

OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE IMPRENSA: POSSIBILIDADES DA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

*Lucas Catib Laurentis**

Sumário: 1 Introdução. 2. Regras e princípios: as novas fronteiras do direito constitucional. 3 O valor democrático da liberdade de expressão. 4 Os limites dos limites: critérios de ponderação de princípios constitucionais. 5 Considerações finais.

Resumo: O debate a respeito dos limites da liberdade de expressão não é recente, mas sua importância é crescente em decorrência do desenvolvimento dos meios de comunicação em massa e de sua relevância para a sociedade contemporânea. Este trabalho busca discutir esse tema utilizando parâmetros do direito comparado e critérios empregados pela doutrina para realizar a ponderação de direitos fundamentais. Com isso não se pretende encontrar todos os limites constitucionais da liberdade de imprensa, mas simplesmente demonstrar que é possível encontrar soluções jurídicas para os conflitos em que este direito fundamental esteja envolvido.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade de imprensa. Princípios e regras constitucionais. Ponderação normas constitucionais.

* Graduado em direito pela PUC-SP e filosofia pela USP, especialista em direito constitucional pela PUC-SP, mestrando em direito constitucional na USP.

1 Introdução

Desde a concepção da forma de estado liberal no século XVII, a liberdade de expressão é tema central da concepção da forma de estado democrático. E a experiência de países que tenham enfrentado ditaduras autoritárias, sejam elas militares ou civis, aguçam a importância teórica e prática desse tema. A democracia brasileira construída após 1985 se enquadra nesse contexto. A Constituição Federal brasileira de 1988 nasceu depois de mais de duas décadas de ditadura militar, período em que a imprensa sofreu grande constrangimento e intervenção. Na abertura democrática fez-se pender os termos de tal disputa para o lado oposto. Em um desses movimentos pendulares característicos da história, o poder constituinte de 1988 fez constar na nova Carta que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5º, IV). Interpretada em sua literalidade, essa assertiva parece significar que, desde que identificado o autor, não é possível restringir a manifestação de pensamento. Seguir-se-ia de tal interpretação que todas as disposições da Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que regulam a responsabilidade pelo abuso da liberdade de imprensa, estariam revogadas ou, mais precisamente, não teriam sido recepcionadas pela nova ordem constitucional.¹

Essa foi a interpretação esposada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130. No voto condutor desse julgado, o Ministro Aires Brito buscou argumentar, nesse sentido, que a liberdade de pensamento e imprensa são conceitos centrais ao regime democrático de direito. Por isso, não refutou, tal ministro, a recepção de quaisquer das normas que constavam na Lei de Imprensa. Contudo, ao que parece, tal interpretação não pode ser aceita acriticamente. Ao contrário do que sustentou esse ministro, o fato incontestável de dita lei ter sido promulgada durante um período autoritário, não compromete a potencial utilidade democrática de seus preceitos. Por isso, era perfeitamente possível encontrar preceitos em tal diploma legal, que poderiam legitimamente regular a atividade imprensa brasileira. Outros certamente não foram recepcionados pela ordem constitucional brasileira de 1988. Mas essa consequência não decorre tão só do fato de tais preceitos restringirem, em maior ou menor grau a atividade comunicativa. Essa será uma consequência da restrição e inobservância do conteúdo mínimo

¹ Esse foi o pedido formulado pelo PDT em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar em Arguição de Desrespeito de Preceito Fundamental n. 130-7/DF, Relator Min. Carlos Ayres Brito).

dos direitos e liberdades inerentes às atividades ligadas à manifestação do pensamento. É exatamente o caso do art. 15, b, da Lei de Imprensa, segundo o qual quem “publicar ou divulgar notícia ou informação sigilosa, de interesse da segurança nacional, desde que exista, igualmente, norma ou recomendação prévia determinando segredo, confidência ou reserva” será submetido à pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos de detenção. Como esse dispositivo torna toda a atividade comunicativa potencialmente criminosa, pois condiciona sua imputabilidade simplesmente à existência de deliberação da autoridade interessada no sigilo, será impossível não concluir que tal dispositivo era incompatível com a Constituição Federal de 1988. Com efeito, se tal norma fosse considerada válida, bastaria ao Estado brasileiro editar normas regulamentares para tornar absolutamente sem efeito a garantia constitucional do art. 5º, IV, da Constituição Federal: “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”.

A discussão pormenorizada de tais temas não será abordada nesse ponto do trabalho. Posteriormente, eles serão devidamente discutidos. Mas desde já é preciso observar que as posições jurisprudenciais e teóricas que sustentam, seja o caráter absoluto, seja a completa relatividade da liberdade de imprensa, são inaceitáveis. Há uma contradição muito grande em tal debate. Ambas, quer a posição democrática que louva a liberdade, quer a posição autoritária, que a critica, buscam fundamento no caráter democrático dessa garantia constitucional. O que não é possível perceber em nenhuma dessas posturas extremas é que a liberdade de imprensa, como todos os direitos fundamentais inseridos em um contexto de tensão pela distribuição equânime de liberdades e direitos no interior do regime democrático de direito, pode e deve ser restringida em função do contexto e dos interesses que estiverem em jogo. Assim, se o exercício da liberdade de imprensa chegar, em determinadas circunstâncias, ao ponto de ferir direitos também constitucionalmente protegidos, como a honra e a moral individual, será preciso concluir que o que era um instrumento da democracia tornou-se um fator de opressão. É perfeitamente possível que tal contradição se faça presente. A imprensa tornou-se, em muitos casos, um grande conglomerado de empresas que visam lucros indiscriminados. Para obtê-los seria lícito à imprensa passar por cima de pessoas, preferências, ideologias? Mesmo um doutrinador liberal como Ronald Dworkin apressa-se em negar tal possibilidade.² Não é possível, segundo a formulação deste autor, exigir-se de grupos menos favorecidos

2 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 497 e s.

o sacrifício de direitos legítimos em favor do interesse da maioria, seja qual for este interesse.

A questão que deve ser posta e analisada por este trabalho, portanto, é anterior à acerca dos limites da liberdade de imprensa. Como tal indagação encerra um conflito concreto de direitos fundamentais, ambos constitucionalmente protegidos e igualmente importantes para a realização do estado democrático de direito, este artigo deverá abordar as formas e propostas de superação desse conflito de interesses parciais. Os interesses contrapostos podem ser variados. De um lado sempre estará o interesse abstrato à livre manifestação do pensamento, enquanto no lado oposto poderá se encontrar a intimidade, a honra, a moralidade ou até mesmo a dignidade. O próprio Dworkin chegou exemplificar uma situação em que o direito à dignidade entra em conflito com a liberdade de imprensa.

Foram registrados vários assassinatos por envenenamento hospitalar no Estado de Nova Jersey nos anos de 1965 a 1966. Na época, não foi encontrado nenhum suspeito. Só em 1978, após uma série de artigos escritos pelo repórter do New York Times Myron Farber, chegou-se ao indiciamento e julgamento do Doutor Mário Jasclevich. O advogado de defesa requisitou que lhe fossem entregues as provas coletadas por Farber, mas o juiz da comarca entendeu que as provas deveriam ser entregues ao próprio juízo. Farber recusou-se a entregar as provas e, por isso, foi acusado de contumácia. Tampouco o New York Times atendeu à requisição judicial, suportando, por isso, pesadas multas. Foram então interpostos recursos para o Tribunal estadual com base no direito ao sigilo da fonte (assegurada por uma lei estadual) e na primeira emenda da Constituição Americana.³ Todos foram improvidos.

De um lado, Farber exerceu seu direito constitucionalmente assegurado de livre investigação e expressão jornalística. Sem sua contribuição, o caso em tela nunca teria sido resolvido. Por outro lado o Dr. Jasclevich tinha direito a um julgamento justo que lhe assegurasse a ampla defesa e a possibilidade de provar sua própria inocência. Trata-se, portanto, de um

3 Dita Emenda constitucional tem o seguinte teor: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”. Na tradução proposta por Vidal Serrano Nunes Júnior: “É vedado ao Congresso estabelecer qualquer religião de Estado ou proibir o livre exercício de qualquer culto e restringir a liberdade de palavra ou de imprensa, os direitos dos cidadãos de se reunirem pacificamente e o de apresentarem petições ao governo para reparação de injustiças” (NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: Editora FTD, 1997, p 48).

caso em que o direito ao livre exercício da atividade jornalística entra em conflito direto com outro direito fundamental. Como resolver tal conflito? Esse trabalho dedica-se à análise dessa questão.

2 Regras e princípios: as novas fronteiras do direito constitucional

Em sede de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal do Estado de São Paulo face às emissoras de televisão Record e Rede Mulher, a juíza federal Marisa Cláudia Gonçalves Cucio concedeu direito de resposta a diversas associações de afro-descendentes – entre outras o INTECAB (Instituto Nacional de Tradição e Cultura Afro-Brasileira). Sob o patrocínio da Igreja Universal do Reino de Deus, as ditas emissoras de televisão veiculavam programas televisivos em que entrevistados formulavam opiniões injuriosas a respeito de religiões de origem africana. A decisão proferida determinou que os meios de comunicação acionados deveriam exibir, durante sete dias consecutivos, no mesmo horário em que eram exibidos os programas da Igreja Universal, um programa-resposta de uma hora de duração e também anunciar a transmissão do programa ao longo de sua programação regular. Contra tal decisão foi interposto um agravo de instrumento distribuído para a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, sob a relatoria da Desembargadora Federal Consuelo Yoshida.

Tal recurso tratava de diversas questões processuais que extrapolam o tema deste trabalho. Nele, são tratados, dentre outros temas, a incompetência da Justiça Federal para tratar tal matéria, a decadência do direito de resposta e a falta de interesse do órgão ministerial. Todas objeções rituais que foram prontamente afastadas pela referida desembargadora.⁴ Já quanto ao mérito de tal demanda, afirmou a desembargadora que relatou o caso o seguinte:

Ainda que se alegue que a exibição dos programas aqui questionados insere-se no uso da liberdade de expressão e crença, garantidas constitucionalmente, é certo que referidas garantias não são absolutas, e, portanto, devem conviver

4 O Superior Tribunal de Justiça acolheu, no entanto, a tese de que a liminar em questão tinha cunho satisfativo e que seu cumprimento geraria danos irreparáveis ou de difícil reparação. O Ministro César Asfor Rocha foi enfático em sua decisão, na Medida Cautelar 10.883/SP, ao sustentar que “A decisão impugnada revela evidente cunho satisfativo e a possibilidade de sua execução imediata poderá acarretar dano de difícil reparação às requerentes possibilidade de sua execução”. Caberia perguntar se o dano causado pelas emissoras à cultura e à identidade dos afro-descendentes não é também irreversível. Se positiva a resposta não haveria por que cassar, como foi feito, a tutela antecipada concedida pela justiça federal de São Paulo.

em harmonia com as demais garantias asseguradas constitucionalmente. Como bem analisou a magistrada de primeiro grau: é importante que se esclareça que não se trata de censura à liberdade de expressão, mas sim de aplicação do princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas protegidas pela Carta Magna.⁵

A necessidade de se estabelecer a concordância prática dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição é o argumento central da passagem acima citada. No entanto, não há qualquer referência à técnica que deverá ser utilizada para tanto.

Há duas formas de se equacionar uma situação de aparente conflito de direitos fundamentais: a ponderação de princípios e a concreção de direitos.⁶ Ponderam-se princípios constitucionais que, em abstrato, são deveres *prima facie* de realização de direitos, mas que, em concreto, se encontram em conflito normativo. Após a ponderação dos princípios em conflito, uma regra, determinada pela precedência condicionada pelas condições incidentes no conflito,⁷ poderá ser aplicada ao caso concreto.⁸ Delineia-se, assim, a principal diferença

5 DJU, 09 de dezembro de 2005, p. 664.

6 Como observa Virgílio Afonso da Silva, não há compatibilidade entre as duas formas de harmonização de direitos, pois, enquanto a técnica da ponderação de direitos impõe o sopesamento de princípios contrários aplicáveis a um suporte fático amplo, a técnica da concreção, cujo principal expoente é Friedrich Muller, parte da noção de plano normativo, mas restringe o conteúdo normativo da norma – ou seja, seu conteúdo de dever-ser – a um âmbito fático determinado. Este trabalho voltará a analisar tal ponto quando tratar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da liberdade de imprensa. Quanto a isso, cabe conferir o que sustentou Virgílio Afonso da Silva: “a concretização da norma, seguindo os procedimentos da teoria estruturante, restringe o conteúdo de dever-ser de cada direito fundamental, porque delimita seu âmbito normativo [...]. O suporte fático de cada direito fundamental é bastante restrito”. (SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: “**Interpretação constitucional**”. SILVA, Virgílio Afonso (org.), 1ª ed., 2007, p.138).

7 Em uma das formulações dadas por Robert Alexy, a regra de precedência condicionada de princípios tem o seguinte conteúdo: “A solução da solução da colisão consiste mais em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indica as *condições* nas quais um princípio precede o outro. Em outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente” (Tradução livre). (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos e constitucionales, 2001, p. 92). A este respeito, conferir o seguinte texto de Wilson Steinmetz: STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. (In: “**Interpretação Constitucional**”, Virgílio Afonso da Silva (coord.), São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 11 a 52).

8 Quanto a isso afirmou Wilson Steinmetz que a “lei de colisão, segundo Robert Alexy, não só é importante porque descreve a estrutura lógica da solução da colisão, mas também porque indica o que precisa ser fundamentado: o resultado que se alcança com a ponderação. Em outros termos,

das noções de princípios e regras constitucionais. Princípios são comandos normativos que, quando analisados sob um problema concreto, em determinadas situações entram em conflito com outros princípios. Regras, por sua vez, são comandos normativos que são aplicados ou não conforme sua validade abstrata. Sendo assim, não há conflito abstrato entre princípios. Esses conflitos ocorrem apenas no plano concreto. O conflito abstrato, de regras, será resolvido com base nos critérios de revogação e aplicação das regras específicas ao caso concreto.

Essa distinção de princípios e regras é aquela que se convencionou chamar distinção lógica. Sua origem remonta à crítica formulada por Ronald Dworkin ao positivismo jurídico de H. L. A. Hart. O cerne do argumento de Dworkin é provar que julgadores não têm completa discricionariedade ao decidirem casos que não se ajustam a regras jurídicas pré-determinadas. A noção de princípio como comando normativo aplicado conforme o peso, ou importância, de circunstâncias do caso concreto é, portanto, segundo esse autor, a prova de que o positivismo jurídico não explica plenamente a atividade jurisdicional. Esse argumento é explicitado por Dworkin na seguinte passagem:

Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões.⁹

Trata-se, portanto, de uma distinção de padrão de aplicação. Regras são aplicadas na forma de “tudo ou nada”, pois, “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.¹⁰ Já princípios são comandos normativos que, na falta de

o resultado da ponderação pode ser formulado como uma regra – uma regra de precedência ou preferência (de cuja generalização resulta a *lei de colisão*) que expressa uma relação de precedência condicionada – sob a qual se subsume o caso concreto”. (STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais, in “**Interpretação Constitucional**”. SILVA, Virgílio Afonso da (coord.), São Paulo, Malheiros, 2007, p.37).

9 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo, Martins Fontes. 2007, p. 36.

10 *Ibid.*, p. 39.

regras particulares para resolver determinado caso concreto, devem ser levados em conta pelas autoridades como razões que inclinam sua decisão numa ou noutra direção.¹¹

No Brasil, poucos autores formulam a distinção de princípios e regras nesse sentido. Pelo contrário, é comum a referência, no direito brasileiro, da célebre passagem em que Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão”.¹² Em sentido semelhante, Luiz Roberto Barroso afirmou que “as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema”.¹³

Nessas passagens são usados dois critérios para identificar o que seja um princípio jurídico. Celso Antônio Bandeira de Mello se utiliza do critério da fundamentalidade das normas jurídicas. Assim, princípios são normas superiores que organizam um sistema jurídico escalonado. Por isso, é possível esse autor afirmar que a violação de um princípio é mais grave que a violação de uma regra jurídica. Já para Luiz Roberto Barroso o maior grau de abstração é o critério identificador dos princípios face às regras jurídicas. É certo que há nessas afirmações muito mais do que meras opções pessoais de tais autores. Pelo contrário, elas derivam de uma compreensão global do sistema jurídico característica da dogmática, brasileira.¹⁴

11 Ibid., p. 42.

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17.Ed., São Paulo: Malheiros 2004, p. 807; SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 24 Ed., 2005, p. 91.

13 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva 2003, p. 153.

14 A característica fundamental desta dogmática é o culto pelo positivismo jurídico. Esta é uma doutrina enraizada no pensamento jurídico brasileiro de tal maneira que, mesmo autores progressistas como Luiz Roberto Barroso ou Eros Roberto Grau não se desvencilharam dela completamente. Na seguinte passagem de seu **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, Eros Roberto Grau deixa clara a dubiedade em que se encontra a moderna doutrina constitucionalista brasileira. Diz o autor que sua exposição “se afasta do positivismo legalista, que supõe que seja o direito um sistema fechado, continente de todas as soluções demandáveis tendo em vista a harmonização, ou organização, de conflitos. [...] Não obstante, se entendemos que o acatamento aos princípios da legalidade e do devido procedimento legal se encontra na raiz do positivismo, a exposição que desenvolvo a seguir haverá de ser tida, ainda, como expressão de um positivismo, um positivismo adequado aos particularismos da realidade social” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63).

Tais compreensões têm certamente como pressuposto fundamental a valorização da Constituição da República. Ao se afirmar que princípios são mais importantes que regras, o alvo da crítica dos autores citados é a recorrente interpretação da Constituição em conformidade com as leis ordinárias. Essa crítica denuncia, portanto, uma frequente inversão de valores: visando respeitar leis ordinárias, desrespeita-se a Constituição, que é a norma fundante da ordem jurídica democrática.

No entanto, ao se estender tal compreensão para casos que envolvam a colisão de direitos constitucionalmente protegidos, problemas teóricos graves são gerados e decisões equivocadas podem ser tomadas. Para ilustrar essa hipótese, considere-se o seguinte caso hipotético. Suponha-se que uma lei X proteja a liberdade de imprensa, o que a Constituição também faz em termos genéricos em diversos dispositivos. Já uma lei Y protege a liberdade de convicção e culto, incriminando a discriminação de minorias religiosas e étnicas, valores que também são protegidos pela Constituição.¹⁵ Nenhuma dessas leis será inteiramente inconstitucional, mas nenhuma delas também será completamente constitucional. Seria, afinal, possível afirmar que a lei X é inteiramente inconstitucional por implicitamente autorizar o desrespeito do direito constitucional de respeito às identidades minoritárias? Ou, de forma inversa, seria possível dizer que, ao salvaguardar interesses minoritários, a Lei Y limitou de forma inconstitucional a liberdade de imprensa? Obviamente, a resposta a essas questões deve ser negativa. Por isso, em hipóteses que envolvam a colisão de princípios constitucionais, é inviável apelar para a fundamentalidade dos preceitos em conflito para determinar qual a precedência das normas envolvidas. Ou seja, em casos que envolvam conflitos de princípios constitucionais, as normas envolvidas poderão ser parcialmente afastadas por regras aprovadas pelo legislador infraconstitucional. Com efeito, uma das prerrogativas reservadas a esse Poder em Estados democráticos é a possibilidade de decidir em casos de dúvida acerca da melhor decisão jurídica possível no caso concreto. Afinal, se em tais conflitos, ambos os princípios aplicáveis ao caso tem a mesma relevância constitucional, caberá àquele poder dotado de maior legitimidade democrática a prerrogativa de escolher o princípio a ser aplicado. Obviamente, se essas regras não existirem, caberá à autoridade judiciária competente a determinação do princípio aplicável ao caso. Isso prova que, ao contrário do que os autores brasileiros citados consideram, casos que envolvam

¹⁵ Formulo hipótese similar ao caso citado anteriormente para que a plausibilidade do argumento seja reforçada.

colisões de princípios constitucionais não admitem a utilização de critérios de diferenciação que apelem para a fundamentalidade das normas jurídicas envolvidas. Ou seja, esses conflitos não é permitido que princípios e regras sejam diferenciados em função da fundamentalidade ou abstração dessas normas jurídicas. Não é tudo. Como, nesses conflitos, os interesses contrapostos são calcados em princípios constitucionalmente protegidos, não é possível afirmar que tais princípios são mais importantes que as regras infra-constitucionais a eles atreladas. Afinal, toda regra aplicada em casos específicos e determinados decorrerá da determinação, que leva em consideração situações fáticas e jurídicas determinadas,¹⁶ dos princípios constitucionais que também sejam aplicáveis.¹⁷ Uma decisão polêmica da Suprema Corte norte-americana ilustra como esse tipo de compreensão pode gerar decisões equivocadas.

No Estado de Ohio, foi televisionado um encontro do conhecido grupo racista americano Ku Klux Klan em que Clarence Brandenburg, um dos líderes do grupo, proferia palavras de ordem contra negros e judeus. Brandenburg foi condenado, por incitar e advogar a violência, a dez anos de prisão e multa. A sentença foi confirmada pelo Tribunal do Estado de Ohio, mas a Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu esse julgamento. A decisão da Suprema Corte partiu de uma interpretação literal do texto da Primeira Emenda da Constituição norte-americana, para concluir que não seria possível aos órgãos de governo limitar a liberdade de imprensa. O juiz William Douglas afastou precedentes em que a Suprema Corte responsabilizou líderes comunistas com base na doutrina do “perigo claro e imediato” (*clear and present danger*), concluindo então que “questões de convicção estão além do alcance de decisões judiciais ou investigações probatórias”.¹⁸

Hoje o precedente de *Brandenburg v. Ohio*¹⁹ é aplicado para casos que tratem de discursos inflamados em meios de comunicação. Segundo tal orientação jurisprudencial, o mercado de ideias²⁰, a liberdade de imprensa

16 Esta é mais uma aplicação da lei geral de *precedência condicionada* formulada por Alexy. (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2001, p. 92).

17 Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2001, p. 94.

18 Tradução livre do original: “matters of belief are beyond the reach of subpoenas or the probings of investigators”

19 395 U.S. 444.

20 Segundo Gustavo Binembojm a expressão “mercado de ideias” foi cunhada por Oliver Wendell Holmes “que usou expressão semelhante em seu voto vencido no caso *Abrahms vs. United States*,

e a opinião são preceitos constitucionais que não admitem qualquer ponderação, mesmo quando outros direitos são lesados pelo seu exercício.²¹ Em *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, os juízes que integram a Suprema Corte norte-americana afirmaram que o mercado de ideias não pode sofrer qualquer intervenção, pois o debate público e a democracia seriam prejudicados pela regulação estatal dos meios de comunicação.

Contudo, julgamentos como *Brandenburg v. Ohio* demonstram como a determinação do peso dos princípios em conflito é necessária. Por considerar que a Primeira Emenda continha uma regra fundamental e insuperável, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América anulou todo e qualquer direito que conflite com a liberdade de expressão. A distinção lógica de princípios e regras proposta por Ronald Dworkin e reelaborada Robert Alexy foi certamente levaria a Suprema Corte a adotar outro entendimento. Prova disso dada pela decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso *Lebach*.²² Esse precedente envolveu um cidadão que havia sido condenado como cúmplice de um crime na cidade de Lebach, Alemanha. Após cumprir a pena privativa de liberdade, uma rede de televisão local iniciou a veiculação de um documentário acerca do crime em questão. Com fundamento no direito à ressocialização do condenado, instaurou-se, então, um processo em que se questionava a liberdade da tal rede de televisão veicular o dito documentário. A esse respeito, argumentou Alexy que:

250 U.S. 616 (1919) ‘[...] o bem maior desejado é melhor alcançado por um comércio livre de ideias [...] O melhor teste da verdade é a capacidade do pensamento de fazer-se aceito na competição do mercado’. Anos mais tarde, em 1969, no julgamento do caso *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC*, 395 U.S. 367, 390 a Suprema Corte afirmou que ‘o propósito da Primeira Emenda é o de preservar um livre mercado de ideias’. (BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação em massa, pluralismo e democracia, as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In “Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres”. Daniel Sarmento e Flávio Galdino (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 478).

21 Isso explica decisões como *Collin vs. Smith* (578 F.2d 1197), onde se decidiu que neo-nazistas tinham o direito de realizar uma marcha, portando suásticas, em vilarejo com forte presença de população judaica, e *R.A.V. vs. City of Richmond* (505 U.S. 377), em que se anulou a condenação de jovens que haviam queimado uma cruz no quintal de família de afrodescendentes. Para uma compreensão geral da jurisprudência americana acerca do tema da liberdade de imprensa ver: SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**, em <http://www.direitopublico.com.br>, acessado em 17 de janeiro de 2008.

22 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2001, p. 95.

Esse conflito, como o Tribunal chama às vezes a colisão, não é solucionado declarando inválida uma das normas, senão que, através de uma ponderação em que nenhum dos princípios – o Tribunal Constitucional Federal fala neste contexto de valores constitucionais – pode pretender uma precedência básica. Melhor ainda, haveria que decidir qual interesse deve ceder, tendo em conta a conformação típica do caso e as circunstâncias especiais do caso particular.²³

Ou seja, por envolver um embate concreto de princípios igualmente constitucionais, tal conflito não implica a declaração da nulidade de qualquer das normas nele envolvidas. Ao contrário, ele envolve unicamente a precedência condicionada de um dos princípios em conflito sobre o outro. Ou seja, dá-se maior peso a um princípio em função de sua importância argumentativa no caso concreto. Não poderia ser diferente, pois só os princípios, enquanto mandamentos de otimização, têm dimensão de peso.²⁴ Dito de outra forma:

Importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser – e frequentemente é – obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da colisão entre princípios que deve ser resolvida por meio de um sopesamento para que se possa chegar a um resultado ótimo.²⁵

Esses conceitos podem auxiliar a formular algumas conclusões acerca do caso, antes citado, que foi analisado pelo Tribunal Regional Federal da terceira Região. Em diversas passagens de sua manifestação, a

23 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2001, p. 95.

24 A decisão do Tribunal Constitucional Alemão no caso Lebach refletiu fielmente esse entendimento. Por isso foi possível ao Tribunal dividir o julgamento em duas etapas. Na primeira delas, após considerar a existência de conflito concreto de princípios constitucionais, “o Tribunal chega a uma precedência geral da liberdade de informação da emissora [...]. Essa relação de precedência é interessante porque só se estabelece uma precedência geral ou básica. Isso significa que nem toda informação atual será permitida”. (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2001, p. 95). Em um segundo momento o Tribunal “constata que no caso da ‘repetição de uma informação sobre um delito grave, que não responde já a interesses atuais de informação’ que ‘põe em perigo a ressocialização do autor’ (C2), tem precedência a proteção da personalidade (P1) frente à liberdade de informação (P2), o que no caso que tem que decidir significa que esta última está proibida”. (Ibid., p. 95). Ou seja, afirma-se, neste julgamento, ao mesmo tempo, a fundamentalidade do direito de liberdade de imprensa, e protege-se a dignidade da pessoa humana.

25 SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In “Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais”, Belo Horizonte: Del Rey, jan/jun. 2003/2003, pp. 610 e 611.

desembargadora que relatou esse precedente sustentou que nas liberdades de expressão e imprensa não é possível compreender a faculdade de insultar ou menosprezar etnias ou religiões. Mas essa asserção não é uma característica intrínseca à própria liberdade de imprensa. Na verdade, essa conclusão decorre justamente do peso argumentativo atribuído por essa juíza ao princípio da identidade étnica nesse julgamento. Por isso, seria possível que, em face de novas circunstâncias, como a contestação de interesses ou conceitos dominantes na sociedade, o princípio da liberdade de imprensa prevalecesse.

Sendo assim, a afirmação corrente de que as liberdades públicas, como o direito à livre manifestação de pensamento e à liberdade de imprensa, não são “direitos absolutos” deve ser entendida em termos bem precisos. Inequivocamente, como salienta o acórdão do Tribunal Regional Federal de São Paulo, é preciso buscar construir uma interpretação jurídica que harmonize princípios constitucionais em conflito. Essa necessidade decorre diretamente do postulado da unidade da constituição.²⁶ Daí não decorre, no entanto, que direitos fundamentais não possam ser caracterizados como “direitos absolutos”, se o adjetivo “absoluto” significa que tal direito não cede, ou não é relativizado, quando em confronto com outros direitos constitucionalmente protegidos. As decisões acima referidas da Suprema Corte dos Estados Unidos da América dão prova da possibilidade de se conferir um sentido muito largo à liberdade de imprensa.

É sim possível que direitos fundamentais, como a liberdade de imprensa, sejam ponderados e relativizados, mas esta operação teórica impõe a aceitação de duas condições. É necessário admitir que a liberdade de imprensa seja um princípio constitucional e não uma regra. Essa é a primeira condição. Não importa, para tal aferição, a avaliação do texto legal, pois o que é objeto de ponderação não é a letra da lei, mas a norma que nela se insere.²⁷ Esta observação bastaria para contestar a decisão

26 BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.197.

27 Há uma relação complexa entre disposições legais (texto) e normas. Conceitualmente, entende-se que a norma é fruto da atividade interpretativa realizada não só como fundamento do texto legal, mas também as condições históricas e sociais, os valores almejados pela lei e, por a sistemática do ordenamento jurídico. Daí pode-se afirmar que “cada disposição (legal) exprime potencialmente não já uma só norma univocamente, mas muitas normas alternativamente: tantas normas quantas possíveis interpretações conflitantes [...] não só uma norma pode ser expressa em muitas disposições, isto é, pode ser extraída de muitas disposições conjuntamente. Assim como uma só disposição pode conter muitas normas cumulativamente, uma só norma pode estar contida em muitas disposições conjuntamente”. (FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos, a honra a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Antonio Fabris

proferida pelo Justice W. Douglas em *Brandenburg v. Ohio*. Porém não é o bastante. É necessário ainda que o juiz embase sua decisão em circunstâncias que fundamentem a ponderação aplicada. Essa é a segunda condição da ponderação de direitos. Assim, a ponderação de princípios constitucionais não anula ou limita em abstrato nenhuma dessas normas. Elas continuam como deveres de otimização *prima facie*. No entanto, no caso concreto, pode-se estabelecer uma relação de precedência condicionada, o que “consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições nas quais um princípio precede o outro. Em outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada diversamente”.²⁸

Nos tópicos seguintes, serão analisadas as condições teóricas que podem condicionar tal ponderação de princípios constitucionais. Será então aferida a possibilidade de aplicar tais condições à ponderação de princípios que envolva a liberdade de pensamento e a liberdade de imprensa. Esse seria o percurso que a decisão jurisdicional, proferida pelo Tribunal Regional Federal da terceira Região, deveria percorrer para poder ser considerada teoricamente fundamentada. Da forma como foi proferida, tal decisão configura um caso exemplar de um juízo “intuicionista” acerca das condições e dos objetivos da justiça, pois nela atribui-se determinado peso, ou prioridade, a um direito sem que haja embasamento teórico ou argumentativo para tanto.²⁹

Editor, 2000, p. 84). No mesmo sentido, conferir: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 30.

28 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, p. 92.

29 . A esse respeito, afirmou John Rawls que a “A atribuição de pesos não é uma parte secundária, mas sim essencial da concepção da justiça. Se não soubermos explicar como esses pesos devem ser determinados, mediante critérios razoáveis, os meios de uma discussão racional chegaram ao fim. Pode-se dizer que uma concepção intuicionista da justiça é apenas uma concepção parcial. Deveríamos fazer tudo o que está ao nosso alcance a fim de formular princípios explícitos para o problema da prioridade, mesmo que a dependência em relação à intuição não possa ser inteiramente eliminada” (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 45).

3 O valor democrático da liberdade de expressão

Atribuir concretude e aplicabilidade aos direitos fundamentais. Esse é o paradigma e a finalidade da teoria constitucional na atualidade.³⁰ Admitindo tal premissa, diz-se frequentemente que os direitos fundamentais não podem mais ser considerados, única e simplesmente como defesas do indivíduo face ao Estado. Eles rompem, com isto, a dicotomia proposta por Jellinek entre *status negativus* individual e o *ius imperi* Estatal.³¹ O indivíduo não é mais considerado como uma abstração, mas como um ser com necessidades e características concretas. O constitucionalismo contemporâneo superou assim a fase do individualismo jurídico.³²

Tais premissas estão presentes tanto em teorias político-filosóficas, como na formulada por John Rawls, quanto no pensamento constitucional contemporâneo. Temas como a evolução do controle de constitucionalidade,³³ a eficácia dos direitos políticos e sociais ou a proteção constitucional do mínimo existencial,³⁴ atestam a importância conferida à noção de dignidade humana nos ordenamentos constitucionais. O homem como fim em si mesmo, ou seja, a noção de dignidade da pessoa humana, o valor das individualidades e das particulares necessidades humanas são conceitos que determinam o pensamento constitucional da atualidade.³⁵

30 Nas palavras de Flávia Piovesan: “A Constituição vem a concretizar, deste modo, a concepção de que ‘os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica’.” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Direito Constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 56).

31 Acerca da teoria dos direitos de defesa formulada por Jellinek em seu “*Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos*” consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 183; HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1998, p. 230 a 233.

32 Cf. SARMENTO, Daniel. *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*. In: “**Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres”. Daniel Sarmento e Flavio Galdino (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 93; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 342.

33 Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Vol. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 237 e 238.

34 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 329 e s.

35 A formulação do imperativo categórico da Segunda Seção da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* decorre diretamente da concepção do homem, ser racional, como fim em si. Ou seja, dado que “o homem é, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade [...] o imperativo prático será o seguinte:

As discussões ligadas à liberdade de expressão, seus limites, o papel do Estado na regulação da comunicação social e os deveres dos comunicadores não deixam de refletir este cenário de ideias. Hoje, a democratização dos meios de comunicação,³⁶ a limitação da liberdade de expressão e a função social da imprensa³⁷ são temas que colocam em xeque a concepção liberal da liberdade de pensamento. O respeito aos valores e a dignidade da pessoa humana e da igualdade encontra-se por detrás dessa virada teórica e jurisprudencial. Mesmo vacilante, pode-se observar em julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro a disposição dessa corte em considerar que, mais do que uma liberdade, a palavra publicada ou transmitida por meios de comunicação encerra um dever de lealdade e boa-fé. Considera-se, assim, que a liberdade de imprensa não só tem limites, mas também constitui um ônus do comunicador social. Um exemplo típico dessa orientação jurisprudencial encontra-se no julgamento do chamado caso Ellwanger.³⁸

Há algum tempo, a doutrina da função social da propriedade sustenta que, a par das limitações administrativas a que está sujeito o direito de propriedade individual, há um dever socialmente imposto ao proprietário que deve dar uma destinação social ao bem que detém. A liberdade de imprensa pode ser entendida sob a mesma ótica. O comunicador, o detentor do meio de comunicação social e todos aqueles que tenham acesso a fóruns de expressão que atinjam grande parcela da população são atores que não só gozam de uma liberdade constitucional, mas que também devem cumprir um dever perante a sociedade. Ou seja, a liberdade de imprensa também incide como um ônus e traz consigo o dever de bem informar. Nesse sentido que Gustavo Binenbojm afirmou que:

age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 1984, p. 135). Para uma crítica do caráter *egoísta* do imperativo categórico kantiano ver: SCHOPENHAUER, 2001, p. 134.

36 Cf. FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão**. Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, p. 99.

37 NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: Editora FTD, 1997, p.80.

38 HC 82.424/RS. Rel. Min. Moreira Alves, Rel. para o acórdão, Min. Mauricio Corrêa, DJ 19 de março de 2004.

É interessante notar que o constituinte brasileiro, a par de preocupar-se em banir a censura oficial, atentou também para a necessidade de evitar a censura imposta pelos próprios meios de comunicação, seja ela decorrente de motivações econômicas, políticas ou simplesmente pessoais. Daí se perceber um tratamento dispensado às liberdades de expressão e de imprensa que procura compatibilizar tanto seu aspecto defensivo (liberdade de) quanto o seu aspecto protetivo (liberdade para).³⁹

Tais considerações levam à questão do papel do Estado na regulação do mercado de ideias. A lógica utilitarista a esse respeito é a seguinte. O pensamento norteador do utilitarismo é “a de que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros”.⁴⁰ Dado que o comércio de opiniões e ideias tende a estimular a reflexão pública de questões relevantes para a sociedade, contribuindo conseqüentemente para a maximização do bem-estar geral, o utilitarista não hesita em sustentar que toda a forma de limitação à liberdade de imprensa e pensamento é injusta e, portanto, inviável em uma sociedade verdadeiramente democrática. Stuart Mill era enfático a esse respeito ao sustentar que “a verdade lucra mais com os erros de alguém que, com o devido estudo e preparo, pensa por si mesmo, do que com as opiniões verdadeiras dos que só apóiam porque não são auto-suficientes para pensar”.⁴¹

A jurisprudência brasileira é particularmente sensível a argumentos como esse. Um precedente em que se discutiu a possibilidade de a imprensa divulgar conversas telefônicas supostamente interceptadas sem autorização judicial de empresários do ramo de telecomunicação é um bom exemplo de tal tendência. Primeiramente, julgou-se improcedente a ação de indenização promovida pelos empresários envolvidos nesse caso. Sua demanda foi dirigida em face de uma conhecida revista nacional. Tais autores alegavam então que “a requerida praticou abuso da liberdade de imprensa, com invasão da vida privada, exposição da intimidade e violação da honra e é responsável pela reparação dos danos morais”.⁴² Considerou

39 BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação em massa, pluralismo e democracia, as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: “**Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**”. Daniel Sarmento e Flávio Galdino (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 490.

40 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23.

41 CAPALDI, 1974, p. 20.

42 Processo Nº 583.00.2002.042898-0, **D.O.E.** 21 de janeiro de 2008.

então o magistrado que analisou esse caso que

o assunto da conversação noticiada revela com evidência o interesse público, tanto pelas pessoas envolvidas quanto pela natureza da disputa de Grupos Econômicos em relação ao Sistema de Telefonia Nacional. Os autores, em razão das profissões e dos negócios por eles praticados, tornaram-se “homens públicos” e, portanto, sujeitos à crítica perante a opinião pública”.⁴³ Na mesma sentença sustentou que “a partir do momento em que os redatores da reportagem publicada pela requerida tomaram conhecimento dessa conversação, assumiram o dever de informação.”⁴⁴

Mais do que a prevalência do interesse público sobre o particular, tal posicionamento jurisprudencial pressupõe que direitos fundamentais do homem, tais quais a inviolabilidade das comunicações telefônicas,⁴⁵ e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada⁴⁶ serão desconsiderados sempre que o interesse à informação do público for defendido pelos meios de comunicação em massa.⁴⁷ A tese utilitarista encontra aqui seu limite de

43 Processo Nº 583.00.2002.042898-0, **D.O.E.** 21 de janeiro de 2008.

44 Processo Nº 583.00.2002.042898-0, **D.O.E.** 21 de janeiro de 2008. Em sentido absolutamente diverso, ao analisar caso semelhante que envolvia a divulgação de escutas telefônicas não autorizadas de um pré-candidato à presidência, o Supremo Tribunal Federal prolatou acórdão cuja fundamentação afirma: “peculiaridade, de extremo relevo, de discutir-se no caso da divulgação jornalística de produto de interceptação ilícita – hoje criminosa – de comunicação telefônica, que a Constituição protege independentemente de seu conteúdo e, consequentemente, do interesse público em seu conhecimento e da notoriedade ou do protagonismo político ou social dos interlocutores”. Na fundamentação de seu voto o Ministro Sepúlveda Pertence, relator do caso, afirma: “Não é possível fazer abstração de que está em causa é a licitude da publicação do fruto de interceptação telefônica – hoje, em si mesma ineludivelmente criminosa – e que afronta garantia constitucional – a do sigilo das comunicações telefônicas –, de cujo âmbito a Constituição só subtraiu aquela autorizada por decisão judicial e para fins de investigação criminal ou instrução de processo penal (art. 5º, XII)”. (MC em Pet. 2.702/RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DOU 19 de setembro de 2003).

45 Segundo o art. 5º, XII da CF: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

46 Diz o art. 5º, X, da CF serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

47 Daniel Sarmento formulou uma crítica profunda à doutrina brasileira da prevalência incondicional do interesse público sobre o interesse particular. Em suas palavras: “a solução para a colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos não é singela. A busca da solução constitucionalmente adequada deve respeitar os chamados “limites dos limites” dos direitos fundamentais, e certamente não passa por qualquer princípio de supremacia do interesse público. Aceitar que a solução destes conflitos se dê através da aplicação do princípio em referência seria, para usar a famosa expressão de Dworkin, não levar a sério os direitos fundamentais. E pode-se dizer tudo da Constituição de

compreensão. Com efeito se, por um lado, a premissa dessa doutrina que sustenta a liberdade ampla de pensamento baseia-se em uma visão igualitária dos membros da sociedade, por outro lado, o efeito do afastamento dos direitos fundamentais em função da maximização do bem estar geral que essa operação ocasiona nega completamente tal pressuposto. Isso porque, se alguns cidadãos devem suportar sozinhos o ônus da obtenção do bem comum, o abstencionismo do Estado nesses conflitos revelar-se-á como uma forma velada de segregação. Esse é um dos argumentos levantados por Ronald Dworkin para combater o utilitarismo:

A perspectiva de ganhos utilitaristas não pode justificar que se impeça um homem de fazer o que tem direito de fazer [...]. Não haveria sentido algum em alardear nosso respeito pelos direitos individuais a menos que isso envolvesse algum sacrifício. E esse sacrifício deve ser o de renunciar a quaisquer benefícios marginais que nosso país possa vir a obter, caso ignore esses direitos, quando eles se mostrarem inconvenientes.⁴⁸

O Estado encontra-se, portanto, nessas hipóteses em uma posição deveras paradoxal. Sua ingerência sobre a liberdade de imprensa pode sufocar o potencial crítico do pensamento. Por outro lado, o abstencionismo do poder público tende a calar vozes que não têm acesso aos meios de comunicação. Em outras palavras, enquanto exigências democráticas e igualitárias impõem a atuação do Estado no sentido de dar a oportunidade a todos os atores sociais manifestarem-se com igual voz no espaço público de debate, exigências libertárias impõem a abstenção do Estado, para que assim a liberdade de pensamento seja exercida de forma plena. Este é o dilema e a ironia da liberdade de expressão. Por isso, Gustavo Binbenojm sustentou que, qualquer excesso na intervenção estatal pode dar ensejo ao surgimento de um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que qualquer omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação em massa.⁴⁹

88, menos que ela não tenha levado a sério estes direitos” (SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In, “**Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**”. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 317).

48 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 296.

49 BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação em massa, pluralismo e democracia, as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: “**Direitos Fundamentais: estudos**

Um bom exemplo a esse respeito ocorreu recentemente na Dinamarca. Quando alguns cartunistas publicaram, no jornal dinamarquês Jyllands-Posten, figuras do profeta Maomé – desconsiderando que a tradição islâmica, para evitar a idolatria, proíbe a representação do profeta – a postura abstencionista do Primeiro Ministro, Anders Fogh Rasmussen, promoveu somente em termos a liberdade de expressão naquele país. O Ministro veio a público condenar qualquer ação para demonizar grupos por causa de sua religião ou origem étnica, ressaltando, porém, que a liberdade de expressão é indispensável para a democracia. Contudo, a liberdade de expressão e a dignidade da minoria muçulmana foram ignoradas em benefício da proteção à liberdade de expressão dos detentores dos meios de comunicação. Isso porque, a postura do governo dinamarquês implicou não só admitir que a opinião instituída possa menosprezar as convicções religiosas daqueles que não têm acesso aos meios de comunicação, mas também assumiu que uma parcela da população – a parcela excluída – não deve ser considerada como sujeito digno de igual respeito e consideração, pois suas convicções foram consideradas puros objetos de crítica e menosprezo não de debate e consideração.⁵⁰

Nos Estados Unidos da América, o celebre caso Red Lion Broadcasting Co. versus. Federal Communications Commission foi um importante exemplo tanto da dualidade do direito assegurado pela Primeira Emenda da Constituição norte-americana – o direito à liberdade de expressão – quanto da posição paradoxal do Estado nessa matéria. Assegurada desde 1791, a liberdade de imprensa sempre teve ares de um direito sagrado para os americanos. A sacralidade é e sempre foi tamanha que um observador atento do processo de independência norte-americano afirmou que os cidadãos daquele país:

Acreditam, aliás, que os tribunais são impotentes para moderar a imprensa, e que, como a flexibilidade das linguagens escapa sempre à análise judiciária, os delitos desse tipo furtam-se de algum modo à mão que se estende para detê-los [...]. Em matéria de imprensa não há, portanto, justo meio entre a licença e a servidão. Para colher os bens inestimáveis assegurados pela liberdade de imprensa, é preciso submeter-se aos males inevitáveis que provoca.⁵¹

em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres”. SARMENTO, Daniel; e GALDINO, Flávio (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 476.

⁵⁰ Vale lembrar que também na Espanha, França e Alemanha foram publicadas representações semelhantes à publicada na Dinamarca.

⁵¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 223.

Com o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, a agência encarregada da regulação dos conteúdos eletrônicos – Federal Communications Commission, adiante designada FCC – elaborou um ato normativo que regulamentava a atividade de comunicação social. A doutrina que inspirou o referido ato foi denominada doutrina da equidade (*fairness doctrine*).⁵² Elaborada em 1949, a política governamental que consagrou a *fairness doctrine* passou a ser empregada em 1959. Dentre as obrigações que recaiam sobre os meios de comunicação social salientavam-se as seguintes: a) conferir um tempo razoável à cobertura de temas de interesse coletivo; b) conferir tempo razoável da programação à apresentação de pontos de vista contrários àqueles defendidos pelas emissoras; c) garantir direito de resposta aos candidatos e políticos hostilizados durante a programação.⁵³

Mas tal ingerência causou severas críticas. Afirmava-se que a doutrina professada pela FCC era inconstitucional por limitar a liberdade conferida pela Primeira Emenda. No entanto, o principal argumento levantado para combater a *fairness doctrine* sustentava que os efeitos de sua realização eram contrários à sua proposta. Com medo das represálias que poderiam sofrer do poder público, os agentes comunicativos (*speakers*) e os editores seriam, em tese, inibidos de adotar posturas polêmicas. Ou seja, a crítica sustentava que a despeito de o objetivo da *fairness doctrine* ser incluída, no debate público oferecido pelos meios de comunicação, aqueles atores sociais que não têm acesso a esse espaço, seus efeitos são tão silenciadores quanto aqueles que combatem.

Por outro lado, os defensores da *fairness doctrine* sustentavam que o mercado de ideias tem efeitos silenciadores potencialmente tão importantes quanto a regulação estatal. Neste sentido, Owen Fiss aborda dois argumentos apresentados pelos partidários da regulação

52 O termo *fairness*, como salienta Gustavo Binbenojm, significa “lisura, imparcialidade, equidade e honestidade. Aqui, na espécie em questão, o termo indica uma preocupação em garantir o direito do público à obtenção de informação confiável e com o maior grau de imparcialidade e isenção possível”. (BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação em massa, pluralismo e democracia, as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: “Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres”. SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 480).

53 Quanto a este ponto observa Daniel Sarmento que “não se tratava de reconhecimento de um amplo direito de resposta, tal como o previsto na Constituição e na legislação brasileira, já que só cabia quando os ataques ocorressem no curso de discussões sobre temas de interesse público. Isto se explica porque a razão do instituto não era a defesa da honra e reputação do indivíduo atacado, mas o direito do público de ter acesso a diversos pontos de vista sobre questões de interesse coletivo”. SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*, em <http://www.direitopublico.com.br>, acessado em 17 de janeiro de 2008.

promovida pela FCC. Para uns, a concentração do poder econômico e o monopólio dos meios de comunicação legitimaria a regulação proposta pela FCC. O efeito silenciador do monopólio dos meios de comunicação social seria semelhante àquele exercido pelo Estado. Ambos, ao regular a livre manifestação do pensamento, defendem interesses próprios, inconfundíveis com o interesse da comunidade como um todo.⁵⁴ Mas este não era o argumento de maior força levantado por aqueles que defendiam a regulação da liberdade de expressão pelo Estado. O principal argumento levantado por tais teóricos sustenta a existência de um elemento silenciador inerente ao próprio mercado de consumo das ideias. Dado que o mercado é o espaço no qual a lei da maximização dos lucros e a diminuição dos custos impera, é possível, até provável, que os meios de comunicação exerçam uma espécie de censura financeira, que privilegiaria a publicação de matérias pobres, de baixo custo e com forte apelo popular. E mais, visto pelo lado da busca dos lucros, o problema se agrava, pois a principal fonte de receita dos meios de comunicação é a veiculação de anúncios publicitários e, como observou Owen Fiss, “controvérsias políticas não são uma boa forma de se vender sabão”.⁵⁵ Por fim, uma última objeção à regulação puramente mercadológica da liberdade de expressão sustenta que a ausência de deliberações coletivas acerca dos conteúdos veiculados, levaria os meios de comunicação a privilegiar demasiadamente a individualidade do consumidor, deixando em segundo plano valores caros à comunidade como um todo.⁵⁶ Exortada a manifestar-se sobre a constitucionalidade da *fairness doctrine*, a Suprema Corte norte-americana assentou o seguinte entendimento:

Não podemos dizer que seja inconsistente com o objetivo da 1ª Emenda de gerar um público bem informado e capaz de conduzir seus próprios assuntos, exigir das emissoras que permitam respostas a ataques pessoais ocorridos no curso da discussão de temas controvertidos, ou impor a elas que assegurem aos opositores das medidas que endossarem a chance de se comunicar com o

54 Para Daniel Sarmiento este argumento tem inteira aplicação à realidade brasileira. Em suas palavras: “Cabe também realçar que o constituinte foi expresso ao proibir a existência de monopólios ou oligopólios entre os meios de comunicação social (art. 220, § 5º, CF). Infelizmente, nem é preciso ressaltar que este preceito – que confirma o inequívoco compromisso constitucional com o pluralismo externo no âmbito da mídia – é completamente desprovido de eficácia social no país. A concentração em níveis escandalosos aqui é a regra, que tem a sua mais importante expressão nas organizações Globo”. (SARMENTO, Daniel. *Idem*, p.32).

55 FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão, Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 104.

56 FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão, Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 104.

público. Não fosse assim, os titulares das emissoras e uns poucos proprietários de redes de comunicação teriam o poder ilimitado de só disponibilizar tempo a quem pagasse mais, ou a comunicar apenas as suas próprias visões sobre temas de interesse público, pessoas e candidatos, e a permitir que fossem ao ar apenas aquelas pessoas com cujas ideias concordassem. Não há na 1ª Emenda um santuário para o privilégio ilimitado da censura privada, operando num meio que não é acessível a todos.⁵⁷

Tal julgamento ocorreu em 1969⁵⁸ e produziu importantes consequências na regulação da imprensa norte americana. Dado que uma das premissas em que se baseou o entendimento da Suprema Corte foi a escassez de frequências de ondas eletromagnéticas, fator que implicaria um ônus adicional imposto às emissoras de rádio e televisão, entendeu-se que a *fairness doctrine* não tinha aplicação nos meios de comunicação escritos. No entanto, diversos Estados da Federação norte-americana adotaram legislações próprias normatizando de forma similar à regulação proposta pela FCC para meios de comunicação eletrônica, a publicação de mídias impressas.

Contudo, um caso mudou radicalmente a posição da Suprema Corte a esse respeito. O Estado da Flórida foi um daqueles que aprovaram a legislação integradora da *fairness doctrine*. Levado a julgamento em 1974,⁵⁹ a Suprema Corte julgou inconstitucional a regulamentação proposta dita regulamentação estadual. Duas características deste julgamento são particularmente criticadas pelos comentadores. Primeiramente, nela a Corte simplesmente desconsidera o parâmetro – *stare decisis* – por ela mesma traçado no caso *Red Lion*, o que vai na contramão da teoria da força normativa e argumentativa dos precedentes da Suprema Corte.⁶⁰

57 SARMENTO, Daniel. *Idem*, p.6.

58 Owen Fiss sustentou que tal julgamento fez parte de uma ampla modificação da relação do Estado com os meios de comunicação norte-americanos. O principal instrumento dessa reforma, afirma Fiss, foi a criação e o financiamento da *Carnegie for Public Broadcasting*. Em suas palavras: “Essa decisão não foi parte de uma estratégia complicada para minar a autonomia desfrutada por meios de comunicação comerciais, mas sim um esforço para introduzir na praça pública uma voz que não estivesse atada ao objetivo de lucro. A presunção foi que o sistema de televisão público cobriria de forma geral as questões excluídas pelo sistema comercial mas que, ainda assim, são vitais para a autogovernança coletiva”. (FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão, Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 106).

59 Trata-se do caso **Miami Harold vs. Torino**, no qual um “sindicalista concorrendo ao Poder Legislativo da Flórida pretendia responder a um editorial maldoso no jornal líder da cidade e era autorizado a fazê-lo pela lei estadual”. (FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão, Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 115).

60 Contra tal crítica poder-se-ia objetar que a doutrina da vinculatividade dos precedentes da Suprema Corte não é absoluta, sobretudo quando encontram-se em questão Direitos constitucionalmente

Além disso, mesmo em se tratando de um caso que envolvia a restrição de um direito constitucional – ou seja, o direito à resposta, consectário óbvio do direito à inviolabilidade da intimidade e da personalidade – a Corte não procedeu ao exame forte de constitucionalidade – *strict scrutiny*⁶¹ – o que contraria o parâmetro (standard) de controle de constitucionalidade consagrado em sua jurisprudência norte-americana.

Os comentadores afirmam que dois argumentos levam a Suprema Corte a tal mudança abrupta de sua jurisprudência. O primeiro deles é o já exposto caráter paradoxal e, em certo sentido, contraproducente da *fairness doctrine*. A fundamentação do acórdão é clara a este respeito:

Confrontados com as penalidades que poderiam ser cominadas a qualquer jornal que publicasse notícias ou comentário supostamente dentro do espectro do direito de resposta, os editores poderiam bem concluir que a rota segura de ação seria a de evitar controvérsias e assim, sob a lei da Flórida, a cobertura política e eleitoral seria reduzida ou ficaria esmaecida. A implementação do direito de acesso pelo Governo inescapavelmente compromete o vigor e os limites da variedade do debate público.⁶²

Todavia, partindo-se da premissa de que somente questões de extrema relevância pública poderiam limitar o direito à livre manifestação do pensamento, a corte entendeu que, na espécie, tal requisito não se encontrava comprovado. A medida pretendida em Miami Harold também não subsistiria ao teste da necessidade, pois existiam meios menos gravosos para alcançar o mesmo desiderato. Esse golpe foi um presságio da queda

garantidos. Todavia, quanto a isso Mauro Cappelletti observou que quando se alude à flexibilização do *stare decisis* no campo constitucional □ se alude não tanto a uma falta de eficácia geral da interpretação da Constituição por obra das decisões da *Supreme Court* □ eficácia que se manifesta inegavelmente em relação a outras Cortes e em geral a outros órgãos públicos □ quanto à possibilidade de que a *Supreme Court* mesma mude, posteriormente a própria jurisprudência □. (CAPPELLETTI, Mauro O controle Judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992/1992, p. 81). Em sentidos contrário, conferir: STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 630 a 631. Mesmo assim, no caso *Miami Herold*, o ônus argumentativo imposto por *Red Lion* pendia sobre a Suprema Corte. No entanto ela preferiu ignorar solenemente o precedente, o que, para Fiss, pode ter duas explicações. A primeira é literária. O crítico literário que quer menosprezar determinada obra, não a comenta, simplesmente a ignora. A segunda é psicológica.

61 BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação em massa, pluralismo e democracia, as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: “**Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**”. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 483.

62 BINENBOJM, Gustavo. *Ibidem*.

inevitável da *fairness doctrine*. Nos anos 1980, a guinada liberalizante promovida pelo presidente Regan terminou aquilo que a Suprema Corte havia começado. Em 1987, a própria FCC revogou a *fairness doctrine*. O Congresso buscou restabelecê-la, mas o presidente Regan vetou o projeto de lei aprovado pelas Casas do Congresso que reinstituía a doutrina.

Há autores que defendem a elaboração de uma *fairness doctrine* brasileira. Assim, defendem, com fundamento nos artigos 220 e 221 da Constituição Federal,⁶³ que o direito de resposta assegurado pelo artigo 5º, da Constituição Federal de 1988,⁶⁴ não pode ser compreendido como direito puramente individual. Visto sob a ótica da missão democrática, que deve guiar a imprensa e os meios de comunicação social, o direito de resposta deve ser entendido, segundo estes autores, como meio de acesso ao debate público. Nesse sentido, sustentou Gustavo Binbenbojm que:

O exercício do direito de resposta não deve estar necessariamente limitado à prática de algum ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas deve ser elasticado para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público [...], portanto, o direito de resposta deve ser visto

63 Tais dispositivo constitucional têm a seguinte redação: “Art. 220. 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. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º - Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. § 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”. “Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

64 “Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”.

como um instrumento de mídia colaborativa (*collaborative media*) em que o público é convidado a colaborar com suas próprias versões de fatos e a apresentar seus próprios pontos de vista.⁶⁵

A doutrina criada nos precedentes anteriormente comentados pode, no entanto, cumprir uma função prática bem mais simples no Brasil. Ela pode servir para traçar parâmetros interpretativos importantes a respeito do conteúdo e limites da liberdade de imprensa, os quais, uma vez interpretados e aplicados corretamente pelo Supremo Tribunal Federal, contribuiriam em muito para sedimentar um entendimento dessa Corte em casos que envolvam o direito à livre manifestação do pensamento. O item seguinte procurará seguir essa trilha. Buscar-se-á então demonstrar que a finalidade democrática da liberdade de expressão é o parâmetro referencial que deve guiar o julgamento de casos que envolvam colisões de direitos entre a liberdade de imprensa e outros direitos fundamentais.

4 Os limites dos limites: critérios de ponderação de princípios constitucionais

Os direitos são limitados. A compreensão dessa asserção, que foi de certo modo banalizada pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, não é tão simples quanto parece. Limitado em que sentido? Pode-se dizer que o direito à vida é limitado? E quanto à dignidade da pessoa humana? Ao que parece, o termo limite é usado, nessas e em outras asserções com o intuito de significar que o titular de tais direitos não pode exercê-los contra tudo e contra todos. Nesse sentido, em relação à liberdade de expressão e informação, anotou Edilson Pereira Farias que a “liberdade de expressão

65 BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação em massa, pluralismo e democracia, as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: “**Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**”. Daniel Sarmento e Flávio Galdino (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 491. No mesmo sentido, sustenta Daniel Sarmento que: “[...] o direito de resposta tem sido concebido no Brasil em termos estritamente privatísticos, como uma forma de proteção de pessoas que tenham sido ofendidas em sua honra e reputação, em razão da divulgação pela mídia de fatos inverídicos. [...] O exercício deste direito teria como pressuposto a constatação da ocorrência de cobertura manifestamente parcial de algum fato ou assunto por qualquer veículo da mídia, omitindo do público informações e pontos de vista relevantes ou os distorcendo. Nestes casos, o direito de resposta funcionaria não como um meio de proteção de direitos da personalidade, mas como um instrumento de garantia do acesso à informação e do pluralismo interno dos meios de comunicação – uma espécie, em suma, de remédio processual para implantação de uma *fairness doctrine* à brasileira”. SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**, em <<http://www.direitopublico.com.br>>, acessado em 17 de janeiro de 2008, p. 31.

e informação, que atinge o nível máximo de sua proteção quando exercida por profissionais do meio de comunicação social, como qualquer outro direito fundamental, não é absoluta, tem limites”.⁶⁶

Casos difíceis, como o analisado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.434/RS, colocam em xeque essa premissa. Esse caso envolvia um escritor gaúcho que havia publicado livros de conteúdo anti-semita. A tese da limitação do direito de liberdade de expressão foi por diversas vezes levantada em tal julgamento, mas o voto proferido pelo Ministro Celso de Melo é especialmente enfático nesse sentido. Na seguinte passagem de seu voto, o referido Ministro sustenta claramente a tese em questão:

O direito à livre expressão do pensamento, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre “a posteriori”, a reação estatal, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de índole penal ou de caráter civil.

O argumento central defendido por esse Ministro está em torno das noções de limite do direito de liberdade de expressão e do limite do exercício da liberdade de expressão. Tal distinção tem fundamento consagrado na doutrina nacional, no entanto, é difícil compreender seu exato sentido. A concepção clássica conceitua a liberdade de expressão como limite ao poder estatal. Enquanto direito de primeira geração, a liberdade de expressão deve ser, segundo tal entendimento, conceituada como um direito de não intervenção, um *status negativus* na terminologia de Jellineck, no qual “a liberdade é concebida como liberdade de quaisquer intervenções inconstitucionais”.⁶⁷ No entanto, essa premissa leva necessariamente à seguinte conclusão: os limites do direito à liberdade de pensamento, expressão e imprensa confundem-se com os limites de seu exercício. Assim, uma vez extrapolado o limite constitucionalmente definido para a realização da liberdade de expressão, a palavra exprimida e a matéria publicada não serão mais consideradas manifestações protegidas constitucionalmente. Não serão nem mesmo consideradas manifestações do direito fundamental da liberdade de expressão. É exatamente essa a conclusão a que chega o Ministro Celso de Mello:

66 FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos, a honra a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2000, p. 169.

67 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 184.

Tenho por irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasam, abusiva e criminosamente, os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus (como se registra no caso ora em exame), não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal.

Sobre a mesma premissa, mas com posicionamento oposto, o Ministro Marco Aurélio salientou “que os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático”. A ênfase do voto proferido por ele recai sobre o direito ao descenso das minorias, que deve ser respeitado não só por respeito à dignidade dos grupos minoritários da sociedade, mas também para o bem geral do próprio regime democrático. Esse argumento levantado caminha assim em duas direções convergentes. A tolerância política argumenta o ministro, “é imprescindível para regular as relações entre as maiorias e as minorias e para servir de princípio regente das relações entre as ideologias e grupos políticos divergentes”. Por outro lado, a referência de seu voto ao pensamento de Stuart Mill demonstra que o objetivo da premissa anterior é chegar à conclusão de que:

Necessita-se também a proteção contra a tirania da opinião e do pensamento prevalecente, contra a tendência da sociedade de impor, por meios distintos das penas civis, as próprias ideias e práticas como regras de conduta a aqueles que dissente delas; a arrogar o desenvolvimento e, se possível for, a impedir a formação de individualidades originais e a obrigar a todos os caracteres a moldar-se sobre o seu próprio.

Mas não há meio termo entre estas posições. Ambos os Ministros giram em torno de posições inconciliáveis que, por sua vez, são adotadas ou não dependendo unicamente da premissa de que cada um deles possa partir. Aplica-se, portanto, à análise desses votos a observação de Tocqueville em relação à liberdade de imprensa: quando o que está em questão é a limitação de tal direito passa-se “da extrema independência à extrema servidão, sem encontrar, em tão longa extensão, um só lugar em que se possa repousar”.⁶⁸ Essa é a aporia enfrentada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger.

68 TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 223.

Esse não é, no entanto, o único ponto problemático do referido julgamento. Após apresentar sua concepção acerca da fundamentalidade da liberdade de imprensa, o Ministro Marco Aurélio passa à análise da ponderação dos interesses em jogo. No seu entender, há nesse caso, um conflito real entre o direito à liberdade de pensamento e a dignidade do povo judeu. No entanto, essa argumentação choca-se frontalmente com as premissas postas em seu próprio voto. Como é possível admitir que o direito de minorias étnicas expressem pontos de vista controversos esteja abrangido pelo direito de liberdade de pensamento e, ao mesmo tempo, sustentar que há um conflito real de princípios constitucionais a ser dirimido na questão? Essas são, na verdade, premissas auto excludentes, pois admitir a primeira delas implica negar a segunda, e vice-versa. Afinal, se o direito à livre expressão das minorias é, como afirmou esse Ministro, constitucionalmente consagrado, o conflito de direitos a que ele se refere deveria ser de plano excluído. Por isso, admitindo a possibilidade de tal conflito, o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, no caso em questão, utiliza a regra da proporcionalidade tão somente como mais um *topos*⁶⁹ argumentativo⁷⁰ dentre muitos outros. A esse respeito, cabe lembrar o que observou Humberto Ávila:

A proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui uma aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um

69 Utilizo aqui o termo regra da proporcionalidade para significar o que boa parte da doutrina constitucional afirma ser o “princípio da proporcionalidade”. Essa orientação foi seguida pelo próprio Robert Alexy (Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2001, p. 104). Há, no entanto duas outras posições a respeito da denominação em tela. Wilson Steinmetz aponta que, dada a não comprovação da relevância terminológica em questão – se princípio da proporcionalidade ou regra da proporcionalidade – melhor seguir a tradição jurídica que sustenta tratar-se do princípio da proporcionalidade. (STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In **“Interpretação Constitucional”**. Virgílio Afonso da Silva (Coord.), São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 11 a 52). Já Humberto Ávila diferencia a proporcionalidade tanto do modelo dos princípios, quanto do modelo das regras. Não se trata de autêntico princípio constitucional porque não encerra qualquer dimensão de peso, mas também não pode ser considerado regra, pois não se aplica da segunda do “tudo ou nada”. Trata-se, portanto, da proporcionalidade como postulado de aplicação de princípios constitucionais. No entanto, o próprio Ávila admite “A denominação é secundária. O decisivo é constatar e fundamentar sua diferente operacionalidade”. (ÁVILA, 2007, p. 137).

70 Para a compreensão do procedimento tópico: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 63 e 64.

fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.⁷¹

No entanto, foi exatamente isso o que grande parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal se propuseram a fazer no caso ora analisado. Desconsidera-se assim que, por um lado, a aferição da dimensão de peso dos princípios em conflito pressupõe a análise das circunstâncias de fatos importantes ao caso, todavia esse pressuposto desconsidera o fato de que a via eleita em tal demanda – *Habeas Corpus* – não comporta dilação probatória. Dessa forma, a ponderação de princípios constitucionais deveria ter sido afastada em função do próprio meio processual em que tal demanda se inseriu. Tem razão, portanto, Virgílio Afonso da Silva quando este autor observa que:

O legislador já havia feito o seu sopesamento, ao considerar crime inafiançável o racismo (Lei 7.716, art. 20 com redação dada pela Lei 8.801/90). Aqui nem ao menos interessa a posição do legislador acerca de se incluir a dignidade humana em um processo de sopesamento, já que aí a decisão foi a favor da dignidade e contra a liberdade de expressão [...]. Não há como discutir, portanto, se a liberdade de imprensa é mais ou menos importante do que outro princípio eventualmente envolvido, como se esforçaram para em fazer todos os ministros.⁷²

Há, no entanto, uma dimensão do julgamento de Ellwanger que passou despercebida por todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da dimensão silenciadora do discurso discriminatório. A respeito dessa ideia, Owen Fiss observou que os discursos de incitação ao ódio de raças, a regulação de campanhas e a pornografia encerram mais do que um conflito de valores transcendentais. Obviamente, a dignidade das mulheres é gravemente lesada por imagens e vídeos pornográficos. Essas formas de manifestação midiática reduzem a mulher a um objeto de desejo e submissão. Não há nada mais lesivo à dignidade. Mas há algo a mais envolvido. O que ocorre nesse e em outros casos de preconceito de raça e gênero é que, se a honra é lesada, e ela efetivamente o é, também o direito de livre manifestação do pensamento é boicotado. Como objetos de um discurso opressor, mulheres, raças e etnias não podem ser consideradas como potenciais participantes do debate público. Há, portanto, nessas

71 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.161.

72 SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 169.

formas opressoras de manifestação de pensamento, não só um ataque contra a pessoa em si. Tais discursos encerram, antes de tudo, um efeito silenciador dessas categorias, pois desqualifica a capacidade intelectual e, conseqüentemente, a potencialidade de convencimento e manifestação desses grupos.⁷³ Assim, se o discurso pornográfico mostra-se como uma forma de exclusão de uma categoria de cidadãos do espaço público de debate, o mesmo pode afirmar-se em relação ao discurso racista.

Essas observações demonstram que efetivamente haveria uma ponderação de direitos a ser feita no caso *Ellwanger*. Mas, ao contrário do que concluíram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, essa ponderação não envolvia diretamente a dignidade da população judaica. Envolvia, isso sim, o direito dessa população ser considerada como possível ator comunicacional. Ou seja, mesmo que as peculiaridades desse caso impedissem a ponderação entre a liberdade e a da dignidade dos judeus, seria possível analisá-lo conferindo pesos relativos aos direitos da liberdade de expressão e igual consideração dos grupos contrapostos. Tendo tal premissa em conta, poder-se-ia aplicar os critérios em que se subdivide a regra da proporcionalidade. Dessa forma, os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito seriam analisados da seguinte forma: os dois primeiros critérios ligam-se aos elementos de fato que condicionam a realização dos princípios contrapostos. O critério da adequação estabelece que uma medida (meio) será adequada em relação a um determinado fim se e somente se a realização daquela fomentar⁷⁴ a realização desse. Já o critério da necessidade “costuma ser associada à busca do ‘meio mais suave’, dentre os vários possíveis, para atingir o fim buscado”.⁷⁵ Por fim, na proporcionalidade em sentido estrito, os limites jurídicos dos princípios em conflito são contrapostos, conferindo-se a cada um deles um peso relativo. A esse respeito, Robert Alexy afirma que:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, quer dizer, o mandamento de ponderação, se segue da relativização com respeito às possibilidades jurídicas. Se uma norma de direito fundamental com caráter de princípio entra em colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica da realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto.⁷⁶

73 FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48.

74 SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**, RT 798/02, p.36.

75 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e do devido processo legal. In: “Interpretação constitucional”**. SILVA, V. A. da (coord.), São Paulo: Malheiros, 2007, p.263.

76 ALEXY, 2001, p. 112. Tradução livre do original: “La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las

Antes de adentrar na análise dos critérios acima expostos, deve-se prevenir da armadilha conceitual armada pelo Ministro Marco Aurélio. Este Ministro afirmou que, dada a imperativa democratização dos meios de comunicação, não se deve excluir do debate público os comunicadores que representem as parcelas menos favorecidas da população. No entanto, é preciso observar que tal parcela não se confunde necessariamente com aquele que fala, critica ou discursa. Muito pelo contrário, na maioria das vezes, aquele que fala é o agente comunicacional que, por ter livre acesso aos meios de comunicação em massa, oprime as parcelas da população desfavorecidas comunicativamente. Ou seja, ao contrário daquilo que infere o Ministro Marco Aurélio, Ellwanger foi o silenciador, não o silenciado da relação comunicacional analisada naquele caso. Sendo assim, a decisão de impedir a publicação dos livros com conteúdo antisemita escritos por Ellwanger mostra-se plenamente adequada, pois atinge o desiderato de impedir o silenciamento da população judaica.

Por outro lado, a imposição de pena de prisão, mesmo que suspensa pelo benefício do sursis, afigurava-se, no caso, desnecessária, pois a simples proibição da veiculação do conteúdo do livro publicado por Ellwanger atingiria o desiderato buscado pela decisão em questão. Ou seja, o meio admitido pelo Supremo Tribunal Federal no caso – imposição de pena de prisão – é um meio adequado para realizar (fomentar) o fim da decisão. Todavia, esse não é o meio mais brando de realizar o dito fim. Como a aferição da proporcionalidade requer um exame sucessivo das sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nesse caso não será mais necessária a ponderação em sentido estrito dos interesses contrapostos. Ou seja, a decisão do Supremo Tribunal Federal não respeitou a regra da proporcionalidade. Por isso, faz sentido a tese levantada por Virgílio Afonso da Silva quanto a esse ponto: “seria de se esperar que a ponderação correta e a solução ótima para o problema fosse a inconstitucionalidade da tipificação penal de manifestações racistas”.⁷⁷ Dado que a declaração de inconstitucionalidade de normas pode se dar em qualquer ação, sendo assim, essa via seria plausível.

posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto”.

77 SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 169.

5 Considerações finais

As diversas decisões jurisdicionais citadas no decorrer deste trabalho apontam para uma incerteza fundamental: os juristas ainda não têm uma compreensão global e firme a respeito da função exercida pela liberdade de imprensa nas democracias atuais. Viu-se que, enquanto nos Estados Unidos da América, defende-se uma proteção irrestrita à liberdade de expressão e imprensa, no Brasil, recentes decisões tendem a limitar estes direitos fundamentais sem expor um embasamento teórico consistente para tanto. Há uma dupla ironia em tal estado de coisas. A primeira delas é que, quando confrontado com questões envolvendo a liberdade de imprensa, o Estado pode intervir na liberdade de imprensa com vistas à preservação de direitos fundamentais de minorias excluídas, contudo muitas vezes essa atitude implicará, necessariamente, em limitar o direito à livre manifestação do pensamento. A segunda ironia ocorre especificamente no âmbito judiciário. Decisões jurisdicionais tomadas sobretudo no Brasil, onde os anseios de realização de uma ordem democrática mais humana – ou seja, calcada na valorização dos direitos fundamentais – têm desconsiderado o valor fundamental da própria liberdade de imprensa. Mas ao restringir esse direito sem um embasamento teórico convincente para tanto, os tribunais brasileiros desconsideram o valor fundamental que esse direito tem para a construção de uma democracia efetiva. Com efeito, quando um tribunal comprometido em defender a ordem constitucional, como o Supremo Tribunal Federal, sentencia ser possível impor uma pena de prisão a um cidadão que simplesmente expôs seu pensamento, por mais execrável que esse pensamento seja, o direito à livre manifestação de pensamento é reduzido além do que razoavelmente se é esperado.⁷⁸

A despeito disto, verifica-se também que as discussões envolvendo a liberdade de imprensa apontam para a verificação de que o direito à livre expressão desses meios de comunicação é hoje entendido de forma relevantemente diversa daquela defendida pelo constitucionalismo clássico. A liberdade de imprensa, como valor fundamental à realização não só formal, mas material da democracia, é um conceito que tende

⁷⁸ Adota-se aqui a teoria relativa da noção de núcleo essencial. Esta posição é defendida por Robert Alexy, para quem, o núcleo essencial dos direitos fundamentais “[...] é aquilo que resta depois de uma ponderação”. Ou seja, a garantia do núcleo essencial confunde-se com o respeito à regra da proporcionalidade. (Cf. FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos, a honra a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2000, p. 99).

a influir na compreensão que doutrinadores e magistrados têm deste direito fundamental. Nesse sentido, o pano de fundo que deve presidir a discussão dos limites da liberdade de imprensa não é, propriamente, o do limite abstrato desse direito. Esse conceito, como visto no decorrer deste trabalho, causa mais perplexidades do que certezas. Pelo contrário, o que deve nortear as análises de casos tais quais os tratados ao decorrer é o valor democrático e libertário da liberdade de imprensa. Democrático, não só porque a liberdade de imprensa é um direito fundamental da ordem democrática, mas sim porque ela é o veículo de formação de uma sociedade mais consciente e participativa em questões de interesse público. Libertária, não só porque a liberdade de imprensa é uma instituição fundamental à defesa da liberdade de pensamento crítico, mas sim porque o pensamento veiculado na imprensa não deve tão somente sustentar o *status quo* da sociedade. A função libertária da imprensa impõe também o constante exercício da crítica cívica pelos meios de comunicação social. Sem essa atuação e essa função, a liberdade de imprensa torna-se uma simples garantia formal, um privilégio desarrazoado que se confere aos meios de comunicação que, mesmo detendo poderosos meios de realização democrática, furtam-se a esse fim em razão da lógica perversa do mercado. Por isso, a imprensa, a liberdade de imprensa e a expressão veiculada na imprensa devem ser formas de realizar na sociedade o ideal de uma democracia real, participativa e humana. Há um século essas considerações soariam como pura utopia. Hoje, como atestam as questões levantadas neste trabalho acerca do caráter democrático da garantia conferida pela Primeira Emenda da Constituição norte-americana tais ideais estão cada vez mais presentes nas discussões dos juristas que se debruçam sobre esse assunto. Por si só, tal simples fato é uma realização democrática, pois demonstra claramente a evolução do pensamento jurídico no sentido da realização de uma ordem jurídica mais justa.

The constitutional limits of press freedom: possibilities of the application of the technique of balancing constitutional principles

abstract: The debate concerning freedom of speech limits is not new, but its importance due to the development of mass communication means and its relevance to is growing contemporary society. This paper discusses this topic using parameters of comparative law and criteria used by the

doctrine to accomplish the balancing of fundamental rights. However it is not intended to find all the constitutional limits of freedom of the press, but simply show that it is possible to find legal solutions to the conflicts in which this fundamental right is involved.

Keywords: Fundamental rights. Freedom of speech. Constitutional rules and principles. Constitutional balance.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AGAMBEM, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17.ed.. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação em massa, pluralismo e democracia, as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BURKE, Edmund. **Textos Políticos**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. **O controle Judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos, a honra a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2000.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão, Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Princípio da proporcionalidade e do devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso (coord.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1998.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Direito Constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAWS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 17 jan. 2008.

_____. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (coord.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: _____. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, jan/jun. 2003.

_____. **A constitucionalização do direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **O proporcional e o razoável**. RT 798/02.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (coord.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ary. Função Social da Propriedade. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). **Temas de direito Urbanístico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

☰ Recebido: março/2010. Aprovado: novembro/2010