

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JOSÉ ANTONIO DE FARIA MARTOS

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Antonio de Faria Martos; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-475-4

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

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

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

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

APRESENTAÇÃO DO LIVRO DO GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

É com imensa honra e satisfação que apresentamos, nessa oportunidade, o livro contendo os trabalhos apresentados e debatidos pelo Grupo de Trabalho: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, contendo artigos instigantes, atuais e polêmicos, reunidos em vários grupos temáticos, com pesquisadores de pós-graduação de universidade públicas e privadas de todo o Brasil.

Esse Grupo de Trabalho esteve reunido para a apresentações e debates dos trabalhos aprovados, na tarde de 15 de junho de 2022, sob a coordenação da professora Doutora Riva Sobrado de Freitas, da Universidade do Oeste de Santa Catarina; do professor Doutor José Antônio de Faria Martos, da Faculdade de Direito de Franca e do professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva, da Universidade Federal de Sergipe.

Entre os temas selecionados para a apresentação nessa tarde de evento, encontramos trabalhos relevantes que pontuaram a necessidade da proteção dos Dados Pessoais enquanto Direitos Fundamentais: ressaltando a necessidade do respeito à privacidade decisória;

De outra parte, diferentes trabalhos retomaram o debate acerca da Liberdade de Expressão e seus possíveis limites, tais como o humor, e os desafios contemporâneos no do combate à homofobia.

Observamos também a presença de textos relevantes que colocaram em questão direitos contraceptivos, como o aborto; o empoderamento feminino; em face do fanatismo patriarcal, equidade de gênero e a violência sexual contra a mulher.

Os desafios contemporâneos em relação ao Direito à Educação em face do retrocesso promovido pelas pautas conservadoras, também foram tratados, onde se evidenciou uma inequívoca deterioração ética, para além da exclusão de setores vulneráveis da população.

Observamos portanto, nos trabalhos apresentados e nos debates que se seguiram uma grande gama de temas contemporâneos de extrema relevância.

Convocamos todos à leitura e à reflexão.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADPF 130: POSIÇÃO PREFERENCIAL X TUTELA INIBITÓRIA PREVISTA NO ARTIGO 12 DO CÓDIGO CIVIL

FREEDOM OF SPEECH PURSUANT TO THE DECISION ON ADPF 130: PREFERENTIAL POSITION VS. INHIBITORY PROTECTION PROVIDED BY ARTICLE 12 OF THE CIVIL CODE

Renata Peruzzo ¹
Fernanda Nunes Barbosa ²

Resumo

O presente trabalho analisa julgamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de Reclamação Constitucional após a ADPF 130 relativamente a conflitos entre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais em sede de tutela inibitória, por meio de abordagem quanti e qualitativa, a partir de pesquisa bibliográfica e documental com exame da jurisprudência. A pesquisa encontrou setenta e um julgados, sendo que treze versavam sobre tutela inibitória e demonstraram não haver divergência interna teórica sobre a posição preferencial da liberdade de expressão no cenário brasileiro. Mas encontrou-se divergência na interpretação do contexto fático geradora de decisões que poderiam ser consideradas conflitantes.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Posição preferencial, Direitos fundamentais, Prevenção, Dano

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes decisions of the Federal Supreme Court in the seat of Complaint after ADPF 130 regarding conflicts between freedom of expression and other fundamental rights in the seat of injunction, through a quantitative and qualitative approach, based on bibliographic and documentary research with an examination of jurisprudence. The research found seventy-one decisions, thirteen of which dealt with injunctions and demonstrated that there was no theoretical internal divergence about the preferential position of freedom of expression in the Brazilian scenario. But divergence was found in the interpretation of the factual context that generated decisions that could be considered conflicting.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of speech, Preferred position, Fundamental rights, Prevention, Damage

¹ Mestranda em Direitos Humanos pela UniRitter, com bolsa CAPES-PROSUP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade IDC. Secretária de Desembargador no Tribunal de Justiça do RS.

² Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora do Mestrado em Direitos Humanos do UniRitter.

1 INTRODUÇÃO

A temática envolvendo a liberdade de expressão é identificada facilmente nas relações sociais, e o reconhecimento e a efetividade dessa liberdade constitui símbolo de uma sociedade democrática. Sarmiento (2006, p. 280) aponta o intenso debate, sobretudo nos Estados Unidos, a respeito do papel preponderante da liberdade de expressão: se proteção da autonomia individual, tendo-se por referência autores como Ronald Dworkin, ou se promotora da democracia, conforme defendido por aurores como Owen Fiss. Não obstante, o próprio desenvolvimento dessas relações sociais propicia o surgimento de conflitos diversos que clamam por solução, atualmente, predominantemente junto ao Poder Judiciário.

Dentre tais conflitos, destacam-se aqueles concernentes à liberdade de expressão frente à honra, à imagem e à vida privada daqueles (pessoas ou grupos) sobre quem se manifesta. Ou seja, põe-se em confronto, de um lado, o direito à liberdade de expressão e, de outro, os direitos da personalidade¹.

O direito à liberdade de expressão encontra proteção multinível. Nos termos do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem-se que: “Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”. Em âmbito regional, o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada no Brasil através do Decreto nº 678, de 06/11/1992) prevê, nas disposições mais diretamente relacionadas à presente pesquisa, o quanto segue:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
 - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

¹ Para uma análise da relação entre os direitos da personalidade e a cláusula geral de tutela da pessoa humana prevista na CF/88, veja-se, por todos: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar. 2010.

Já a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso IV, preceitua ser “livre a manifestação do pensamento”, estabelecendo, ainda, no inciso IX do mesmo artigo, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Ocorre que essa proteção multinível também se configura no tocante a outros direitos fundamentais. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece em seu artigo 12 que: “Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. O item 2, “a” do artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica, estabelece como limite à liberdade de expressão “o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas”. E a Constituição Federal prevê, no artigo 5º, inciso X, que “são 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”.

O que o presente trabalho pretende analisar é como o Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado após ter julgado a ADPF 130, em 30/04/2009, diante de conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, especificamente no tocante a pretensões relacionadas a impedir a ocorrência de um dano. Trata-se da tutela inibitória, que, segundo explica Marinoni (2019, p. 36), é definida “por uma real necessidade de impedir a violação de direitos considerados fundamentais”, de modo a que a tutela destes seja efetiva e concreta, “deixando de lado a necessidade de apenas preservar a liberdade do cidadão”.

O julgamento da ADPF nº 130, para além de essencial no estudo da liberdade de expressão em geral, tem sido invocado em sede de reclamação constitucional perante a Suprema Corte brasileira e, dentre as várias lições contidas em seus fundamentos, contém uma que aparentemente conflita com a orientação doutrinária expressa no Enunciado nº 613 do Conselho da Justiça Federal, que dispõe: “A liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro”. Cuida-se de enunciado aprovado na VIII Jornada de Direito Civil do CJF, realizada nos dias 26 e 27 de abril de 2018. Como justificativa do Enunciado, apresentou-se (CJF, 2018):

“Justificativa: Difundiu-se a tese de que a liberdade de expressão teria posição preferencial em colisões com outros direitos fundamentais, decorrente de sua estreita conexão com o princípio democrático. Efeito comumente extraído desta premissa é a primazia de soluções que permitam a divulgação ou mantenham em circulação a informação reputada lesiva a um direito (ex: retratação pública, direito de resposta, compensação pecuniária etc.).

No entanto, os direitos da personalidade, que colidem frequentemente com a liberdade de expressão, também possuem elevado “peso abstrato”, em razão de sua conexão direta e imediata com a dignidade da pessoa humana, verdadeiro fundamento da

República. Assim, revela-se arbitrária qualquer tentativa apriorística de privilegiar algum desses direitos. A relação de prevalência deverá ser determinada à luz de elementos extraídos do caso concreto.

Assim, não devem ser excluídos meios de tutela que possam se revelar adequados à proteção do direito da personalidade lesado. Isto inclui a possibilidade de interromper a circulação de informações (ex: retirar das bancas revista que divulgue fotos íntimas de ator famoso) ou impedir sua publicação (ex: biografia que retrate a vida do biografado de maneira desconectada da realidade, relatando fatos comprovadamente inverídicos).

Em determinados casos, chega-se a propor a limitação dos remédios disponíveis ao lesado à solução pecuniária (indenização). É de se recordar, porém, que o que a Constituição assegura a todo cidadão não é o direito a ser indenizado por violações à privacidade; é o direito à privacidade em si.”

A presente pesquisa será quanti e qualitativa, a partir de pesquisa bibliográfica e documental com análise jurisprudencial, especificamente de precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITOS DA PERSONALIDADE E A TUTELA INIBITÓRIA PREVISTA NA PRIMEIRA PARTE DO ARTIGO 12 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Nos termos do artigo 5º, incisos IV e IX, da Constituição Federal de 1988, “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Cuida-se do direito à liberdade de expressão, que, segundo Sarmiento (2018, p. 260), somente veio a se desenvolver como um direito “no contexto do iluminismo jusnaturalista”, vindo a ser consagrado a partir do século XVIII nas “principais declarações de direitos e documentos constitucionais”.

Temas envolvendo a liberdade de expressão e todos os direitos que lhe são correlatos, como a liberdade de reunião, a liberdade de imprensa e o direito à livre manifestação do pensamento, são, constantemente, objeto de reflexão e debate. E, embora conceitos e parâmetros para a solução de conflitos sejam sugeridos pela doutrina (BARBOSA, 2016, p. 229) e pela jurisprudência (STF, 2018, Rcl 22.328), não se pode afirmar sejam imutáveis ou mesmo de fácil identificação. É o que se pode depreender dos estudos em torno da interpretação da Primeira Emenda à Constituição norte-americana pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Conforme expõe Facchini Neto (2020, p. 134), data de 1919 o julgamento do primeiro caso em que a Suprema Corte dos Estados Unidos foi instada a “interpretar e aplicar a freedom of expression clause”. Trata-se do caso *Schenck v. United States*, em que o *Justice* Oliver Wendell Holmes Jr. defendeu a inexistência de uma liberdade absoluta e irrestrita, sendo necessária a

análise das circunstâncias e contextos em que exercitada, ponderando-se a potencialidade que as palavras proferidas têm de gerar riscos e males que legitimamente o Estado pode evitar (FACCHINI NETO, 2020, p. 135). No mesmo ano, Holmes, que ficou conhecido por seu pragmatismo e pela frequência com que seus votos eram vencidos nos julgamentos da Suprema Corte americana (GODOY, 2007), defendeu, “*ao julgar o emblemático caso Abrams, (...) a necessidade de uma ampla liberdade de expressão*” (FACCHINI NETO, 2020, p. 136). Seu livro *The Common Law*, de 1881, é reconhecido ainda hoje como um dos mais importantes trabalhos sobre a jurisprudência norte-americana nas grandes áreas do direito em que também o livro é dividido, incluindo o direito de danos, o direito criminal e o direito das sucessões, reconhecendo, explicitamente, os interesses de políticas públicas que os princípios jurídicos devem refletir (SCHWEICH, 2004). Por fim, conforme Binbenbojn e Pereira Neto (2005, p. 22), é dele a metáfora do *marketplace of ideas*, usada pela primeira vez em *Abrahms vs. United States* (1919).

No Brasil, uma busca no *site* do Supremo Tribunal Federal por meio da inserção da locução “liberdade de expressão” na seção de pesquisa de jurisprudência retorna que o primeiro julgamento envolvendo o tema também data de 1919. A questão levada ao Supremo Tribunal Federal por meio do Habeas Corpus nº 4781 dizia respeito à liberdade de reunião e pode ser resumida assim: em 25/03/1919, “Miguel Calmon e Pedro Lago e outros pretendiam realizar, na praça Rio Branco”, Salvador/BA, um comício “a favor da candidatura do impetrante”, e também paciente, Ruy Barbosa, “ao cargo de Presidente da República”. O comício foi dispersado por soldados à paisana com tiros de arma de fogo. Em seu voto, o Relator, Ministro Edmundo Lins, afirmou o cabimento do remédio constitucional eleito, eis que “é certo, líquido e incontestável o direito que têm todos os indivíduos de se associarem e de se reunirem, livremente e sem armas, para manifestarem seu pensamento pela tribuna, sem dependência de censura, não podendo a polícia intervir senão para manter a ordem pública” (STF, 1919, HC 4781/BA). Os contornos e desafios da liberdade de reunião na atualidade, marcada por longo período de isolamento social em razão da epidemia de Covid-19 (2020-2021) que acelerou e intensificou o uso da *internet* para viabilizar o exercício da dessa liberdade, diversificaram-se. A título ilustrativo, pode-se mencionar a invasão de reuniões virtuais por *hackers*, como noticiado na rede mundial de computadores (ROSSI, 2021). O fato é que, de 1919 a 2021, muitas foram as oportunidades que o Supremo Tribunal Federal teve para interpretar a liberdade de expressão e seus direitos correlatos.

Assim, considerando a finalidade específica do presente trabalho e a necessidade de delimitação do tema, destaca-se o julgamento da ADPF nº 130, considerado um marco na

jurisprudência brasileira, a partir do qual o Supremo Tribunal Federal passou a se apresentar, concretamente, como “um firme guardião das liberdades de expressão e de imprensa no país” (SARMENTO, 2020, p. 99).

A questão à qual a presente pesquisa se volta diz respeito ao previsto na primeira parte do artigo 12 do Código Civil, segundo a qual “Pode-se exigir que cesse a ameaça...a direito da personalidade”, especificamente em casos envolvendo o conflito entre liberdade de expressão e ameaça de lesão a direitos da personalidade.

Em interpretação ao disposto no artigo 12 do Código Civil, na VIII Jornada de Direito Civil, foi elaborado o já referido Enunciado nº 613 do Conselho da Justiça Federal, nos seguintes termos: “A liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro”. Cuida-se de orientação que encontra eco em posicionamentos como o de Lôbo (2021, p. 21), para quem a liberdade de imprensa, diante do disposto, exemplificativamente, no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, não prevalece sobre os direitos da personalidade.

3 A ADPF Nº 130 E A POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O Partido Democrático Trabalhista (PDT), em 19/02/2008, ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal, autuada sob o nº 130 e distribuída à relatoria do então Ministro Carlos Ayres Britto (STF, 2003-2012).

Por ocasião do julgamento da ADPF nº 130, concluído em 30/04/2009, o Supremo Tribunal Federal declarou a não recepção da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) pela Constituição Federal de 1988, explicitando a inviabilidade de censura prévia no tocante à liberdade jornalística. Salientou, o Ministro Relator, ser “*definitiva lição da História que, em matéria de imprensa, não há espaço para o meio-termo ou a contemporização. Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica*” (STF, 2009).

Ainda, exaltou a importante contribuição da imprensa transparente para a informação do cidadão no exercício do seu direito de acompanhar de perto “as coisas do Poder”, que por sua vez é robustecida pela internet. Nesse precedente, o STF reafirmou o contido na Constituição Federal quanto à vedação da censura prévia, “*inclusive a procedente do Poder Judiciário*”, extensiva tal vedação à rede mundial de computadores. E explicitou que, no tocante à imprensa, salvo as disposições contidas no artigo 139 para o estado de sítio, é de se respeitar “*sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja*”.

Assim que, baseado na lógica de “autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil”, reconheceu a não recepção da antiga lei de imprensa (Lei nº 5.250/67).

Essa vedação à censura prévia, no entanto, conforme restou consignado expressamente no julgado, não impede que *a posteriori* haja a responsabilização, civil, penal ou administrativa, do emissor das declarações. A leitura desse precedente evidenciaria a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da denominada doutrina das restrições prévias, cuja aplicação, tradicionalmente, remete à legitimidade apenas de responsabilidade posterior ao exercício da liberdade de expressão - e direitos correlatos (TOLLER, 2010, p. 29). Nesse sentido, destacam-se as afirmações no sentido de que: “*Quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja*” e “*não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País após o rótulo de ‘plena’*” (STF, 2009).

Sarmiento (2020, p. 94-95) questiona a adequação e a correção dessa orientação de prioridade absoluta e incondicional da liberdade de imprensa sobre direitos da personalidade, sobretudo frente à Constituição Federal.

No mesmo sentido, Lôbo (2021, p. 22) refere que: “Ao que parece, o STF decidiu ainda sob o impacto da história da censura arbitrária, ideológica e violenta que se abateu sobre a imprensa, enquanto perdurou a ditadura militar”. E que, “Ao bloquear medidas preventivas de ofensas, ou a interrupção das ofensas continuadas ou repetidas pelos veículos de imprensa, condenou permanentemente as vítimas à imolação moral” (LÔBO, 2021, p. 23).

Chequer (2017, p. 249), por outro lado, discorrendo sobre a liberdade de expressão e sua função democrática, refere que:

considerar a liberdade de expressão, quando relacionada a temas de interesse público, como direito fundamental preferencial *prima facie*, em verdade, representa inserir a democracia no cenário brasileiro com um elemento essencial de interpretação jurídica no tocante aos direitos fundamentais, garantindo, assim, que as pessoas sejam tratadas, efetivamente, como livres e iguais.

Esse posicionamento de Chequer seria um posicionamento intermediário entre aceitar uma posição preferencial em abstrato das liberdades de expressão e de informação ou afastá-las, como exposto no Enunciado 613 das Jornadas do CNJ antes referido. Isso porque, no entendimento do autor, apenas se a reconheceria nos casos de *temas de interesse público* (CHEQUER, 2017, p. 329-333).

Ocorre que a posição preferencial *prima facie* da liberdade de expressão remete a um outro fenômeno que merece atenção: o denominado efeito resfriador (*chilling effect*). Uma das formas de estudar o efeito resfriador é especialmente no tocante à liberdade de imprensa, onde referido efeito poderia ser descrito como a privação autoimposta por certos jornalistas de se expressar “sobre determinado assunto ou de determinada forma a que a eles, a princípio, seria assegurada pelo ordenamento jurídico”, isso “pelo temor de sofrerem consequências jurídicas e diante da incerteza e insegurança jurídica na matéria” (LEBA, 2021, p. 127). Uma abordagem mais ampla do efeito resfriador identifica o silenciamento como efeito não apenas de ações judiciais, sejam cíveis ou penais, mas também como decorrência de alguma espécie de intimidação (LEBA, 2021, p. 24-25).

Daí que, para alguns autores, a responsabilização *a posteriori*, em certos casos, configuraria censura judicial. Nesse sentido, MELLO (2019, p. 46) define censura judicial como “o poder de proibir ou punir que os juízes exercem sobre a legitimidade da expressão de uma determinada ideia, opinião, notícia ou informação anteriormente publicada ou sobre a própria publicação de um determinado conteúdo”. Para o autor, no regime democrático, os juízes exercem o papel atribuído aos censores na época da ditadura, sendo o efeito resfriador (*chilling effect*) uma das consequências da censura judicial (MELLO, 2019, p. 47). Isso porque, explica, diante da possibilidade de sofrer sanção civil ou penal, o emissor do discurso tem a tendência de calar (MELLO, 2019, p. 48). Há duas referências trazidas pelo autor que merecem destaque: o precedente norte-americano *New York Times v. Sullivan*, onde o Juiz Brennan referiu que o medo de ser condenado ao pagamento de uma indenização pode ser mais inibidor do que o medo de ser processado criminalmente e o caso *Tristán Donoso v. Panamá*, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos também afirmou que o temor por uma sanção civil pode ser mais intimidante ao exercício da liberdade de expressão do que uma sanção penal, já que tem o potencial de comprometer a vida pessoal e familiar, resultando em autocensura tanto para o condenado como para outros indivíduos. Quanto a este julgado, vale a transcrição do §129 (CIDH, 2009):

129. Finalmente, apesar de a sanção penal de dias-multa não parecer excessiva, a condenação penal imposta como forma de responsabilidade ulterior estabelecida no presente caso é desnecessária. Adicionalmente, os fatos sob exame do Tribunal evidenciam que o temor à sanção civil, diante da pretensão do ex-Procurador de uma reparação civil sumamente elevada, pode ser, a todas as luzes, tão ou mais intimidante e inibidora para o exercício da liberdade de expressão que uma sanção penal, na medida em que tem o potencial de comprometer a vida pessoal e familiar de quem denuncia um funcionário público, com o resultado evidente e muito negativo de autocensura, tanto para o afetado como para outros potenciais críticos da atuação de um servidor público.

No próximo tópico, serão expostos os resultados da pesquisa jurisprudencial proposta.

4 A POSIÇÃO DO STF EXTERNADA EM RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS PROPOSTAS SOB A ALEGAÇÃO DE AFRONTA À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADPF Nº 130

Realizada pesquisa no *site* do Supremo Tribunal Federal, mediante a inserção dos termos “ADPF 130” no campo principal e seleção, no filtro “Base”, do tipo de decisão “acórdãos”, e no filtro “Classe”, do tipo de processo “Rcl” (reclamação constitucional), foram encontrados 71 (setenta e um) julgados, cujas demandas originaram-se em 20 (vinte) Estados da Federação. Do total, 5 (cinco) julgados foram provenientes do Plenário do Supremo Tribunal Federal, 36 (trinta e seis) da Primeira Turma e 30 (trinta) da Segunda Turma. Optou-se por restringir a pesquisa aos julgados provenientes de reclamação constitucional por ser esse o instrumento, conforme disposto no artigo 102, I, “I”, da Constituição Federal, para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como por haver expressa previsão legal para a hipótese de descumprimento da decisão proferida em sede de ação de descumprimento de preceito fundamental, conforme dispõe o artigo 13 da Lei nº 9.882/1999. Consoante expõe Luiz Guilherme Marinoni no tocante à autoridade das decisões proferida pelo Supremo Tribunal Federal (2021, p. 1272):

...a autoridade dos precedentes do STF constitui a afirmação da coerência do direito e a preservação da segurança jurídica. O desrespeito a precedente constitucional não constitui mera decisão equivocada, mas revela negação da autoridade do STF, colocando em grave risco a coerência da ordem jurídica, a confiança justificada nas decisões do Poder Público e o direito fundamental à duração razoável do processo.

Além disso, optou-se por restringir a busca a ações que tivessem como parâmetro a decisão proferida na ADPF nº 130 por ter sido este o primeiro julgamento proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade a afirmar a posição preferencial da liberdade de expressão – nos termos do §3º do artigo 10 da Lei nº 9.882/99, “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”. Por fim, foram analisadas apenas decisões que passaram pelo crivo dos órgãos colegiados do Supremo Tribunal Federal, ou seja, não foram analisadas decisões monocráticas, tendo em vista a complexidade da temática relacionada à liberdade de expressão em conflito com outros direitos fundamentais,

a exigir, segundo expressamente consignado na ADPF nº 130, análise caso a caso, o que leva, para a finalidade do presente artigo, a privilegiar os entendimentos provenientes de decisões proferidas colegiadamente em detrimento das monocráticas.

Dos 71 (setenta e um) julgados, 13 (treze) tinham por objeto decisões que haviam determinado a abstenção de publicação/manifestação. Essas são as decisões que interessam ao presente trabalho.

De apreciação pelo plenário do STF, apenas a Reclamação nº 9428, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgada em 10/12/2009, guarda pertinência com a presente pesquisa. A decisão objeto da reclamação consistia em decisão liminar em ação inibitória que ordenava à empresa jornalística (O Estado de São Paulo) não publicar dados sigilosos sobre o autor da ação (Fernando José Macieira Sarney) e que constavam de investigação policial. A maioria da Suprema Corte entendeu ausente caracterização de afronta ao julgado na ADPF nº 130, pois o ato judicial reclamado ateu-se aos fundamentos constitucionais previstos no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, e dos fundamentos legais, dentre os quais se destaca o concernente ao artigo 12 do Código Civil, sem qualquer menção a dispositivos da Lei nº 5.250/1967 – isto é, por compreenderem que o provimento judicial não guardou relação direta com o conteúdo de qualquer dos comandos da lei de imprensa considerada não recepcionada na ADPF nº 130, entenderam que não era o caso de intervenção do Supremo Tribunal Federal via reclamação. Na apreciação estrita da reclamação, portanto, a decisão foi mantida. Houve votos vencidos, proferidos pelos Ministros Carlos Ayres Britto, Carmen Lúcia e Celso de Mello, que admitiam a reclamação e deferiam a liminar postulada, por entender que a decisão reclamada havia violado o decidido na ADPF nº 130.

No âmbito dos julgados proferidos pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, um total de 06 (seis) julgados tiveram por objeto decisão que, de alguma forma, conforme o teor dos acórdãos, resultou em deferimento de tutela inibitória (Rcl 38201 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 21/02/2020; Rcl 37554 ED-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 13/03/2020; Rcl 35549 ED-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 13/03/2020; Rcl 45682 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, julgado em 22/03/2021; Rcl 40565 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/04/2021; Rcl 45682, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 14/03/2022). Destes seis julgados, três resultaram em procedência da reclamação, ou seja, compreenderam que o provimento judicial impugnado contrariava o entendimento manifestado na ADPF nº 130.

O julgado proveniente do Agravo Regimental na Reclamação 38.201, que tramitou em segredo de justiça, diz respeito à reclamação oposta por autor de biografia de pessoa condenada

por homicídio dos genitores contra decisão proferida no âmbito de execução criminal, determinando a suspensão da publicação, divulgação e comercialização da biografia. Em síntese, entendeu, a Primeira Turma, que a decisão reclamada violou o decidido na ADPF nº 130, dado que limitou preventivamente o conteúdo do debate público em razão de “conjectura sobre o efeito que certos conteúdos possam vir a ter junto ao público”. Assim, entendendo-se configurada censura prévia, julgou-se procedente a reclamação.

No julgamento da Reclamação nº 40.565, a Primeira Turma manteve a decisão monocrática proferida pela Min. Rosa Weber, no sentido de procedência da reclamação. Em síntese, prevaleceu o entendimento de que “*Configura autêntica censura prévia a condenação do réu à abstenção de divulgação de novos textos e notícias acerca da autora com ordem de retirada de notícias e publicações de caráter jornalístico publicadas na internet.*”

A reclamação nº 45.682 tinha por objeto decisão liminar que havia determinado aos réus (Política Livre Comunicação Ltda. e Alexandre Galvão) a retirada de qualquer menção ao nome do autor e proibindo que reiterassem o conteúdo em suas plataformas, sob pena de multa diária. Em decisão monocrática, o ministro relator havia negado seguimento à reclamação. Interposto agravo regimental, foi parcialmente provido em 22/03/2021, para, nos termos do voto médio prolatado pelo Min. Marco Aurélio, ter seguimento a reclamação (Rcl 45682 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, julgado em 22/03/2021). Julgado o mérito da reclamação em 14/03/2022, à unanimidade foi julgada procedente. Em síntese, entendeu-se que a decisão reclamada criou “óbices à divulgação de informações, sem apresentar razões legítimas para tal conduta”, o que caracteriza “manifesta restrição à liberdade de expressão no seu aspecto negativo”.

As reclamações 37554 ED-AgR e 35549 ED-AgR, ambas de relatoria da Ministra Rosa Weber, julgadas em 13/03/2020, são conexas. Na reclamação nº 37554, em decisão monocrática mantida no julgamento do agravo regimental, a relatora entendeu pela ausência de estrita aderência entre a decisão reclamada e a ADPF nº 130, bem como ausência de violação à liberdade de expressão. Em síntese, compreendeu-se que a decisão reclamada ao deferir o pedido de obrigação de não fazer e condenar o autor ao pagamento de indenização por danos morais, embasou-se em retratação do próprio autor nos autos de ação penal. Na reclamação 35.549, a decisão reclamada havia determinado a abstenção de publicação em determinado *site* de “informações falsas, deturpadas ou agressivas, ou seja, que excedam a autora, ou seja, que excedam o liame da simples informação, notícia, bem como encaminhar por e-mail referidas ‘notícias’”. Entendeu-se, por maioria e nos termos do voto da Ministra Rosa Weber, não haver estrita aderência entre a decisão reclamada e o decidido na ADPF nº 130, além do que entender

de forma diversa daquela da decisão reclamada, que afirmou ter havido abuso na liberdade de informar, implicaria revolvimento do conjunto fático-probatório. O voto vencido foi proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, entendendo que a decisão reclamada afronta a autoridade da decisão proferida na ADPF nº 130 por restringir de forma desproporcional a liberdade de expressão.

No âmbito dos julgados proferidos pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, 06 (seis) julgados tiveram por objeto decisão que, de alguma forma, conforme o teor dos acórdãos, resultou em deferimento de tutela inibitória (Rcl 19548 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 30/06/2015; Rcl 21724 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 03/11/2015; Rcl 28262 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/09/2018; Rcl 32052 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/04/2020; Rcl 20757 AgR, Rel. Min. Nunes Marques, Relator(a) p/ Acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 06/12/2021; Rcl 49506 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 21/02/2022). Destas reclamações, três foram julgadas procedentes.

A reclamação nº 19.548 AgR teve por objeto decisão que determinou à empresa jornalística (A Gazeta) a abstenção de veicular o nome do autor (então defensor público estadual candidato ao cargo de Defensor Geral do Estado) vinculado à prisão que sofrera, a operação policial (de nome Pixote) e a qualquer desdobramento desta no contexto das eleições ao cargo pleiteado. Em síntese, compreendeu-se que o agir da empresa jornalística se situava no direito regular de crítica e de informação, a exigir a prevalência da eficácia vinculante da ADPF nº 130.

Na reclamação nº 20.757 AgR, o julgamento se deu por maioria, prevalecendo o voto proferido pelo Min. Edson Fachin pela procedência da ação. A decisão reclamada determinou ao portal de notícias (Portal AZ Ltda.) que se abstinhasse de “republicar fatos evidentemente já publicados, referente ao caso ‘Fernanda Lages’, envolvendo, direta ou indiretamente, o nome do autor”. Conforme consignado no voto vencedor, a decisão reclamada violou o decidido na ADPF nº 130, tanto por se traduzir em censura prévia, quanto por ter afastado o exercício da liberdade de expressão “sem o minudente cotejo analítico exigido por precedentes” do STF.

Já na reclamação nº 49.506 AgR, a decisão reclamada determinou a abstenção de veiculação de matéria jornalística associando “a imagem dos beneficiários à cloroquina para o tratamento da COVID-19, quando da divulgação de estudos clínicos realizados sobre o uso da proxalutamina no tratamento da doença”. Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, relator e prolator do voto vencedor, “O que não pode haver, no modelo constitucional adotado pelo texto de 1988, é a prévia censura de títulos e assuntos que porventura desagradam ou contrariam os interesses de determinados grupos, impedindo a divulgação de fatos de interesse público”. O

voto vencido, proferido pelo Min. Nunes Marques, compreendia não haver adstrição entre a matéria e a ADPF nº 130, além do que considerava que a ordem de abstenção de publicação de matérias com os mesmos caracteres já analisados prestava-se à efetividade da tutela jurisdicional, apenas.

Em 03/11/2015, houve o julgamento da reclamação nº 21.724 AgR, da relatoria do Min. Teori Zavascki, que tinha por objeto decisão que determinou a abstenção de utilização de peças de propaganda contendo associação da imagem de um tubarão à magistratura mineira. Prevaleceu o entendimento, após algum debate, de ausência de adstrição entre o conteúdo da decisão reclamada e a ADPF nº 130, dado que se tratava de propaganda e não de matéria jornalística. Houve referência, também, que não se tratava de órgão de imprensa, bem como que o paradigma que versava sobre charges era outro e não havia sido invocado – ADI 4.451.

Por sua vez, a reclamação nº 28.262 AgR, da relatoria do Min. Edson Fachin, teve a negativa de seguimento confirmada pela segunda turma em razão de a decisão reclamada não ter utilizado por fundamento a lei de imprensa.

Por fim, a reclamação nº 32.052 AgR, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, tinha por objeto decisão que havia indeferido/negado autorização para a realização de entrevista de determinado preso provisório (Adélio Bispo) em presídio de segurança máxima. Por maioria, compreendeu-se que a decisão reclamada não guardava similitude com o teor da ADPF nº 130 e, portanto, não era cabível. Votaram pelo cabimento da reclamação os Ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia, sendo que esta votava pela improcedência da reclamação, visto que Adélio Bispo não tinha condições de se manifestar livremente. No mérito, o Ministro Edson Fachin entendia ser o caso de procedência da reclamação, dada a ausência de exame, pela decisão reclamada, dos parâmetros reconhecidos pelo STF no tocante à atividade jornalística.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa jurisprudencial proposta no presente trabalho, restrita a julgados oriundos de reclamações constitucionais que tivessem como parâmetro a ADPF nº 130, analisou um total de 71 (setenta e um) acórdãos. Destes, apenas 13 (treze) versavam sobre tutela inibitória, sendo um oriundo do Plenário do Supremo Tribunal Federal e seis oriundos de cada uma das duas turmas.

E deles se extrai que o entendimento preconizado na ADPF nº 130, no sentido de que a liberdade de expressão ostenta posição preferencial *prima facie* frente a outros direitos fundamentais, como honra, privacidade e imagem, é constantemente reafirmado pelo Supremo

Tribunal Federal. Ou seja, não há aparente divergência nesse sentido. As divergências entre os membros da Suprema Corte surgem na análise dos elementos fáticos de cada caso, que acabam sendo interpretados de forma distinta, eventualmente. Por sua vez, para a solução desses conflitos de interpretação, a reclamação se mostra, na prática, inadequada. Isso porque, segundo a leitura dos julgados incluídos na pesquisa permite concluir, a via da reclamação constitucional é estreita e excepcional, o que, na prática, resultou na manutenção de tutelas inibitórias frente à liberdade de expressão – ou seja, não se identificou o afastamento da posição preferencial da liberdade de expressão, mas sim a limitação do meio escolhido (reclamação constitucional) para analisar a adequação, ou não, da decisão reclamada frente ao entendimento firmado na ADPF nº 130.

A questão abordada na presente pesquisa, além de complexa, não alcançou uniformidade, seja no âmbito doutrinário, seja no âmbito jurisprudencial. A propósito da divergência jurisprudencial, salienta-se a pendência do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Tema 837, cuja repercussão geral foi reconhecida em 28/08/2015, onde deve ser debatida a

“Definição dos limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica – como os da inviolabilidade da honra e da imagem – e estabelecimento de parâmetros para identificar hipóteses em que deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas”.

Com mais razão, portanto, o tema do presente trabalho merece atenção.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Biografias e liberdade de expressão – critérios para a publicação de histórias de vida**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016.

BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro, Renovar. 2010.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie***. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários (2018). Enunciado 613, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, realizada em 26 e 27/04/2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2022.

Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Caso Tristán Donoso vs. Panamá, julgado em 27/01/2009. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/e5c9d4f510f2feeb0820ea9f5a20fb8b.pdf>, acesso em 22/04/2022.

FACCHINI NETO, Eugênio. A liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana: entre a categorização e o balanceamento. *In* SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel (Orgs.). **Direitos Humanos e Fundamentais na era da informação**. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. **JUS.com.br**, 04/08/2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10217/o-realismo-juridico-em-oliver-wendell-holmes-jr>. Acesso em: 02/05/2022.

LEBA, Thalles Furtado. **Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e o problema do “chilling effect”**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

LÔBO, Paulo. Liberdade de expressão e direito privado, *in* EHRHARDT JÚNIOR, Marcos, LOBO, Fabíola Albuquerque, ANDRADE, Gustavo (Coord.). **Liberdade de expressão e relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MELLO, Rodrigo Gaspar de. **Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROSSI, Edson. Zoombombing: saiba por que essa prática está cada vez mais perto de você. *IstoÉ Dinheiro*, edição nº 1271, 1º/06/2021. Disponível em <https://www.istoedinheiro.com.br/zoombombing-saiba-por-que-essa-pratica-esta-cada-vez-mais-perto-de-voce/>, acesso em 20/04/2022.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IV, da Constituição Federal, *in* CANOTILHO, J.J. Gomes [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. ADPF nº 130: A não recepção da lei de imprensa, *in* FUX, Luiz (coord.). **Os grandes julgamentos do Supremo**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2020, p. 89-100.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWEICH, Thomas A. Introdução. In HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. New York: Barnes & Nobles, 2004.

TOLLER, Fernando M. **O formalismo na liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva, 2010.