante sobre o tema, a ADPF nº 130, enfrentou a questão da recepção ou não da Lei de Imprensa. Neste julgado, o Supremo reconhece o “caráter antidemocrático (ou não democrático) de inúmeros dispositivos da referida Lei, elaborado durante o regime militar” (FERNANDES, 2013, p. 383).

Nesse sentido, marcantes foram as restrições trazidas pelo regime de Ditadura Militar que se instalou no Brasil, a partir de 1964, o qual chegou ao ápice do cerceamento dos direitos civis e políticos com o AI-5.

De fato, a referida normativa não mais se coadunava com o modelo de Constituição e de Estado Democrático do país instaurado com a CF/88, vez que a liberdade de expressão deve se obstar apenas aos preceitos dispostos na Constituição, a fim de garantir as informações necessárias e a transparência do próprio governo.

7 Contextualização dos limites e das preponderâncias da liberdade de expressão

Em relação à definição das balizas da liberdade de expressão, é necessário um olhar mais acurado sobre o julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS, porquanto, de início, foi preciso superar a concepção de que seria um direito de natureza absoluta e que poderia ser exercido a todo custo, como ficou evidente no voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

Ocorre que, tratá-lo como um direito absoluto, como defendiam alguns ministros no caso em análise, é um grande perigo, posto que uma obra carregada de preconceito e ódio seria simplesmente vista como materialização da liberdade de expressão e não como um crime que afronta os valores mais essenciais do homem.

Há de se levar em conta o fato do homem viver em sociedade, ou melhor, de sua existência na verdade ser a coexistência entre os indivíduos, ante a natureza gregária humana, sendo que, assim, deve este saber respeitar os direitos de outrem como próprio consectário lógico de se viver em coletivo. O direito só surge através da interação dos indivíduos, relação esta que deve ter limites para ambos.

Nesta feita, toma relevo às ponderações feitas pelo Ministro Marco Aurélio, o qual admitiu a existência de uma colisão entre liberdade de expressão e a dignidade do povo judeu, pois considera que o primeiro é essencial para um Estado Democrático de Direito. Argumentando que o pior que a humanidade viveu ocorreu quando este direito tão fundamental foi limitado.

Frise-se, a conotação de supremacia da liberdade de expressão é perigosa, pois não separa o direito do ódio e crime, criando uma situação perigosa na qual tal “liberdade” seja utilizada como instrumento para propagar o ódio contra um povo que sofre há séculos.

Assim, ao se fixar limites à liberdade de expressão, é mais fácil distinguir o que exercício de um direito fundamental de um discurso de ódio, como o presente nos livros antisemitas. Isso foi suscitado pelo Ministro Gilmar Mendes como uma preocupação da sociedade moderna.

Tais limites foram traçados pelas questões levantadas pelo Ministro Celso de Mello, que entendeu corretamente que a liberdade de expressão não estava colidindo com a dignidade do povo judeu nem com o princípio da igualdade. Mas sim, haveria limites a tal liberdade, o que no caso em comento foram os dois princípios referidos.

Além disso, o julgador expôs de forma clara o próprio fundamento de uma sociedade realmente democrática, isto é, o respeito ao próximo e sua dignidade com tratamento igualitário, complementando que um direito fundamental não poderia ser usado como instrumento para propagação do ódio e o cometimento de crimes.

No entanto, tal limitação deve ser cuidadosamente “calculada”, pois uma sociedade democrática tem como um de seus fundamentos a pluralidade de pensamento, devendo-se não desnaturar um direito tão fundamental e importante para a derrubada de tiranias e consolidação de democracias.

Nessa linha, pode-se fazer um paralelo com o caso *Brandenburg v. Ohio*. Nessa linha, o referido julgamento demonstra ser relevante por ser um divisor de águas em relação à liberdade de expressão e o discurso de ódio, na medida em que define quando o Estado pode intervir, com objetivo de punir os discursos que estimulem ações ilegais.

Há muito se necessitava de um objetivo, de um princípio definidor, profícuo a distinguir os casos de mera exposição de opinião, consectários lógicos do direito de expressão, dos verdadeiros discursos estimuladores de ações ilegais, tal como feito pelo STF no julgamento anteriormente comentado.

Assim, diferentemente do que foi utilizado nos casos anteriores em que abordava-se se a mensagem do discurso continha uma tendência nociva, ou mesmo o perigo que ele representava, definiu-se com a reforma da condenação de *Brandenburg* que os critérios são a) uma ação iminente; b) a probabilidade dessa ação ser produzida; e c) a intenção de causar iminentemente essa ilegalidade.

A relevância da intenção do agente, bem como a necessidade da probabilidade da ação iminente foi o destaque da decisão, o que antes era punido por pura abstração agora ne-

cessita critérios objetivos. Não há que se falar no perigo abstrato, mas em probabilidade de uma ação concreta.

No que tange as preponderâncias da liberdade de expressão, mais especificamente na liberdade de imprensa, na jurisprudência norte-americana, o célebre caso *New York Times vs. United States*, há de se considerar dois pontos.

O primeiro diz respeito ao contexto político, derivado de toda a problemática social do envolvimento do EUA na Guerra do Vietnã. Nesse ponto, é preciso questionar se não fosse um fato de tamanha comoção para a sociedade estadunidense, teria a Suprema Corte revelado documentos militares secretos? Será que não foi uma decisão pontual, tomada pelo simples fato das duras divisões da opinião pública?

Por outro lado, um segundo ponto merece destaque. Nesse sentido, de fato, considerando a ideia dos pais fundadores (*founding fathers*) da República, o qual permeia e fundamenta a própria existência da Primeira Emenda, a liberdade de expressão parece ser um valor importantíssimo, de modo que sua preponderância deve ser feita na maioria dos casos, prevalecendo sobre o interesse do Estado.

Deste modo, “quando se confronta liberdade de imprensa e interesse do Estado, interesse público, para ser mais específico, há uma tendência natural de se escolher a primeira opção” (SOUTO, 2015, p. 109). Entretanto, não se pode esquecer que de um lado, a soberania é do povo, portanto cabe a este os instrumentos profícuos para se manter bem informado, participando ativamente das decisões do governo, fiscalizando a atuação estatal.

A despeito disso, por outro lado, o Estado, como unificador do poder e como órgão responsável por garantir o interesse público, pode elaborar atos normativos que não firam os direitos, aos quais, por questões de segurança nacional, devido o caráter disseminador das informações na sociedade contemporânea, exigem o sigilo¹⁵.

Não há, desta forma, uma regra fixa e fria, a qual determine sempre prevalecer a liberdade de expressão. O que há, na verdade, é um indicativo de que a liberdade de expressão tem seu papel histórico, reforçado pelos próprios pais fundadores, o qual não deve ser esque-

¹⁵ Importante questão, que é aqui não será objeto de estudo por ainda não ter sido enfrentada pela Suprema Corte Americana, diz respeito à forma discricionária com que as autoridades brasileiras determinam os documentos como sigilosos. Nesse diapasão, há de se considerar os princípios constitucionais das transparências e os avanços jurídicos trazidos pela Lei nº 12.527/2011, denominada Lei de Acesso à Informação. Caso concreto que despertou interesse pela mídia foi o fato de a Secretaria da Segurança manter o mapa de policiamento em sigilo, mesmo após decreto do Governador do Estado. Mais informações disponível em <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,secretaria-da-seguranca-mantem-mapa-de-policiamento-em-sigilo-apos-decreto,1788431>>. Acessado em 25 de agosto de 2016.

cido sempre quando o referido princípio estiver em confronto com outros preceitos constitucionais

Nessa linha, manifesta-se a literatura acadêmico-jurídica que:

Em linhas gerais (abstraindo-se o caso específico), ambos os *Justices* – Burger e Hugo Black – têm razão em suas observações acerca da Primeira Emenda. A Liberdade de imprensa é sagrada, verdadeiro alicerce da Democracia. Por outro lado, não existe direito absoluto, e não se pode desconsiderar a relevância da segurança nacional.

Assim, haverá sempre uma linha tênue, porquanto nenhum direito é absoluto, devendo o intérprete, nesse caso buscar uma saída garantir sempre a máxima aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Por seu turno, o STF, no julgamento das ADIN 4451 e pela própria ADPF nº 130, pareceu se manifestar nesse sentido, vez que em tais julgados, apesar de haver o sopesamento dos valores constitucionais em conflito, optou o Supremo por garantir a liberdade de imprensa, como corolário indispensável da democracia.

Entretanto, cabe questionar o fato de se aceitar a crítica humorística no período eleitoral, a qual historicamente no Brasil é dotada de exacerbado cunho jocoso, repercutindo ideias preconceituosas e que ferem a dignidade dos candidatos, sem contar o viés claramente político-ideológico de que se valem, muitas vezes defensores do partido contrário. Será que se não tivéssemos a cultura de desmerecimento dos políticos, vindos desde a colonização, herdada dos portugueses, seriam permitidas tais críticas tão ofensivas e partidárias?

Por outro lado, não deixam de ter razão os Ministros quando afirmam que não se pode ter censura prévia da imprensa, ainda mais no período em que mais a população necessita de informações para decidir a votação.

A saída desse conflito, frise-se está em garantir sempre o direito a liberdade de expressão, desde que se fixe limites mínimos, encontrados na própria constituição, como os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Contra tais direitos, deverá a liberdade, por não ser absoluta, ser restringida.

Considerações finais

A liberdade é um dos direitos mais importantes para a sociedade contemporânea ocidental. A maioria das disputas bélicas e civis da história foi para resguardá-la, porquanto está na própria essência do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, cabe ressaltar que existe, em termos abstratos, uma predileção por optar por este princípio, quando ao enfrentamento a outros preceitos que tendem mitigá-lo, devido o seu caráter histórico, ressaltado nesta pesquisa tanto pelos pais fundadores do direito estadunidense, quando pelo constituinte brasileiro, ainda traumatizado por uma ditadura militar.

Assim, há casos que o próprio interesse público não conseguirá prevalecer sobre o direito à liberdade de imprensa, tendo em vista ser corolário do próprio direito de liberdade de expressão, garantidor máximo dos direitos civis e políticos.

Ocorre que, nenhum direito é absoluto, de modo que o enfrentamento de questões de colisão de direitos fundamentais, feita sempre no caso concreto, poderá levar a hipóteses em que esse direito será limitado, como no caso do discurso de ódio, porquanto prevalecerão os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Logo, é preciso a análise de cada caso, mas desde já não se pode esquecer que o direito fundamental em apreço tem um aspecto político e histórico, devendo a sua interpretação, limitação e prevalência, sempre tê-lo como parâmetro para o julgamento no caso concreto.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BOCHI, Paullina Luise. *Liberdade de expressão e discurso do ódio: Uma análise da jurisprudência norte-americana e brasileira*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/127561/TCC%20-%20Paullina%20Luise%20Bochi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 02 de agosto de 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucio-*

nal. 15^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NAPOLITANO, Carlo José. *Liberdade de imprensa no Supremo Tribunal Federal: análise comparativa com a Suprema Corte dos Estados Unidos*. v. 38, n.1, jan./jun. São Paulo: Intercom – RBCC, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/interc/v38n1/1809-5844-interc-38-01-0019.pdf>>. Acessado em: 17 de agosto de 2016.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2^a Ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.