

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

JOSE EVERTON DA SILVA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SINARA LACERDA ANDRADE CALOCHE

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jose Everton da Silva; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sinara Lacerda Andrade Caloche – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-504-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria Constitucional. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II:

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II durante o V Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 14 a 18 de junho de 2022, sob o tema geral “Inovação, Direito e Sustentabilidade”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Trata-se da quinta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central do grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde, democracia e direitos da personalidade; segurança jurídica dos servidores públicos; ideologias de Carl Schmitt e Hans Kelsen; mandatos coletivos; ativismo judicial; protagonismo judicial; inconstitucionalidade via embargos de declaração; princípio do concurso público; Supremo Tribunal Federal como corte recursal; limites à liberdade de expressão, direito à informação, fake news e democracia; neoliberalismo na ordem constitucional brasileira, estado democrático de direito; efeito backlash; notários, registradores e os direitos fundamentais; decisão judicial e neoliberalismo; legitimidade democrática do poder judiciário brasileiro; a criminalização da homotransfobia e diálogos constitucionais nos sistemas jurídicos ocidentais, também estiveram presentes. Em virtude do momento em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foram também lembrados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado

e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares double blind peer review. Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Jose Everton da Silva

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Prof.^a Dr.^a Sinara Lacerda Andrade Caloche

LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL À DEMOCRACIA SOB A ÓPTICA CONSTITUCIONAL

LIMITS TO FREEDOM OF EXPRESSION AND FUNDAMENTAL RIGHT TO DEMOCRACY FROM THE PERSPECTIVE CONSTITUTIONAL

Antonio José Fernandes Vieira ¹

Fabrizio Romão Thosi ²

Resumo

Tendo como ponto inicial a tese de que a democracia constitui direito fundamental extraído sistematicamente do texto constitucional, denota-se a necessidade de explorar a eventual contradição entre o amplo exercício da liberdade de expressão e seus possíveis danos à estrutura do Estado Democrático de Direito. Por essa razão, o método escolhido para o presente trabalho foi o dialético, ao passo que para a formulação do raciocínio apresentado foram utilizadas as técnicas de revisão bibliográfica de obras correlatas ao tema, contemporâneas e complementares entre si, bem como o levantamento de dados bibliográficos.

Palavras-chave: Democracia, Direito fundamental, Estado democrático de direito, Liberdade de expressão, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

Having as a starting point the thesis that democracy is a fundamental right systematically extracted from the constitutional text, there is a need to explore the eventual contradiction between the broad exercise of freedom of expression and its possible damages to the structure of the Democratic State of Law. For this reason, the method chosen for the present work was the dialectic, while for the formulation of the presented reasoning, the techniques of bibliographic review of works related to the theme, contemporary and complementary to each other, were used, as well as the collection of bibliographic data.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Democratic state, Freedom of expression, Fundamental right, Weighting

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP).

² Acadêmico do sétimo período do curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos, estagiário na Vara do Trabalho de Ourinhos.

1 INTRODUÇÃO

É notória a perspectiva de que em uma sociedade plural, envolta nos valores modernos do constitucionalismo, em que a principal preocupação é a efetivação e garantia de estabilidade do Estado Democrático de Direito, o meio por excelência para alcançar tal fim é a positivação e sistematização de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Nesse diapasão, os direitos e garantias previstos na Constituição Federal, promulgada em 1988 – que, entre outras grandes realizações, foi responsável por romper com o histórico de autoritarismo dos governos passados –, constituem, inegavelmente, verdadeira trincheira de proteção contra arbitrariedades estatais, ao passo que é inegável a fundamentação de que a Magna Carta, em caráter primordial, repudia qualquer tendência a abordagens autoritárias, que tenham o condão de colocar em cheque a consagração dos princípios democráticos nela previstos.

Partindo do pressuposto de que os direitos e garantias fundamentais circundam praticamente todas as ações, tanto de particulares quanto do poder público, dada a pluralidade de pensamentos e de vontades, é insustentável que em determinado momento não haja um conflito entre dois direitos constitucionalmente tutelados, de modo que se faz, nesse caso, necessário um juízo de ponderação conforme o caso concreto. Com isso, o presente trabalho visa a analisar um eventual conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão – positivado no art. 5º, inc. IX da Constituição – e o direito fundamental à democracia, bem como ao Estado Democrático de Direito, que é extraído do texto constitucional a partir de uma interpretação sistemática. Assim, com a problemática explicitada, frisa-se o presente objetivo de elucidar tal ocorrência, uma vez que a tentativa de escusar responsabilidades civis e criminais sob o manto da liberdade de expressão tornou-se motivo de futilidade, sobretudo no cenário político. Portanto, elenca-se a seguinte indagação: é possível a mitigação posterior ao direito fundamental à liberdade de expressão em detrimento dos valores democráticos enumerados ao longo do texto constitucional, que acabam por engendrar o direito fundamental à democracia?

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DIREITO FUNDAMENTAL À DEMOCRACIA

No fim do século XX, com a queda dos múltiplos governos autoritários espalhados pelo mundo, a Democracia e seus corolários de legitimação do poder pela vontade popular, limitação de poder e o forte apreço pelos direitos e garantias individuais, em especial a dignidade da pessoa humana, entraram massivamente em pauta, de modo que, atualmente, são raros os países que, ao menos formalmente, não se autodefinem como um Estado Democrático de Direito. Historicamente, o Brasil, por mais de uma vez, se viu atrelado a regimes ditatoriais de elevado caráter repressivo e autoritário, com fortes limitações aos direitos e garantias individuais, e o ápice da repressão se deu no fim dos anos 60 e início dos 70, com a promulgação do AI-5, concentrando o poder nas mãos do Poder Executivo em detrimento dos poderes Judiciário e Legislativo. Segundo relatório elaborado pela Comissão Nacional da Verdade no ano de 2014, tal período legou à história do país 434 pessoas mortas ou desaparecidas sob justificativas políticas. Diante desse contexto, a Constituição Federal promulgada em 1988, como afirma Oscar Vilhena Vieira, deu:

[...] fim a período inaceitável de ditadura militar, a constituição de 1988 resgatou as bases do Estado Democrático de Direito, a partir da restauração concreta de um sistema de valores e princípios de direitos fundamentais que hoje constitui a verdadeira essência de uma sociedade plural e democrática (VILHENA, 2006, p. 182).

Dessa forma, a nova Constituição tinha sobre si não apenas o encargo de inaugurar um Estado verdadeiramente democrático, dando ênfase à dignidade da pessoa humana, pluralidade política e demais garantias e direitos individuais e processuais, mas também o de afastar e criar mecanismos capazes de frear o autoritarismo fortemente vinculado ao passado do país. Sobre o texto constitucional promulgado, Ingo Wolfgang Sarlet discorre:

No que diz com o seu conteúdo, cuida-se de documento acentuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, assumindo, portanto, um caráter fortemente dirigente, pelo menos quando se toma como critério o conjunto de normas impositivas de objetivos e tarefas em matéria econômica, social, cultural e ambiental contidos no texto constitucional, para o que bastaria ilustrar com o exemplo dos assim chamados objetivos fundamentais elencados no art. 3.º. Tanto o Preâmbulo quanto o título dos Princípios Fundamentais são indicativos de uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao pleno desenvolvimento da sua

personalidade, bastando lembrar que a dignidade da pessoa humana, pela primeira vez na história constitucional brasileira, foi expressamente guindada (art. 1.º, III, da CF) à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, por sua vez também como tal criado e consagrado no texto constitucional (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2019, p. 323-324).

Dessa forma, ao interpretar a Constituição sistematicamente e à luz de seu contexto histórico, é razoável afirmar que esta, como objetivo central, visou à efetiva implementação de um Estado Democrático de Direito que, nas palavras de Rubens R. Casara, se trata de:

[...] um “tipo ideal” de Estado que tem o compromisso de realizar direitos fundamentais e tem como principal característica a existência de limites legais ao exercício do poder (CASARA, 2018, p. 19).

Em outras palavras, torna-se imprescindível que, aliado à existência de um Estado Democrático de Direito, no que tange ao aspecto político e social dos indivíduos, o poder estatal deve ser limitado formal e materialmente por mecanismos constitucionalmente previstos que, por sua vez, tenham o condão de constituir um entrave a qualquer espécie de arbitrariedade praticada por seus representantes. Nessa linha, o aludido autor menciona:

O Estado Democrático de Direito é, portanto, sinônimo de Estado Constitucional, ou seja, um Estado em que os indivíduos e, em especial, os agentes estatais estão sujeitos à lei, não como no velho paradigma positivista (“sujeição à letra da lei”), mas sujeitos à lei coerente com a Constituição da República (CASARA, 2018, p. 19).

Com isso, frisa-se que todos os atos dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, bem como dos particulares, devem incontestavelmente estar em consonância com o texto constitucional, de modo que uma eventual violação ocasionaria uma afronta direta à democracia.

Com relação ao Direito Internacional, vale frisar que o Brasil, por meio do art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, confere-lhe grande prestígio no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, de modo que, sistematicamente, é incabível que o país entre em colisão com as valorações atribuídas aos direitos humanos no plano internacional. Nesse contexto, apesar de não se traduzir em norma cogente, mas

meramente política – entretanto clara no que diz respeito ao ânimo internacional no que tange à democracia –, é possível mencionar que a Carta Democrática Interamericana, resultante da 3ª Cúpula das Américas, realizada no ano de 2001 em Quebec, no Canadá, direcionada aos membros da Organização dos Estados Americanos – que inclui o Brasil –, foi redigida com o intuito de afirmar que a democracia é um direito dos povos interamericanos, servindo como lastro interpretador e guia para os Estados quando o tema a ser tratado envolve diretamente a democracia. Nas palavras de Valerio Mazzuoli:

A Carta Democrática Interamericana consagra aos “povos da América” o direito à democracia e impõe aos respectivos governos “a obrigação de promovê-la e defendê-la”, entendendo que a democracia “é essencial para o desenvolvimento social, político e econômico dos povos das Américas (art. 1º). Portanto, a Carta atribui aos povos da América o direito à democracia, e aos governos respectivos a obrigação de sua proteção [...] (MAZZUOLI, 2019, p. 176-177).

Consoante ao exposto, o art. 4º do mencionado diploma reforça a responsabilidade atribuída aos atores dos poderes dos Estados em seus papéis de defensores das liberdades de expressão, imprensa, bem como as demais garantias fundamentais e direitos sociais, e, por derradeiro, o infindável respeito à legalidade e instituições basilares do Estado Democrático de Direito, o que, em outras palavras, significa dizer que é função central do poder estatal equilibrar toda a extensão de direitos e garantias fundamentais, de modo que possam conviver em plena harmonia.

Finalmente, valendo-se da interpretação sistemática e do lastro axiológico de que a Constituição deve sempre ser avaliada pelo seu conjunto, isto é, em unidade, é plausível que se diga que a Constituição adota a democracia não só como um direito, mas também como uma garantia fundamental. Em que pesem as demais garantias e direitos fundamentais, bem como posteriores normatizações infraconstitucionais, encontram-se obrigatoriamente entrelaçadas com a concretização dos pressupostos da democracia, de modo que isso pode ser extraído sobretudo dos fundamentos, em especial quando da demarcação, logo no primeiro artigo do texto maior, tanto da pluralidade política quanto da busca pela dignidade da pessoa humana – valores basilares e, de forma inequívoca, historicamente responsáveis pelo surgimento do Estado Democrático de Direito –, e objetivos – sobretudo no inc. IV do art. 3º da

Constituição, que delimita a incessável preocupação em conduzir os interesses coletivos respeitando as inúmeras diversidades presentes na sociedade – de modo que, concomitante a isso, existe um longo rol de direitos fundamentais e sociais positivados no texto constitucional que, em conjunto, formam a base de estabilidade do convívio social, que, por derradeiro, culmina em uma estabilidade democrática.

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ADMISSIBILIDADE DE MITIGAÇÕES EM DETRIMENTO DOS VALORES DEMOCRÁTICOS

Indiscutivelmente, o Estado Democrático de Direito é revestido por direitos e garantias fundamentais que o sustentam em seu pleno funcionamento, de modo que, principalmente no que diz respeito à fomentação e preservação das diversidades políticas e culturais, a liberdade de expressão assume papel central no desenvolvimento de uma Democracia equilibrada, com reverência aos direitos políticos e ao debate das ideias. Com isso, frisa-se que a liberdade de expressão é um direito dotado de transindividualidade, estritamente ligada com a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2019). Como é sabido, apesar de a liberdade de expressão assumir papel protagonista no ordenamento constitucional, é imperioso afirmar que em situações extraordinárias tal liberdade deve ser mitigada, especialmente quando em conflito com outros valores constitucionais, não constituindo, portanto, direito absoluto não passível de restrições. Nesse contexto, torna-se imprescindível mencionar o HC nº 82.424, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que ganhou notoriedade pelo nome “Caso Elwanger”, em que a discussão se pautava na responsabilização criminal de um agente em virtude da publicação de obras que faziam apologia ao regime nazista que vigorou na Alemanha na metade do século passado. A publicação objeto da análise constituía clara ofensa à comunidade judaica, uma vez que, entre outras teses, negava o Holocausto, bem como ligava maliciosamente ao judaísmo o estereótipo de uma personalidade calcada na ganância financeira. Dessa forma, entendeu-se que os atos praticados se encontravam em discrepância com a Constituição brasileira, na medida em que atingia diretamente a dignidade da pessoa humana, fundamento e cerne do diploma constitucional. Com isso, o julgamento em análise acabou por firmar precioso entendimento de que a liberdade de expressão, apesar de ser valor intrínseco à ordem democrática, não é revestida de caráter

absoluto, uma vez que seu véu não concede proteção a manifestações de cunho discriminatório ou revestidos de preconceito, bem como aviltantes à dignidade da pessoa humana, ao passo que permite a responsabilização de eventuais abusos no direito que culminem em infrações penais, no sentido de que não é compatível com a vontade do constituinte a impunidade daquele que comete um crime alegando estar em pleno exercício da liberdade de expressão. Nesse diapasão, o posicionamento da Corte pode ser aferido em voto do Ministro Marco Aurélio, ao dizer que:

[...] A liberdade de expressão presta-se a construir uma sociedade democrática, aberta e madura. Somente com esse intuito é que ela encontra fundamento, o que importa dizer que, mesmo formando o núcleo essencial do princípio democrático, não pode ser caracterizada como um direito absoluto, livre de qualquer tipo de restrição à acomodação. É nesse sentido que o sistema constitucional brasileiro não agasalha o abuso da liberdade de expressão, quando o cidadão se utiliza de meios violentos e arbitrários para a divulgação do pensamento [...].

Em outras palavras, o voto menciona a importância da liberdade de expressão para a construção democrática de uma sociedade, no sentido de que é mandamento constitucional basilar e indispensável para o exercício democrático, como, por exemplo, para a formação e efetivação do pluralismo político, porém ressalta a notoriedade que se têm em delimitar o campo de abrangência do aludido direito, de modo que seus limites são encontrados na própria Constituição, uma vez que funcionam como uma espécie de limitação a uma eventual contrariedade aos valores constitucionais em decorrência do abuso de liberdade. Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 160) menciona que “[...] não se pode atribuir primazia absoluta a liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana”.

Desenhada nesta mesma linha de raciocínio, o Tribunal Constitucional da Alemanha, no ano de 2018, na decisão 1 BVR 673/18, proferiu decisão no sentido de que é plenamente compatível com a liberdade de expressão a responsabilização na seara criminal de um indivíduo responsável pela propagação de manifestações públicas que tinham como escopo negar o Holocausto. Com isso, o posicionamento do mencionado Tribunal se coaduna com a própria noção de constitucionalismo, pautando-se de elementos estruturais da principal carta política do país, como o culto às liberdades, todavia sem invalidar ou enfraquecer elementos históricos e os valores democráticos,

como, por exemplo, a preservação da dignidade da pessoa humana e o respeito à diversidade.

Como se extrai do anteriormente exposto, a liberdade de expressão não é revestida de intocabilidade, mas, eventualmente e de forma a garantir o interesse público, é possível a relativização. Entretanto, faz-se mister pontuar que, assim como o abuso na liberdade de expressar as próprias ideias é indesejado pelo ordenamento jurídico, a censura prévia configura ato igualmente atentatório ao sistema político, de modo que a ponderação deve sempre ser analisada de acordo com o caso concreto. Nessa mesma linha pontua Oscar Vilhena Vieira:

Dessa forma, não é correto fazer um exame entre a liberdade de expressão e a proteção da dignidade humana de forma abstrata e se tentar extrair de uma regra geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exagerada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa afronta violenta contra essa dignidade (VILHENA, 2006, p. 165).

Dessa forma, valida-se a ideia de que eventuais restrições à liberdade de expressão constituem atuação estatal de máxima excepcionalidade, haja vista a incrustrada fundamentalidade do direito em questão para a efetivação dos preceitos constitucionais, de modo que é insustentável a posição de que haja a intervenção com o intuito mitigador ao aludido direito em situações que não estejam permeadas pelo claro interesse público, com o legítimo intuito de resguardar a dignidade da pessoa humana de um ou de um grupo de indivíduos. Nesse sentido, o autor supracitado menciona:

A sociedade civil e política beneficia-se da garantia do livre exercício do direito de opinião como uma forma de se concretizar o princípio democrático. Reduzir a liberdade de expressão a um enfoque meramente individual significa perder, de maneira erosiva, a própria democracia (VILHENA, 2006, p. 186).

Consoante a isso, evoca-se a necessidade de intervenção somente em ocasiões revestidas de conformidade – isto é, a capacidade jurídica, material e fática de a medida

resguardar o bem jurídico em risco; necessidade – em outras palavras, a não extrapolação da atuação, de modo que não caracterize censura; e, por fim, proporcionalidade (ALEXY, 1986). A fusão desses elementos se concretiza no “princípio da proibição do excesso”, que tem por escopo, em regime de ponderação, que não se exercite um direito fundamental em detrimento da invalidação total ou desaparecimento de outro.

4 A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS IMINENTES RISCOS AOS VALORES DEMOCRÁTICOS EM DETRIMENTO DE PRÁTICAS AUTORITÁRIAS

No que diz respeito à contemporaneidade do cenário político nacional, recentemente o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida nos autos do Inquérito nº 4.781, popularmente conhecido como “inquérito dos atos antidemocráticos”, reconheceu o estado de flagrância e conseqüentemente autorizou a prisão do Deputado Federal Daniel Silveira, filiado ao PSL, por crime previsto na Lei de Segurança Nacional, em decorrência de um vídeo publicado na plataforma “YouTube”, onde o parlamentar, de forma explícita, postava-se favorável a medidas contrárias ao regime democrático, legitimando e fomentando a deposição forçada, bem como agressões físicas em desfavor dos ministros atuantes no Supremo Tribunal Federal, de modo que, além disso, se manifestava favorável a uma eventual criação de uma manobra política semelhante ao Ato Institucional nº 5 – diploma legal que vigorou durante o período da Ditadura Militar, fundamentando inúmeros atos de perseguição política e concentração de poder no Executivo – que, nos moldes atuais, afrontaria diretamente uma das vigas mestras da Constituição, a separação dos poderes, bem como um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Em suma, o parlamentar defendia, a um extenso público, a criação de obstáculos ao exercício do poder judiciário, bem como a crença em um atitude com inegável potencial lesivo à noção de Estado Democrático de Direito.

A decisão do Ministro, consoante ao exposto no capítulo anterior, observou as peculiaridades fáticas do caso no momento da limitação da liberdade de expressão do parlamentar, de modo que foram levados em consideração tanto o exercício de cargo público e de manifesto dever de submissão às regras constitucionais como o potencial

de propagação dos ideais manifestados no que diz respeito ao meio de divulgação, nesse caso uma plataforma de livre acesso, com inequívoco poder de proliferação em massa do pensamento. Tal entendimento se mostra concretizado em um trecho da decisão, onde o Ministro Alexandre de Moraes diz:

A previsão constitucional do Estado Democrático de Direito consagra a obrigatoriedade de o país ser regido por normas democráticas, com observância da separação dos poderes, bem como vincula a todos, especialmente as autoridades públicas, ao absoluto respeito aos direitos e garantias fundamentais, com a finalidade de afastamento de qualquer tendência ao autoritarismo e concentração de poder.

É inegável que a Constituição da República Federativa do Brasil não fomenta, tampouco autoriza ou legitima, a propagação de pensamentos expressamente contrários à ordem constitucional posta, como também posições com o condão de colocar em risco a estabilidade do Estado Democrático de Direito, haja vista que, como demonstrado no início do artigo, ao interpretar de forma sistemática o texto da Constituição, à luz do princípio da unidade constitucional, corroborado pela jurisprudência internacional quando da elaboração da “Carta Democrática Interamericana”, é possível afirmar a ideia de que a Democracia constitui um direito fundamental implícito com previsão da Carta Magna, de modo que, predominantemente por seu *status* de direito fundamental, admite-se eventual restrição da liberdade de expressão em seu favor, sem que se constitua censura. Corroborando a tese, em outro trecho da decisão, o mesmo Ministro confirma:

Dessa maneira, tanto são inconstitucionais as condutas e manifestações que tenham a nítida finalidade de controlar, ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático, quanto aqueles que pretendem destruí-lo, propagando a violência, o arbítrio, o desrespeito à separação dos poderes e aos direitos fundamentais, em suma, pleiteando a tirania, o arbítrio, a violência, a quebra dos princípios republicanos.

Partindo deste pressuposto, ao tutelar os valores do Estado Democrático de Direito, cria-se uma chamada “reserva institucional”, que, segundo Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, na obra *Como as democracias morrem*, pode ser conceituada como:

[...] O ato de evitar ações que, embora respeitem a lei, violam claramente o seu espírito. Quando as normas de reserva são robustas, políticos não usam suas prerrogativas institucionais até o limite, mesmo que tenham o direito legal de fazê-lo, pois tal ação

pode pôr em risco o sistema existente (LEVITSKY, ZIBLATT, 2018, p. 107).

Nesse contexto, o que esse pensamento pretende afirmar é que as regras democráticas e os mandamentos advindos do cerne da Constituição, isto é, a dignidade da pessoa humana e os valores democráticos, constituem uma reserva de garantia responsável pela estruturação, funcionamento e estabilidade das regras do jogo democrático vigente, a proporção que atitudes, embora aparentemente abrangidas pelo texto constitucional, como o exercício da liberdade de expressão, podem, em determinados casos, ainda que aparentemente legais, ser inequivocamente nocivos à democracia constituída.

No cenário político, os efeitos de uma possível face absoluta, ou de impossibilidade quase que plena de mitigação, se traduz em efeitos nefastos para o andamento e funcionamento legítimo das instituições basilares da democracia. Nesse sentido, levando em consideração turbulento cenário político global, com uma crescente do pensamento autoritário, faz-se razoável a menção à disciplina jurisprudencial da liberdade de expressão adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que, em sede de interpretação da Primeira Emenda, do ano de 1791, frisou entendimento no sentido de conceder primazia à liberdade de expressão em detrimento de outros bens constitucionais. Nesse sentido, discorre Ingo Wolfgang Sarlet:

Assim, nos EUA, mesmo manifestações de natureza inequivocadamente contrárias à realidade fática, incluindo a negação do holocausto, mas também outros como manifestações neonazistas, afirmação da supremacia branca, queima de cruzes em frente a residências afrodescendentes e mesmo (respeitados alguns pressupostos) a exortação ou apoio a atos de violência concretos e discriminatórios são tidos, em regra, como protegidos pela primeira emenda (SARLET, 2019, p. 1214).

Em decorrência do amplo espaço de alegação da liberdade de expressão, conforme dados estatísticos divulgados pelo FBI, publicados no Brasil pela BBC News, o número de crimes de ódio nos Estados Unidos da América cresceu 17% no ano de 2017 em comparação com o ano de 2016, de modo que houve um salto de 6.121 crimes para 7.175. Quando recortados, evidenciam que os principais grupos atingidos pelos atos discriminatórios constituem minorias no aspecto social, e a fração mais atingida é a da população negra, com 2.013 casos, seguida pelos judeus, com 938 ocorrências. Tal estatística não é fruto de acaso ou de mera coincidência, mas sim de uma escalada

política do ex-presidente dos EUA, Donald Trump, que viveu seu auge de popularidade no ano de 2017. Sob o manto da extrema liberdade de expressão, ele atribuía a crescente onda de violência no país, bem como a alta do desemprego, aos imigrantes, visando à criação de grupos inimigos do bem-estar dos americanos, responsáveis pela suposta devastação da nação (KAKUTANI, 2018). Aliado a isso, soma-se o entendimento de que existe uma propensão popular de aderir, tolerar e propagar discursos discriminatórios e contrários à noção de democracia quando um sentimento de perigo a seu bem-estar é implantado em seu meio (LEVITSKY, ZIBLATT, 2018), o que resulta, inegavelmente, nos dados expostos.

Nesse contexto, portanto, frisa-se a noção de que um político com tendências autoritárias munido de uma noção absoluta de liberdade de expressão constitui verdadeira arma de erosão do Estado Democrático de Direito, uma vez que, em grande parte, o autoritarismo provém de *outsiders* políticos, isto é, atores políticos populistas com mensagens de rompimento com a ordem vigente, de tal modo que atribuem a esta uma série de problemas, que encontram solução única e exclusivamente em medidas autoritárias, como, por exemplo, a supressão de tribunais constitucionais ou de órgãos legislativos. Quanto a isso, mencionam Steven Levitsky e Daniel Ziblatt:

Para os outsiders, porém, sobretudo aqueles com inclinações demagógicas, a política democrática é, com frequência, considerada insuportavelmente frustrante. Para eles, freios e contrapesos são vistos como uma camisa de força (LEVITSKY, ZIBLATT, 2018, p. 80).

A isso, somam-se os meios de comunicação em massa e as redes digitais, que conectam o mundo todo, criando uma sensação de que a regra máxima é a liberdade de expressão, de modo que, em decorrência desse fenômeno, se instaura uma era de pós-verdade, isto é, uma confusão entre fatos e opinião, em que a única certeza é a incerteza, relativizando o fato a uma opinião particular, o que, em manobra populista, favorece a criação de uma política do medo, legitimando inúmeras vezes que ecoam discurso de ódio e a descrença generalizada nas instituições basilares da democracia (CASTELLS, 2018). Com a instauração da pós-verdade, e o uso desenfreado de falsas informações – *fake news* – sob a afirmação de “minha verdade”, seguida da alegação de que constitui pleno exercício da liberdade de expressão, a sociedade é permeada por uma indefinição no que diz respeito aos conceitos de fato, realidade e ficção, de modo que a mentira torna-se meio de política e governabilidade (KAKUTANI, 2018), a proporção que as

instituições democráticas dotadas de capacidade de frear um governo autoritário são os principais alvos das *fake news*, como, por exemplo, a legitimidade das eleições. A esse respeito, discorre Ingo Wolfgang Sarlet:

O fenômeno, cada vez mais crescente, do compartilhamento desenfreado de notícias falsas, as assim chamadas *fake news*, assim como técnicas de desinformação, põe em xeque a legitimidade e o correto andamento do pleito eleitoral, acirra sectarismos, instila divisão social, gera níveis preocupantes de instabilidade política e mesmo representa, cada vez mais, ameaças concretas para a democracia e o funcionamento regular de suas instituições estruturantes (SARLET, 2020, p. 536).

Aliado a isso, soma-se o crucial direito de informação – que compreende o direito de informar e de ser informado – assegurado pelo constituinte, – já que a propagação de informações, em especial no mundo globalizado, onde as redes digitais assumem o papel principal de divulgação das opiniões, passa indiscutivelmente pela liberdade de expressão, de modo que, nas palavras de Ingo Sarlet:

O direito à informação, aqui na perspectiva do direito de ser informado e do acesso à informação, passou, outrossim, a operar como elemento central de um Estado Democrático de Direito, seja pelo fato de permitir o exercício consciente e responsável da cidadania e dos direitos políticos, seja como meio de assegurar o controle social e a transparência e publicidade por parte do poder público e dos seus atos (SARLET, 2019, p. 689).

Dessa forma, o uso ilimitado e despreocupado da liberdade de expressão se traduz em uma obscuridade ao redor das informações que cercam o cotidiano. Um recente estudo denominado “iceberg digital”, realizado pela empresa mundial de cibersegurança Kaspersky, demonstrou que 62% dos brasileiros não sabem reconhecer uma *fake news*, o que corrobora com os dados publicados pelo portal G1, de que cerca de 70% dos brasileiros com acesso à internet já acreditaram em uma *fake news* relacionada ao coronavírus, o que, além de atingir o direito a ser informado, ocasiona uma violação em série de vários outros direitos constitucionais, como, por exemplo, o direito à vida, sobretudo em uma pandemia de escala global. Desses dados, extrai-se uma nefasta realidade de que cada vez mais o direito à informação, em decorrência do desenfreado uso das liberdades, sobretudo a de expressão, vem sendo envolto em uma névoa de insegurança.

Ao estudar o autoritarismo, em sua clássica obra *As origens do totalitarismo*, Hannah Arendt afirmou que, tratando-se de um governo autoritário, o súdito ideal não se trata do ideologicamente fanático e incessável defensor do regime, mas sim aquela

pessoa que não possui mais condições de diferenciar os fatos da ficção. Segundo a historiadora, uma sociedade envolta em uma película de incertezas cria um ambiente extremamente fértil para a semente do autoritarismo, uma vez que, em virtude da confusão criada, medidas e pensamentos autoritários passam a ser encarados como uma solução em potencial para uma sociedade supostamente mergulhada em crise (LEVITSKY, 2018). Posto isto, faz-se a correlação de que o processo para a criação de um obscurantismo ao redor da informação se inicia com um uso abusivo da liberdade de expressão, de tal modo que em sociedades em que os limites não são claros, tal abuso pode facilmente ser confundido com um pleno exercício do direito.

Portanto, dentro de uma sociedade estruturada, com instituições e valores direcionados à proteção da democracia, a limitação casuística, excepcional e razoável da liberdade de expressão é fundamental para a estabilidade política, principalmente quando em detrimento da proteção de valores do Estado Democrático de Direito consagrados na Constituição Federal, uma vez que é possível afirmar categoricamente que, por uma análise da Constituição em unidade, a democracia é direito fundamental do povo brasileiro, de modo que todo posicionamento político revestido de potencial lesivo ao arcabouço democrático não deve ser tolerado, tampouco normalizado e tratado com indiferença.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, foi demonstrada a preocupação do texto constitucional com os valores democráticos e constitucionais, isto é, com a formação de uma sólida base que culmina na efetivação do Estado Democrático de Direito. Foi possível adotar o entendimento de que, à luz da unidade constitucional, bem como de uma técnica sistemática de interpretação do texto legal da Constituição, os pressupostos basilares da democracia, que culminam no pleno Estado Democrático de Direito, constituem um direito intrínseco e inerente à sociedade como um todo, de modo que é inegável que, para a efetivação como um todo dos mandamentos constitucionais, a existência de uma democracia estável e plural. Tal afirmação é corroborada pela Carta Democrática Interamericana, que, em sua principal previsão, institui a democracia como um direito fundamental e intocável dos povos latinos. Somado a isso, elenca-se o histórico brasileiro de indiscutível sofrimento em virtude de sequenciados governos autoritários, pautados principalmente na concentração de poder. E em análise histórica do texto da

Constituição Federal, entendeu-se que sua promulgação teve como um dos principais objetivos desgarrar o ordenamento jurídico e a sociedade do passado autoritário.

Em seguida, foi frisada a importância do direito à liberdade de expressão dentro do ordenamento jurídico, uma vez que a efetivação do mencionado direito é imprescindível para a concretização do fundamento constitucional de pluralidade política, bem como do crescimento político e científico. Entretanto, a problemática ao redor da liberdade de expressão recai em seu uso abusivo, de tal modo que eventuais abusos não são tolerados pelo direito constitucional, haja vista a potencial lesividade aos valores democráticos quando da exacerbação de tal direito, sobretudo no campo político como mecanismo eleitoral, flertando com o autoritarismo.

Explicitada a problemática, para a formulação do raciocínio foram utilizadas decisões do Supremo Tribunal Federal com o intuito de demonstrar a tendência dos intérpretes máximos da Constituição de tolerar eventuais e excepcionais mitigações à liberdade de expressão. Foram analisadas as decisões proferidas no que ficou popularmente conhecido como “Caso Ellwanger” – que, entre outras teses, definiu-se que a liberdade de expressão não pode ser invocada para permitir ofensas que culminem em lesões à dignidade da pessoa humana de um indivíduo ou de determinado grupo – e o Inquérito nº 4.781 do Supremo Tribunal Federal, que, em decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, entendeu que a liberdade de expressão do Deputado Federal Daniel Silveira deveria ser mitigada em detrimento de atos ilícitos, tipificados na Lei de Segurança Nacional, e sobretudo contrários e com intenso potencial destrutivo a valores democráticos essenciais, como a separação dos poderes.

Corroborando com a tese de que o uso desenfreado da liberdade de expressão cria um intenso e profundo caos social, foi analisado o posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, que, em caráter inegável, adota posição de preferência no que tange à liberdade de expressão em detrimento de outros bens jurídicos, entendimento que foi levado ao nível extremo no momento da ascensão política de Donald Trump, um *outsider* político que esgotava seu direito de liberdade de expressão ao propagar uma sociedade em crise, elencando inimigos específicos, o que culminou no crescimento dos crimes de ódio contra grupos minoritários, como os negros e judeus nos EUA.

Somado a isso, a evidente corrosão do direito à informação quando do exercício ilimitado da liberdade de expressão se traduz em uma enorme barreira à efetivação dos mandamentos constitucionais, ao passo que a criação de diferentes verdades acerca de

um mesmo fato se solidifica em uma confusão entre fato e ficção, formando uma sociedade cujo máximo padrão é a incerteza.

Ante o exposto, conclui-se que a mitigação da liberdade de expressão em detrimento dos valores basilares do Estado Democrático de Direito é plenamente possível, haja vista que, sistemática e historicamente, a democracia é igualmente um direito fundamental. Entretanto, tal relativização sempre deverá ocorrer de forma excepcional e principalmente de forma razoável, pois a censura é tão corrosiva à democracia quanto a liberdade de expressão levada ao posto absoluto. Tal entendimento faz-se necessário para a preservação da estabilidade democrática, bem como da conservação dos valores constitucionais, frutos de intensa luta no passado, de tal modo que é intrínseco ao texto constitucional brasileiro o repúdio à tirania e ao autoritarismo, formas de governo que o exacerbado uso da liberdade de expressão tem o potencial de alimentar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BBC NEWS BRASIL. **FBI: Crimes de ódio nos EUA crescem e atingem principalmente negros e judeus**, 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-46202965>>. Acesso em: 24 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 82.424**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INQUÉRITO 4.871**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jul. 2021.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

G1. **Mais de 70% dos brasileiros com internet já acreditaram em uma fake news sobre coronavírus.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/05/03/mais-de-70percent-dos-brasileiros-com-internet-ja-acreditaram-em-uma-fake-news-sobre-coronavirus.ghtml>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

HANNAH, Arendt. **As origens do autoritarismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade:** notas sobre a mentira na era Trump. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

KASPERSKY. **62% dos brasileiros não sabem reconhecer uma fake news.** Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/about/press-releases/2020_62-dos-brasileiros-nao-sabem-reconhecer-uma-noticia-falsa>. Acesso em: 23 jul. 2021.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos.** 6ª ed. São Paulo: Método, 2019.

O GLOBO. **Comissão da verdade aumenta lista de mortos para 434 nomes,** 30 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/comissao-da-verdade-aumenta-lista-de-mortos-para-434-nomes-14695203>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais** [S.l.], v. 5, n. 3, p. 1207-1233, dez. 2019. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/428>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

_____ ; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “fake news” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 534-578, set. 2020. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/522>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

_____ ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.