

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

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

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

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

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

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

Coordenadores: Eudes Vitor Bezerra; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr; Andre Pires Gontijo – Florianópolis: CONPEDI, 2026.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-584-2

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

Tema: Constituição, Processo e Justiça Social: o papel da jurisdição constitucional na efetivação de direitos

2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. IX Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2026: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Honrados, apresentamos os trabalhos defendidos durante o IX Encontro Virtual do CONPEDI, no âmbito do GT 48 - Direito e Garantias Fundamentais. Temas variados, envolvendo os desafios para proteção e compreensão dos direitos fundamentais na contemporaneidade foram abordados e agora trazidos para o leitor.

Mariana Oliveira de Sá realizou duas pesquisas. A primeira pesquisa sobre o Critério Hermenêutico para avaliação, onde buscou explorar como o efeito inibidor fortalece a democracia e estendeu para a necessidade de ponderação em suas aplicações. A segunda pesquisa sobre Violência Estrutural no BRASIL como Mecanismo de Aprofundamento das Desigualdades Sociais das Minorias, debruçou-se sobre o impacto desigual da violência estrutural nas minorias e concluiu questionando a necessidade de extensão do conceito de violência.

Kenza Borges, no artigo A proteção jurídica da cultura em um País de diversidade cultural e desigualdades estruturais, analisou que a proteção da cultura no Direito brasileiro, examinando o arcabouço normativo destinado à tutela da diversidade cultural e sua efetividade em um contexto de profundas desigualdades sociais. Concluiu que a mera existência de normas não é suficiente para garantir a democratização da cultura em uma sociedade caracterizada pelas desigualdades sociais.

Lucas Gonçalves da Silva e Leandro Sousa Vieira, no ensaio A Anonimização de Dados Sensíveis e Soberania Tecnológica no Sistema Judiciário Brasileiro, exploraram a utilização de softwares de código fechado pelo Poder Judiciário, destacando que, embora não haja

simultaneamente, protege as garantias fundamentais, concluiu defendendo a ampliação e o fomento dessa regulação para fortalecer a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Gil Cesar Costa de Paula, realizou duas pesquisas. A pesquisa inicial focou na Jurisprudência e precedentes como instrumentos das garantias dos direitos fundamentais, em que o objetivo era compreender a diversidade de julgados proferidos por magistrados e tribunais distintos, com foco para os precedentes do STF sobre racismo e homofobia. Na pesquisa subsequente sobre Tratados Internacionais de Direitos Humanos, analisou como opera a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Com foco na discussão acerca da natureza supralegal dos tratados internacionais que não foram aprovados pelo rito qualificado previsto na Constituição Federal, à luz do entendimento consolidado pelo Ministro Gilmar Mendes no Supremo Tribunal Federal.

Marcos Leite Garcia escreveu dois artigos. O primeiro Polemica De Não Considerar A Propriedade Como Direito Fundamental, onde argumenta que a propriedade foi considerada direito fundamental em determinado contexto histórico, mas que na contemporaneidade essa fundamentação não mais se sustenta, todavia não se confunde com o direito à moradia, este sim considerado fundamental e expresso na Constituição. Usou como referências FERRAJOLI e a Revolução Francesa como marco inicial da relativização da propriedade, adendo especial a Revolução vez que a relativização foi por via de uma revolução burguesa, e não socialista. No segundo artigo sobre a Dignidade da Pessoa Humana, usou como base a obra do Prof. Gregório Barbas (professor e deputado), sustentou no artigo que a dignidade da pessoa humana constitui o ponto de partida e de chegada dos direitos fundamentais. Destacou, ainda, que a dignidade pode ser violada tanto antes quanto depois de sua positivação jurídica, especialmente quando não há efetividade normativa. Considerou também a possibilidade de o Amor ser considerado um direito fundamental, todavia questionando como sua exigibilidade poderia ser operacionalizada no ordenamento jurídico brasileiro.

contexto estadunidense. Abordou o uso da cultura como instrumento de proteção dos direitos dos migrantes diante das políticas anti-imigração da atual administração Trump. Argumentou na pesquisa que os migrantes são frequentemente utilizados como bodes expiatórios, especialmente os latino-americanos, e que o Reggaeton funciona como instrumento de resistência cultural e decolonial.

Veronica Corrêa Silva e Cristina Veloso de Castro ensaio Cannabis medicinal e direitos fundamentais: análise comparativa entre Brasil e Itália, buscaram realizar uma análise legislativa, das resoluções do CFM e da regulamentação da ANVISA destacando as barreiras regulatórias e a necessidade de judicialização para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

Amanda Gomes Seguins e Márcia Haydée Porto de Carvalho no artigo intitulado Contenção jurisprudencial do habeas corpus, discutiram o enfraquecimento da tutela da liberdade de locomoção decorrente da contenção jurisprudencial do habeas corpus, bem como a possibilidade de compreender essa limitação como um mecanismo de proteção voltado à racionalização do sistema recursal e à preservação da finalidade constitucional do remédio.

Ana Paula Nunes Borba e Paulo Roberto Gomes Junior e Roberto da Freiria Estevão no estudo Desindexação e direito ao esquecimento, exploraram a distinção entre a desindexação e o direito ao esquecimento, tendo como principal referência o Tema 786 do Supremo Tribunal Federal, cuja tese firmou o entendimento de que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal de 1988. Também foi abordada a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a remoção de conteúdo na internet exige a indicação da URL específica. A análise foi desenvolvida à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. A Conclusão final foi que a desindexação e o direito ao esquecimento constituem institutos jurídicos distintos, sendo possível a aplicação da desindexação, desde que observados os requisitos estabelecidos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

da incapacidade da Corte Estadunidense de superar desigualdades raciais, tendo, em diversas ocasiões, atuado como perpetuadora dessas desigualdades. A pesquisa utilizou como referência o entendimento sintetizado na expressão “iguais, porém diferentes”. Sustentou que a desigualdade racial constitui um elemento estrutural da sociedade em estudo, a qual, após o período da escravidão, passou a adotar um regime institucionalizado de segregação racial, evidenciando a permanência de mecanismos de discriminação e exclusão mesmo após a abolição da escravidão.

Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias e Hellen Crystian Prado na pesquisa *Etarismo e os Desafios Jurídicos para Efetivação da Proteção da Pessoa Idosa no Brasil*, abordaram a concepção de etarismo, realizaram uma análise jurisprudencial e legislativa e com enfoque no Estatuto do Idoso, argumentando que o etarismo é fundamento estrutural e não situacional, percebendo em diversas situações da vida cotidiana. Concluiu que a responsabilização de ser do Estado e da sociedade.

Cinthia Karla Flores da Silveira e Célia de Oliveira de Santana no estudo sobre o ECA Digital – Lei n.º 15.211, identificaram lacunas estruturais relacionadas à fiscalização, especialmente quanto à ausência de definição clara da autoridade fiscalizadora, à autoidentificação da criança, à concentração das sanções no Poder Judiciário e à insuficiência de mecanismos de cooperação internacional, concluindo, portanto, que há a necessidade de questionamento acerca da nova lei e do aperfeiçoamento das fragilidades evidenciadas.

Déa Carla Pereira Nery na pesquisa intitulada *o Reconhecimento facial e seletividade penal*, onde sustentou que as plataformas de reconhecimento não são neutras na identificação de suspeitos, observando-se recorrência de erros especificamente em relação à população negra.

Fausy Vieira Salomão e Luana Bernardi Coelho de Oliveira na pesquisa sobre a Efetividade da liberdade religiosa e racismo institucional, discutiram acerca da burocratização do racismo. Colocaram como estudo de caso a questão da proibição dos cultos religiosos de

Prof. Dr. André Pires Gontijo - UNIEURO

O CHILLING EFFECT COMO LIMITE ÀS RESTRIÇÕES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: DIÁLOGOS ENTRE A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE CHILLING EFFECT AS A LIMIT TO RESTRICTIONS ON FREEDOM OF EXPRESSION: DIALOGUES BETWEEN THE UNITED STATES SUPREME COURT AND THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT

Mariana Oliveira de Sá ¹

Resumo

O presente artigo analisa a teoria do chilling effect como parâmetro hermenêutico para a delimitação constitucional das restrições à liberdade de expressão. Parte-se da compreensão de que o temor de sanções jurídicas, políticas ou sociais pode desencadear efeitos inibidores capazes de comprometer o exercício legítimo da manifestação do pensamento e enfraquecer o debate democrático. O estudo examina inicialmente a construção teórica do chilling effect, especialmente a partir das contribuições de Frederick Schauer, Jonathon Penney, Laurent Pech e Daniel Solove. Em seguida, analisa-se a formação jurisprudencial da doutrina do efeito inibidor na Suprema Corte dos Estados Unidos, com destaque para os casos *Wieman v. Updegraff*, *Smith v. California*, *New York Times v. Sullivan* e *Brandenburg v. Ohio*. Posteriormente, o artigo investiga a aplicação do chilling effect na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, mediante a análise da ADPF 187, do HC 82.424 e da ADO 26. A pesquisa possui natureza jurídico-teórica, abordagem qualitativa e método dedutivo, utilizando revisão bibliográfica e análise jurisprudencial comparada. Conclui-se que o chilling effect funciona como importante mecanismo de contenção de excessos estatais sobre a liberdade de expressão, exigindo cautela diante de medidas restritivas que possam produzir autocensura, conformidade discursiva e enfraquecimento do pluralismo democrático.

Palavras-chave: Chilling effect, Liberdade de expressão, Jurisprudência constitucional, Supremo tribunal federal, Primeira emenda

Abstract/Resumen/Résumé

Updegraff, *Smith v. California*, *New York Times v. Sullivan*, and *Brandenburg v. Ohio*. Subsequently, the article investigates the application of the chilling effect in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Federal Court through the analysis of ADPF 187, HC 82.424, and ADO 26. The research adopts a qualitative legal-theoretical approach and a deductive method, based on bibliographic review and comparative case law analysis. It concludes that the chilling effect operates as an important mechanism for containing excessive state interference in freedom of expression, demanding caution regarding restrictive measures capable of producing self-censorship, discursive conformity, and weakening democratic pluralism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Chilling effect, Freedom of expression, Constitutional jurisprudence, Brazilian supreme federal court, First amendment

1 Introdução

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos centrais das democracias constitucionais contemporâneas. Mais do que assegurar a exteriorização individual do pensamento, ela viabiliza a circulação de ideias, a crítica às instituições, o dissenso político e a construção da opinião pública em sociedades pluralistas. A proteção constitucional da fala, nesse contexto, ultrapassa a dimensão meramente individual e assume função estrutural para a preservação do regime democrático.

Entretanto, justamente por permitir a livre circulação de discursos, a liberdade de expressão também tutela manifestações ofensivas, impopulares e potencialmente perturbadoras. Essa característica faz surgir uma tensão permanente entre a necessidade de proteção da livre manifestação do pensamento e a tentativa de limitar discursos considerados perigosos, discriminatórios ou incompatíveis com valores constitucionais fundamentais. Em torno dessa problemática, desenvolvem-se debates acerca da legitimidade das restrições discursivas e dos riscos decorrentes da ampliação do poder estatal sobre o controle da linguagem.

É nesse cenário que se insere a teoria do *chilling effect*, compreendida como o efeito inibidor produzido pelo temor de sanções jurídicas, políticas ou sociais decorrentes do exercício da liberdade de expressão. A doutrina do efeito inibidor parte da percepção de que determinadas medidas restritivas, ainda que destinadas a limitar discursos específicos, podem desencorajar manifestações constitucionalmente protegidas, produzindo autocensura, conformidade discursiva e redução do espaço democrático de circulação de ideias.

A construção teórica do *chilling effect* consolidou-se especialmente na tradição constitucional norte-americana vinculada à Primeira Emenda. A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu mecanismos de superproteção da liberdade de expressão justamente em razão do reconhecimento de que o medo da punição pode comprometer o livre debate público. A preocupação central consiste em evitar que restrições vagas, excessivas ou arbitrárias provoquem o silenciamento preventivo de discursos legítimos.

No constitucionalismo contemporâneo, contudo, o debate acerca do *chilling effect* ultrapassou os limites da experiência norte-americana e passou a influenciar diferentes sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela uma progressiva preocupação com os efeitos inibidores decorrentes da intervenção estatal sobre a liberdade de expressão, especialmente em casos envolvendo dissenso político, manifestações públicas e discursos relacionados a grupos historicamente vulnerabilizados.

Diante disso, o presente artigo busca responder ao seguinte problema de pesquisa: de que maneira o *chilling effect* opera como parâmetro hermenêutico para delimitar a legitimidade constitucional das restrições à liberdade de expressão nas jurisprudências norte-americana e brasileira?

Parte-se da hipótese de que o *chilling effect* constitui importante mecanismo de proteção da liberdade de expressão diante da possibilidade de expansão arbitrária do poder estatal sobre o discurso público. Sustenta-se que restrições discursivas imprecisas ou excessivas podem produzir efeitos inibidores incompatíveis com a democracia constitucional, especialmente ao desencorajar manifestações protegidas constitucionalmente e reduzir o pluralismo político.

A pesquisa possui natureza jurídico-teórica, abordagem qualitativa e método dedutivo, utilizando revisão bibliográfica nacional e estrangeira, além da análise comparada de precedentes paradigmáticos da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Supremo Tribunal Federal brasileiro relacionados à liberdade de expressão e ao efeito inibidor.

Estruturalmente, o trabalho divide-se em três partes principais. Inicialmente, examina-se a construção conceitual do *chilling effect* e seus fundamentos teóricos. Em seguida, analisa-se o desenvolvimento da doutrina do efeito inibidor na jurisprudência norte-americana, especialmente a partir da proteção conferida pela Primeira Emenda. Por fim, investiga-se a aplicação do *chilling effect* na jurisprudência constitucional brasileira, mediante a análise da ADPF 187, do HC 82.424 e da ADO 26, demonstrando os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na delimitação entre proteção do dissenso político e restrição de práticas discursivas relacionadas à exclusão estrutural.

2 O que é *chilling effect*?

O *chilling effect* é conhecido como um efeito inibidor, isto é, um modo de desencorajar as pessoas de falar ou agir. Ele ocorre quando uma pessoa é dissuadida pelo medo de alguma punição legal ou dano à privacidade, em virtude de censura a alguma atividade ou comportamento (Penney, 2022). O termo surgiu com Paul Freund em um artigo de revisão no ano de 1951, mas foi com a jurisprudência norte-americana que ganhou notoriedade.

Um dos estudos mais importantes sobre o *chilling effect* foi conduzido por Frederick Schauer, no ano de 1978, denominado “*Fear, Risk, and the First Emendment: Unraveling the Chilling Effect*”, cuja ideia principal é a de que uma pessoa é dissuadida de falar ou se envolver em alguma atividade por medo de uma ameaça legal.

Conforme defende Schauer (1978), o *chilling effect* ocorre “quando indivíduos que procuram envolver-se em atividades protegidas pela Primeira Emenda são dissuadidos de o fazer por regulamentação governamental não especificamente dirigida a essa atividade protegida”. A ideia surgiu em um contexto em que se buscava criar regras categóricas que diferenciavam o discurso protegido pela Primeira Emenda e o discurso sujeito a restrição e regulamentação governamental.

Pech (2021) apresenta uma definição jurídica do *chilling effect*:

Do ponto de vista jurídico, o efeito inibidor pode ser definido como o efeito negativo que qualquer ação estatal tem sobre as pessoas singulares e/ou coletivas, e que resulta em dissuadi-las preventivamente do exercício dos seus direitos ou do cumprimento das suas obrigações profissionais, por receio de estar sujeito a procedimentos formais do Estado que podem levar a sanções ou consequências como ameaças, ataques ou campanhas difamatórias. A ação estatal é entendida neste contexto como qualquer medida, prática ou omissão por parte das autoridades públicas que possa dissuadir pessoas singulares e/ou coletivas de exercer qualquer um dos direitos que lhes são conferidos pelo direito nacional, europeu e/ou internacional, ou que possa desencorajar a potencial cumprimento das obrigações profissionais (como no caso de juízes, procuradores e advogados, por exemplo) (Pech, 2021, p. 4).

Tal ideia surgiu após a Segunda Guerra Mundial, notadamente na jurisprudência referente à Primeira Emenda pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em uma série de casos nos anos de 1950 e 1960, de modo a construir uma teoria dos efeitos inibidores que orientava os tribunais a considerar suspeitas as legislações ou comportamentos governamentais que poderiam trazer efeitos inibidores para intimidar comportamentos referentes à liberdade de expressão.

A ideia de Schauer (1978) é de que o *chilling effect* surge no âmbito da análise de casos relevantes da Primeira Emenda, e seu objeto é dissuadir comportamentos, já que, em virtude da existência de incertezas inerentes à lei, junto com o medo da presença de danos legais, a pessoa é dissuadida de falar ou de se envolver em atividades legais, isto é, um discurso protegido pela Primeira Emenda, por medo da aplicação de uma sanção legal. Assim, o *chilling effect* seria a combinação de dois elementos fundamentais – a incerteza que rodeia todos os litígios jurídicos e a escolha por um tipo de erro menos prejudicial diante de toda essa insegurança jurídica.

Tais pressupostos são originados das ideias de Schauer (1978, p. 688), que afirma: “a doutrina do efeito inibidor reconhece o fato de que o sistema jurídico é imperfeito e exige a formulação de regras jurídicas que reflitam a nossa preferência por erros cometidos em favor da liberdade de expressão”.

Leba (2019) explica os dois pressupostos básicos do *chilling effect*. O primeiro é considerar que todo processo judicial é marcado por um grau de incerteza, assim, há a

insegurança de que colisões concretas de direitos podem estar sujeitas a erros no momento das decisões judiciais, e o ordenamento jurídico precisa estabelecer quais os tipos de erros são os mais aceitáveis e os mais danosos aos interesses juridicamente tutelados. Trata-se de uma decisão entre erros desejáveis e indesejáveis.

O segundo pressuposto é de que um erro que restrinja a liberdade de expressão e de imprensa é mais grave do que um eventual erro que lhe conceda um âmbito de proteção maior. Trata-se de um princípio do dano comparado, cuja ponderação deve ser feita em prol da liberdade de expressão e de imprensa (Leba, 2019). Isso porque, de acordo com Schauer (1978, p. 688), “uma limitação errônea da liberdade de expressão tem, por hipótese, mais desutilidade social do que uma extensão errônea da liberdade de expressão”.

Trata-se da interpretação convencional do *chilling effect*, com base na ideia de dissuasão da fala ou do comportamento, pela temeridade da aplicação de sanção em face de um discurso, que inicialmente seria protegido, mas que em virtude das incertezas do ordenamento jurídico pode ser censurado.

A compreensão convencional do efeito inibidor enfatiza a autocensura - isto é, uma ausência ou falta de falar, agir ou fazer – como silenciamento, no contexto da fala, ou um efeito inibidor, se falar de ação de forma mais geral, alguma atividade para evitar sanções nos termos da lei. O medo percebido leva a pessoa a autocensurar sua fala ou atividade para evitar danos (Penney, 2022, p. 1467).

O *chilling effect* interfere na capacidade das pessoas de falar ou viver livremente, sem a temeridade de uma repreensão legal. É um esforço para a regulação do discurso de modo a interferir no comportamento das pessoas. A restrição do discurso causa a inibição de que outros discursos sejam proferidos por temer a aplicação da sanção.

O resfriamento nada mais significa do que a dissuasão sobre a liberdade de expressão e imprensa, exercida de maneira legítima, ante o medo causado pelo risco de incidência de consequências jurídicas relacionadas aos mecanismos de responsabilização existentes no ordenamento jurídico, como multas, custos processuais, responsabilidade civil ou responsabilidade pena (Leba, 2019. p. 112).

Schauer (1978, p. 689) argumenta que a essência do efeito inibidor é o um ato de dissuasão, isto é, por medo de punição, as pessoas são dissuadidas de participarem de uma atividade, mesmo que não exista uma barreira constitucional para a regulamentação da expressão. Para o autor, algumas atividades recebem proteção constitucional e recebem imunidade do controle governamental, outras estão sujeitas à intervenção estatal. De acordo com Schauer (1978), a liberdade de expressão é um valor afirmativo, devendo ser encorajada

sua expressão e prevenida sua restrição pelo governo. Por isso, “a supressão do discurso protegido é uma situação particularmente prejudicial e indesejável” (Schauer, 1978, p. 694).

Devido à falibilidade inerente ao processo judicial, existe um medo de que a conduta, mesmo sendo legal, possa ser punida. Assim, um problema do *chilling effect* é que ele acaba incidindo sobre condutas protegidas pela Primeira Emenda, implicando a probabilidade de imposição errada de sanções sobre condutas que seriam protegidas. Esse medo leva, em última análise, ao resfriamento do discurso ou atividade.

Mas o reconhecimento da incerteza do sistema judicial e o medo são apenas o primeiro passo para o conteúdo substantivo do *chilling effect*. Existe ainda o princípio do dano comparativo, que advoga no sentido de que “uma limitação injusta da expressão é a priori mais grave do que a extensão excessiva e errônea da liberdade de expressão” (Schauer, 1978, p. 701). Trata-se da ideia de que é melhor proteger o discurso, mesmo que de forma equivocada, que o restringi-lo de forma arbitrária.

Para Penney (2022), o *chilling effect*, além de provocar uma ausência – de fala ou ação, moldam o comportamento:

Na verdade, os efeitos inibidores envolvem predominantemente não apenas um efeito dissuasor, mas um efeito modelador – as pessoas falam, agem, ou fazem, o que, de uma forma, esteja em conformidade com uma norma social percebida, e não simplesmente autocensura para evitar danos legais. Os efeitos inibidores também são, portanto, produtivos. Eles não envolvem apenas o silenciamento da fala, mas também a expressão da fala e do comportamento socialmente conformados (Penney, 2022, p. 1455).

A partir de tal conceito, percebe-se que o *chilling effect* traz consigo um efeito de silenciar as ideias ou comportamentos, em virtude da temeridade da aplicação de uma sanção, mas também um efeito de moldar os comportamentos, de acordo com aquilo que é socialmente conformado com a inibição. Isso não deixa de ser a essência de uma lei que regulamenta condutas sociais, o problema é que essa restrição acaba por cercear discursos que são tutelados constitucionalmente, abrindo espaço para arbitrariedades.

Para Penney (2022), os impactos do *chilling effect* são mais amplos que apenas a censura, ele causa a conformidade social por meio da fala e do comportamento, uma conformidade com as normas, estruturas de poder, hierarquias sociais, econômicas e políticas.

Mas como o *chilling effect* opera? Não há um consenso nos estudos sobre a teoria da dissuasão. Há aqueles que defendem que as pessoas não tomam decisões com base na temeridade de aplicação de uma sanção, ou seja, não existe necessariamente uma relação de custo-benefício e uma análise racional, o que afastaria a efetividade do *chilling effect*. Há outros

que defendem que nem sempre será o medo de um dano legal que irá interferir na fala ou ação de uma pessoa, pode ser um outro tipo de dano, como um dano à privacidade ou a própria existência de preceitos morais de influem nos comportamentos.

Penney (2022) defende que as evidências sugerem que o medo de sanções - como uma lei que imponha uma punição legal – não é uma razão central para que as pessoas modifiquem seu comportamento para cumprir a lei. Por isso, o *chilling effect* não teria sua eficácia comprovada.

Nesse contexto, ainda dentro da teoria convencional, Daniel Solove (2007) defende que o dano à privacidade também é um elemento importante para a compreensão do *chilling effect*, isto é, a ameaça à privacidade tem um poder importante no resfriamento do discurso.

De acordo com Solove (2007), em um nível individual, as pessoas são impedidas de exercer seus direitos e liberdades, não em virtude da aplicação de uma sanção legal, mas do aumento de risco de danos à sua privacidade, que pode provocar danos à sua reputação caso informações sejam tornadas públicas. O medo de estar sendo vigiado inibiria comportamentos.

Convencionalmente, a teoria do *chilling effect* defende que as pessoas são inibidas – por estatutos vagos ou vigilância, em virtude de uma censura em seus comportamentos ou falas, levando-as a examinar as implicações de suas ações e a agir de forma mais complacente. Isso acaba por limitar cada vez mais a liberdade de expressão.

De acordo com Leba (2019), a classificação do *chilling effect* pode acontecer dentro da perspectiva do resfriamento direto ou indireto:

Haveria o resfriamento direto, segundo o qual, diante dos riscos constatados, o material é especialmente modificado para tentar se evitar todas as consequências jurídicas negativas que daí possam advir, a partir de uma inibição consciente. Por outro lado, o resfriamento pode ser também indireto, pelo qual há uma forma mais sutil de dissuasão, que torna certas matérias tabus, praticamente não chegando ser discutidas. Ou seja, pela modalidade indireta de resfriamento, há uma grande probabilidade de que as questões em debate sejam congeladas (Leba, 2019, p. 116).

A preocupação, no entanto, é que essa dissuasão possa recair de forma injusta sobre atividades constitucionalmente protegidas. Pelo temor de uma consequência legal, diante da incerteza jurídica, as pessoas podem privar-se de expressar determinada ideia, que, a princípio, seria assegurado pelo ordenamento jurídico (Leba, 2019).

Para Bedi (2021), o efeito inibidor regulamenta a fala para dissuadir um orador de exercer seu direito à Primeira Emenda, isto é, ele procura censurar, limitar ou restringir certos tipos de discurso, uma vez que os cidadãos temem sanções, de modo que este mesmo

regulamento termina por censurar, limitar ou restringir outros tipos de discurso (potencialmente valiosos).

Parte-se da ideia de que, se os cidadãos não possuem a certeza de qual discurso está sendo limitado, eles acabam por superregular seu próprio discurso por medo de sanções e, portanto, podem refrear (deter e alterar) seu discurso de uma forma desnecessária (Bedi, 2021).

Com a ocorrência do *chilling effect*, haveria uma inibição geral para a expressão de ideias e opiniões, já que a possibilidade de sofrer uma sanção em virtude da fala ou comportamento dissuadiria as pessoas de falá-lo ou fazê-lo.

Após apresentada a compreensão básica da doutrina do *chilling effect*, agora será demonstrada sua aplicação na jurisprudência, para depois construir pressupostos sobre a sua aplicação, aceitação e efetividade, apresentando os problemas que podem advir de sua aplicação para a liberdade de expressão.

3 O *chilling effect* na jurisprudência norte-americana

O *chilling effect* tem suas bases construídas na jurisprudência norte-americana sobre a proteção e restrição da liberdade de expressão. Alguns casos são importantes para compreender a ideia central do efeito inibidor, que serão trabalhados de modo a demonstrar com a tradição norte-americana se firmou na proteção da liberdade de expressão diante do efeito de resfriamento do discurso.

Uma das decisões consideradas emblemáticas para a compreensão do *chilling effect* é o caso *Wieman v. Updegraff*, julgado em 1952 pela Suprema Corte. Tal caso discutia um estatuto do Estado do Oklahoma que exigia que cada funcionário público, como condição de manutenção do seu emprego, realizasse um “juramento de lealdade”, declarando que, nos últimos cinco anos anteriores, não foi membro de qualquer organização considerada comunista ou subversiva.

O caso foi discutido como violação à Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, violação do devido processo legal, e também como violação à liberdade de expressão, surgindo a ideia do *chilling effect* ao considerar que o estatuto de Oklahoma acabava por inibir a liberdade de pensamento e ação ao exigir o juramento naqueles termos, já que acabava por “sufocar” o fluxo da expressão democrática.

Ao limitar o poder dos Estados de interferir na liberdade de expressão, na liberdade de investigação e na liberdade de associação, a Décima Quarta Emenda protege todas as pessoas, independentemente da sua vocação. Mas, tendo em conta a natureza da

relação do professor com o exercício efetivo dos direitos que são salvaguardados pela Declaração de Direitos e pela Décima Quarta Emenda, a inibição da liberdade de pensamento e da ação sobre o pensamento, no caso dos professores, traz as salvaguardas dessas alterações vivamente em operação. Esta inibição injustificada do espírito livre dos professores não afeta apenas aqueles que, como os recorrentes, estão imediatamente perante o Tribunal. Tem uma tendência inconfundível de esfriar aquele livre jogo do espírito que todos os professores deveriam especialmente cultivar e praticar; isso gera cautela e timidez em suas associações por parte de professores em potencial (Justia U.S. Supreme Court, 1952, p. 344)¹.

Em tal decisão, ficou consignado a essência do *chilling effect* – a dissuasão da liberdade de pensamento ou ação frente a possibilidade de uma sanção legal. O estatuto de Oklahoma resfriou o discurso de seus servidores públicos, embora o mesmo fosse protegido pelo estatuto constitucional.

Posteriormente, em 1959, o tema também foi abordado em *Smith v. Califórnia*, julgado pela Suprema Corte. No caso em questão, o proprietário de uma livraria foi condenado pela violação do estatuto da cidade que proibia a posse de material considerado obsceno, mesmo que não tivesse conhecimento do conteúdo do livro.

A Suprema Corte entendeu que uma legislação não pode inibir a liberdade de expressão de modo que as pessoas relutem em exercitá-la, isso porque, punir um proprietário de livraria pela posse de uma obra que ele não tem conhecimento do conteúdo torna impossível a atividade, já que não é viável que se tenha ciência de todo o teor das obras existentes na livraria. Novamente, trata-se da dissuasão de um discurso protegido constitucionalmente.

(a) A publicação e divulgação gratuitas de livros estão obviamente dentro da liberdade de imprensa protegida constitucionalmente, e um livreiro retalhista desempenha um papel muito significativo na distribuição de livros.

(b) Dispositivos e doutrinas legais, na maioria das aplicações consistentes com a Constituição, podem não ser constitucionalmente capazes de aplicar, quando essa aplicação teria o efeito de inibir a liberdade de expressão, fazendo com que as pessoas relutassem em exercitá-la.

(c) A expressão obscena não é protegida constitucionalmente; mas essa ordenança impõe uma limitação inconstitucional ao acesso do público à matéria protegida constitucionalmente. Pois, se o livreiro for responsabilizado criminalmente sem conhecimento do conteúdo, tenderá a restringir os livros que vende àqueles que inspecionou, e assim será imposta uma restrição pelos Estados à distribuição de livros constitucionalmente protegidos, bem como de livros obscenos.

(d) A existência do poder do Estado de impedir a distribuição da matéria obscena não significa que não possa haver barreira constitucional a qualquer forma de exercício

¹ Tradução nossa. No original: “By limiting the power of the States to interfere with freedom of speech and freedom of inquiry and freedom of association, the Fourteenth Amendment protects all persons, no matter what their calling. But, in view of the nature of the teacher's relation to the effective exercise of the rights which are safeguarded by the Bill of Rights and by the Fourteenth Amendment, inhibition of freedom of thought, and of action upon thought, in the case of teachers brings the safeguards of those amendments vividly into operation. Such unwarranted inhibition upon the free spirit of teachers affects not only those who, like the appellants, are immediately before the Court. It has an unmistakable tendency to chill that free play of the spirit which all teachers ought especially to cultivate and practice; it makes for caution and timidity in their associations by potential teachers”.

prático desse poder. Portanto, para que haja mais dificuldade em cumprir um regulamento contra a distribuição da literatura obscena se os livreiros não serem mantidos em uma responsabilidade criminal absoluta não exigir um resultado diferente aqui (Justia U.S. Supreme Court, 1959)².

Alguns livros, mesmo que obscenos, não serão restringidos, dada a incapacidade do conhecimento do conteúdo de todas as obras em circulação. Mas é melhor pecar pelo excesso de proteção da liberdade de expressão e de imprensa, do que restringi-la arbitrariamente. Trata-se da observância do princípio do dano comparado de Schauer (1978).

O *chilling effect* também encontra suas bases no caso *New York Times v. Sullivan*, considerado por muitos como o baluarte da liberdade de expressão e de imprensa. Embora tal caso seja conhecido por ter estabelecido o padrão de “malícia real” para a restrição da liberdade de imprensa sobre questões envolvendo funcionários públicos, a ideia de efeito inibidor também se fez presente.

A discussão girava em torno no anúncio publicado em 29 de março de 1960, pelo *The New York Times*, pago pelo Comitê de Defesa de Martin Luther King e a luta pela liberdade no sul, veiculando o pedido de auxílio financeiro para o custeio da defesa de Martin Luther King, bem como salientando ações irregulares, violadoras dos direitos civis dos manifestantes do movimento, que teriam sido praticadas pela autoridade policial Sullivan, que entendeu que tal anúncio continha conteúdo difamatório, e solicitou a retratação pública do mesmo. Tal pedido foi negado pelo *The New York Times*, iniciando-se a discussão judicial.

A Suprema Corte entendeu que o jornal não havia praticado difamação, já que sua ação estaria protegida pela liberdade de expressão e informação, e estabeleceu que apenas haveria direito de indenização em casos em que houvesse o conhecimento da falsidade real do anúncio, ou desprezo da verdade (*reckless disregard doctrine*). Trata-se do conhecido padrão de malícia real.

² Tradução nossa. No original: “(a) The free publication and dissemination of books obviously are within the constitutionally protected freedom of the press, and a retail bookseller plays a most significant role in the distribution of books. (b) Legal devices and doctrines, in most applications consistent with the Constitution, may not be constitutionally capable of application where such application would have the effect of inhibiting freedom of expression by making persons reluctant to exercise it. (c) Obscene expression is not constitutionally protected; but this ordinance imposes an unconstitutional limitation on the public's access to constitutionally protected matter. For, if the bookseller be criminally liable without knowledge of the contents, he will tend to restrict the books he sells to those he has inspected, and thus a restriction will be imposed by the States upon the distribution of constitutionally protected, as well as obscene, books. (d) The existence of the State's power to prevent the distribution of obscene matter does not mean that there can be no constitutional barrier to any form of practical exercise of that power. Hence, that there may be more difficulty in enforcing a regulation against the distribution of obscene literature if booksellers may not be held to an absolute criminal liability does not require a different result here.

[...] A proposição geral de que a liberdade de expressão sobre questões públicas é assegurada pela Primeira Emenda tem sido resolvida por nossas decisões. A salvaguarda constitucional, dissemos nós, "foi concebida para assegurar o livre intercâmbio de ideias para a realização das mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo" [...] "A manutenção da oportunidade de livre discussão política para que o governo possa responder à vontade do povo e as mudanças possam ser obtidas por meios legais, uma oportunidade essencial para a segurança da República, é um princípio fundamental do nosso sistema constitucional". [...] Assim, consideramos este caso no contexto de um profundo compromisso nacional com o princípio de que o debate sobre questões públicas deve ser desinibido, robusto e aberto, e que pode muito bem incluir ataques veementes, cáusticos e por vezes desagradavelmente agudos contra o governo e os funcionários públicos. [...] As garantias constitucionais exigem, a nosso ver, uma norma federal que proíba o funcionário público de recuperar danos por falsidade difamatória relativa à sua conduta oficial, a menos que ele prove que a declaração foi feita com "verdadeira malícia" - ou seja, com conhecimento de que era falsa ou com desrespeito imprudente de se ser falsa ou não (Supreme Court of United State, 1964, p. 269-280)³.

Foi criada uma *holding* com os seguintes termos: “Para sustentar uma alegação de difamação ou calúnia, a Primeira Emenda exige que o queixoso mostre que o arguido sabia que uma declaração era falsa ou imprudente ao decidir publicar a informação sem investigar se era exata” (Justia U. S. Supreme Court, 1964)⁴.

Lewis (2011, p. 75) considera que:

A liberdade de expressão e de imprensa havia dado poder aos cidadãos em uma democracia. Os efeitos do caso Sullivan não se limitaram ao contexto racial imediato. Ao longo dos anos ele incentivou a imprensa americana, encorajando-a a contestar a verdade oficial, em vez de agir como mera estenógrafa (LEWIS, 2011, p. 75).

Sobre o *chilling effect* tal decisão impactou na ideia de que o debate sobre questões públicas deve ser livre e desinibido, não podendo haver o medo em se manifestar pela temeridade de uma punição, já que os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio. De acordo com Schauer (1978), estabeleceu-se um privilégio constitucional para a liberdade de expressão, de modo a compreender que a fala e comportamento não deve ser dissuadidas por

³ Tradução nossa. No original: “The general proposition that freedom of expression upon public questions is secured by the First Amendment has long been settled by our decisions. The constitutional safeguard, we have said, “was fashioned to assure unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people” [...] “The maintenance of the opportunity for free political discussion to the end that government may be responsive to the will of the people and that changes may be obtained by lawful means, an opportunity essential to the security of the Republic, is a fundamental principle of our constitutional system”. [...] Thus, we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials. [...] The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with “actual malice” -- that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not.

⁴ Tradução nossa. No original: “To sustain a claim of defamation or libel, the First Amendment requires that the plaintiff show that the defendant knew that a statement was false or was reckless in deciding to publish the information without investigating whether it was accurate”.

restrições que protegem a reputação. A liberdade de expressão possui *status* preferencial, e a restrição de discursos protegidos constitucionalmente não podem causar o *chilling effect*.

Se o *chilling effect* se apresenta para resfriar a fala pela temeridade de uma sanção legal, ele deve ser afastado quando inibe um comportamento que está amparado constitucionalmente, sob pena de criação de um ordenamento jurídico onde impera a arbitrariedade e a fala é tão cerceada que o discurso democrático cede lugar ao autoritarismo.

Em *Brandenburg vs. Ohio*, discutiu-se a possibilidade de restrição do discurso e também é possível encontrar as bases para o *chilling effect*. Nesse caso, um líder da Ku Klux Klan (KKK) em Ohio, Clarence Brandenburg, solicitou a cobertura televisiva para um comício da KKK, onde apareceram pessoas queimando uma cruz, utilizando-se das vestimentas habituais dos KKK. Tratou-se de um episódio de discurso de ódio direcionado aos afro-americanos e judeus. Brandenburg foi acusado de defender a violência por meio de seu discurso, sendo condenado e sentenciado a 10 anos de prisão, além da pena de multa.

A Suprema Corte julgou o caso sob o viés do teste do perigo claro e presente formulado pelo Justice Holmes, em *Schenck vs. United State*, considerando que um discurso político somente pode ser proibido se for direcionado para incitar a ação violência, ou se provavelmente seja capaz de incitá-la.

[...] O Tribunal confirmou o estatuto com base no fato de que, sem mais, "advogar" meios violentos para efetuar mudanças políticas e econômicas envolve tal perigo para a segurança do Estado que o Estado pode declarar ilegal. Cf. *Fiske v. Kansas*, 274 US 380 (1927). Mas o *Whitney* foi completamente desacreditado por decisões posteriores. Veja *Dennis v. Estados Unidos*, 341 US 494, em 341 US 507 (1951). Essas decisões posteriores moldaram o princípio de que as garantias constitucionais de liberdade de expressão e liberdade de imprensa não permitem que um Estado proíba ou proíba a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando tal advocacia for direcionada a incitar ou produzir ação ilegal e iminente é provável que incite ou produza tal ação. [...] Um estatuto que não consiga traçar essa distinção invade inadmissivelmente as liberdades garantidas pelas Primeira e Décima Quarta Emendas. Ele varre dentro de seu discurso de condenação que nossa Constituição imunizou do controle governamental. [...] Medido por este teste, o Ato de Sindicalismo Criminal de Ohio não pode ser sustentado. A lei pune as pessoas que "defendem ou ensinam o dever, a necessidade ou a propriedade" da violência "como meio de realizar reformas industriais ou políticas"; ou que publiquem ou circulem ou exibam qualquer livro ou papel que contenha tal defesa; ou que "justificam" a prática de atos violentos "com a intenção de exemplificar, difundir ou defender a propriedade das doutrinas do sindicalismo criminal"; ou que "se reúnem voluntariamente" com um grupo formado "para ensinar ou defender as doutrinas do sindicalismo criminoso". [...] Consequentemente, estamos aqui confrontados com um estatuto que, por suas próprias palavras e conforme aplicado, pretende punir a mera advocacia e proibir, sob pena de punição criminal, a reunião com outros apenas para advogar o tipo de ação descrito. Tal estatuto cai dentro da condenação da Primeira e Décima Quarta Emendas. O ensino contrário de *Whitney vs. Califórnia*, supra, não pode ser apoiado,

e essa decisão é, portanto, rejeitada (Supreme Court of United State, 1969, p. 447-449)⁵.

Surge a seguinte *holding*: “O discurso que apoia a quebra de leis ou a violência em geral é protegido pela Primeira Emenda, a menos que incentive diretamente as pessoas a tomarem imediatamente uma ação ilegal” (Justia U.S. Supreme Court, 1969)⁶.

O *chilling effect* se encontra presente pelo fato de que, do mesmo modo que era inadmissível esperar que um editor verificasse a veracidade de todas as suas declarações publicadas e não era razoável exigir que um livreiro se familiarizasse com o conteúdo de cada livro do seu inventário, é impraticável, se não impossível, forçar um orador para prever a possível reação violenta de seu discurso frente a um público diversificado (Schauer, 1978).

A lição que a jurisprudência norte-americana nos dá sobre o *chilling effect* é que, diante da inevitabilidade do erro do sistema jurídico, a preferência deve ser sempre da liberdade de expressão, é preciso que o discurso seja superprotegido, sob pena de se colocar em risco a estabilidade da democracia.

3 O *chilling effect* na jurisprudência brasileira

Através de um exame da jurisprudência constitucional brasileira, é possível verificar que o Supremo Tribunal Federal construiu uma hermenêutica interpretativa da liberdade de expressão que oscila entre a superproteção do dissenso político (especialmente em relação às instituições estatais) e a restrição de práticas discursivas que funcionam como dispositivos de

⁵ Tradução nossa. No original: “The Court upheld the statute on the ground that, without more, “advocating” violent means to effect political and economic change involves such danger to the security of the State that the State may outlaw it. Cf. *Fiske v. Kansas*, 274 U. S. 380 (1927). But *Whitney* has been thoroughly discredited by later decisions. See *Dennis v. United States*, 341 U. S. 494, at 341 U. S. 507 (1951). These later decisions have fashioned the principle that the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action. [...] A statute which fails to draw this distinction impermissibly intrudes upon the freedoms guaranteed by the First and Fourteenth Amendments. It sweeps within its condemnation speech which our Constitution has immunized from governmental control. [...] Measured by this test, Ohio’s Criminal Syndicalism Act cannot be sustained. The Act punishes persons who “advocate or teach the duty, necessity, or propriety” of violence “as a means of accomplishing industrial or political reform”; or who publish or circulate or display any book or paper containing such advocacy; or who “justify” the commission of violent acts “with intent to exemplify, spread or advocate the propriety of the doctrines of criminal syndicalism”; or who “voluntarily assemble” with a group formed “to teach or advocate the doctrines of criminal syndicalism. [...] Accordingly, we are here confronted with a statute which, by its own words and as applied, purports to punish mere advocacy and to forbid, on pain of criminal punishment, assembly with others merely to advocate the described type of action. [Footnote 4] Such a statute falls within the condemnation of the First and Fourteenth Amendments. The contrary teaching of *Whitney v. California*, supra, cannot be supported, and that decision is therefore overruled”.

⁶ Tradução nossa. No original: “Speech that supports law-breaking or violence in general is protected by the First Amendment unless it directly encourages people to take an unlawful action immediately”.

exclusão estrutural. Esse movimento indica que o Tribunal não segue o modelo liberal clássico que se baseia na supremacia da liberdade de expressão, mas sim o modelo relacional que presta atenção ao impacto material da linguagem sobre sujeitos historicamente marginalizados.

A interpretação conjunta da ADPF 187, HC 82.424 e ADO 26 reflete um desenvolvimento normativo que permite a manutenção da democracia deliberativa coexistir com o reconhecimento da performatividade da violência simbólica. No julgamento da ADPF 187, o STF reiterou que criminalizar a Marcha da Maconha equivaleria a uma restrição prévia contraditória à essência da liberdade de expressão. O Tribunal observou que "a Constituição consagra a livre manifestação do pensamento", alertando que proibir a discussão pública sobre políticas estatais faria com que tal debate perdesse seu caráter democrático. Uma das passagens mais relevantes foi ecoada pelo Ministro Celso de Mello, que disse "o direito de reunião e de expressão em praças, ruas e quaisquer locais compreende o capital democrático do Estado", afirmando que a repressão prévia faz com que o Estado seja um tutor moral da cidadania (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2011).

A decisão ecoa a crítica de Schauer ao controle preventivo da fala — e aproxima o Tribunal ao que Dworkin (2006) chamaria de dever constitucional de proteger discursos impopulares — precisamente porque eles testam a saúde das instituições democráticas. A ADPF 187 é, portanto, um passo normativo em direção a tornar o núcleo da disputa pública, mesmo em questões consideradas moralmente sensíveis, um aspecto fundamental do discurso popular. A crítica ajuda a circular ideias e a resistir ao *status quo*. Ao reconhecer que o Estado não pode suprimir manifestações apenas porque elas o incomodam, o STF se posiciona longe da postura paternalista e reafirma que a democracia não pode florescer no silêncio, mas sim no conflito discursivo.

O HC 82.424, que trata das publicações antissemitas de Siegfried Ellwanger, é um ponto de virada crucial. O STF também declarou no voto do relator, "O preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o direito de incitar o racismo", observando que "as liberdades públicas não são incondicionais; devem ser exercidas harmoniosamente, observando os limites da Constituição" (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2003). Neste estágio, o Tribunal entende que o discurso que nega a humanidade de um grupo ofendido não é uma opinião protegida, mas uma ação social que cria discriminação. Embora o HC 82.424 seja importante para o reconhecimento constitucional da gravidade estrutural do racismo, a articulação do STF sobre o conceito de performatividade linguística no caso Ellwanger deve ser problematizada. A decisão assume, sem prova empírica, que a mera publicação de livros antissemitas constituiria um dano objetivo e imediato a um grupo afetado, mas não tenta explorar a escala, o efeito real

ou o potencial de produzir violência na situação dada. Aqui há um ponto de fricção entre a ideia de liberdade de expressão de Dworkin (2006): o Estado não pode censurar expressões apenas porque expressam ideias imorais, sob o risco de substituir a deliberação por paternalismo moral incompatível com a cidadania. A restrição seria justificada apenas diante de um perigo real, e não apenas presumido, de que as expressões causem violência tangível à integridade de terceiros.

No caso de Ellwanger, o Tribunal evita mostrar a evidência desse nexo, impondo uma suposição abstrata de periculosidade sobre a obra com base no conteúdo odioso, mas não em seus efeitos verificáveis. Essa posição enfraquece o próprio ideal performativo, pois confunde a função estrutural da linguagem que gera hierarquias com a exigência jurídica de que haja prova de risco. O STF, em vez de tratar o texto como um ato situado, considerou-o como dano automático, mais alinhado a uma lógica de supressão de ideias do que a qualquer princípio forte de responsabilidade discursiva. Infelizmente, em prol de sua abstração do dano simbólico da materialidade, o Tribunal cometeu o erro de trair o próprio princípio que queria promover: a diferença entre a linguagem que fere ou machuca e a linguagem que apenas provoca, a raiz normativa sobre a qual repousa a igualdade e a liberdade.

A ADO 26, ao equiparar a homotransfobia ao racismo, elucida ainda mais essa distinção. Neste julgamento, o Tribunal afirma que observações que atacam pessoas LGBTQIAPN+ também são regidas pela lógica universal de desqualificação existencial que caracteriza o racismo estrutural. O STF destacou que “em um Estado Constitucional, não é admissível perpetuar práticas discursivas que neguem a dignidade de grupos historicamente vulneráveis” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2019). Portanto, a liberdade de expressão não é um isolante quando se trata de perpetuar comportamentos que naturalizam a violência simbólica e facilitam a exclusão social. A diferença crucial, no entanto, é que a equiparação da homotransfobia ao racismo na ADO 26 não se baseia na suposição de que tal coisa é perigosa, mas na premissa de que ambos são sistemas históricos de dominação que proporcionam danos reais, contínuos e demonstráveis.

O racismo é uma ordem estrutural de subordinação que organiza as desigualdades materiais, simbólicas e institucionais no Brasil. A proteção neste caso não está fundamentada em palavras morais: está baseada na vulnerabilidade objetiva e contínua dos grupos afetados. Trata-se de reconhecer que alguns discursos não veiculam apenas ideias, mas manifestam dentro de estruturas sociais que transformam palavras em instrumentos eficazes de exclusão.

Este é, de fato, o motivo pelo qual a ADO 26 não enfrenta a mesma fragilidade argumentativa testemunhada no caso Ellwanger: naquela decisão, o Tribunal confrontou obras

abstratas e não se dispôs a produzir evidências específicas de dano; aqui, o Tribunal reage a um padrão estrutural de violência que leva a números diários de homicídios, violência escolar, violência familiar, silenciamento institucional. Assim, embora o HC 82.424 tenha atribuído uma capacidade não demonstrada de dano à obra de Ellwanger, a ADO 26 reconhece uma ferida comunitária cuja materialidade faz parte da história de seu tempo e que transcende qualquer expressão pessoal desse ato.

O que o Tribunal protege, portanto, não é uma compreensão do que poderíamos chamar de sensibilidade subjetiva, mas a dignidade de grupos cujo ser está perpetuamente em risco, e essa diferença é fundamental para evitar o uso indevido da liberdade de expressão como meio de justificar a desigualdade.

Juntas, essas três decisões demonstram uma matriz interpretativa na qual o STF distingue — embora não necessariamente de forma linear — ofensa (que as vezes é protegida) de exclusão (que pode ser validamente limitada). Ler essas decisões no contexto do *chilling effect* pode identificar outra dimensão de complexidade no desenho constitucional brasileiro. Um efeito inibidor consistentemente articulado na jurisprudência norte-americana e analisado por Schauer (1982), que observa que o Estado, quando pune ou ameaça punir certas falas, fomenta uma cultura de autocensura na qual nenhum ato legítimo se apresenta aos cidadãos por medo de punição.

No contexto da ADPF 187, o STF demonstrou sensibilidade óbvia a essa ameaça: criminalizar a Marcha da Maconha teria um *chilling effect* indevido sobre a deliberação democrática e reduziria a participação nos assuntos públicos por medo de sanção criminal (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2011). Essa proteção ao dissenso é semelhante ao argumento de Dworkin (2006) em que a liberdade de expressão protege, principalmente, discursos impopulares, pois eles interrogam a validade equitativa das ordens democráticas.

Na ADPF 187, o Tribunal reafirma que o Estado não pode silenciar manifestações apenas com base em serem destoantes. Como observa Dworkin (2006), quando o Estado permite sua punição de discursos pelo conteúdo moral que comunicam, a deliberação pública é substituída por um paternalismo incompatível com o status de cidadania. A leitura do STF também complementa a crítica de Schauer (1982) ao controle preventivo da fala, pois restrições anteriores tipicamente irradiam medo além do caso concreto, alcançando, possivelmente, a forma mais insidiosa de *chilling effect*: uma que silencia críticas antes mesmo de serem criadas.

No HC 82.424, no entanto, a relação com o *chilling effect* torna-se mais problemática. Porque simplesmente publicar os livros antissemitas de Siegfried Ellwanger equivaleria a incitação ao racismo, o Tribunal desenvolveu uma interpretação que descarta a demonstração

de risco real no nível de uma presunção abstrata de periculosidade. De fato, isso é contrário ao espírito da doutrina do *chilling effect*, que enfatiza a necessidade do Estado demonstrar o dano real causado pela expressão sob pena de resfriamento indevido do debate público. Dworkin (2006) afirma que discursos moralmente repugnantes não podem ser punidos à custa da verificação de danos concretos, quando o Estado começa a punir ideias e não comportamentos, trata-se da forma mais repressiva de censura.

Este erro é reforçado pela teoria da performatividade de Butler (2021). Embora Butler reconheça que algumas declarações possam desencadear feridas estruturais, ela não afirma que toda linguagem de ódio sempre gera danos efetivos. Em contraste, a escritora argumenta que o contexto e as condições para o impacto do ódio merecem melhor conhecimento. No entanto, o STF abordou o texto de Ellwanger como se seu dano fosse automático, sem evidências empíricas sobre como, quando ou em quem essa linguagem poderia ter funcionado. Ao fazer isso, o Tribunal confundiu a capacidade estrutural da linguagem de gerar hierarquias — uma ideia abstrata — com a exigência legal de estabelecer o risco concreto que deve existir para proibir o discurso. Ao tratar o dano simbólico como um conceito absolutista sem ter abordado a materialidade, o Tribunal agiu mais como um modelo de censura do pensamento do que como uma teoria constitucional de responsabilidade discursiva.

Mas o STF adota uma abordagem diferente na ADO 26. A equiparação da homotransfobia ao racismo não se baseia em suposições abstratas, mas as reconhece como sistemas históricos de violência cujos impactos são permanentes, verificáveis e documentados, com suas consequências reconhecidas em estudos, estatísticas e relatórios com padrões estabelecidos de exclusão (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2019). No entanto, aqui, o problema não é o conteúdo moral da linguagem, mas o ambiente estrutural em que ela aparece.

Ao reconhecer que algumas formas de expressão são engrenagens dentro de um sistema de opressão, o Tribunal se alinha com a teoria performativa de Butler (2021), para quem o dano simbólico só legitima a sanção legal quando põe em risco a integridade social dos sujeitos. Assim, a ADO 26 não corre o risco de um *chilling effect* ilegítimo: em vez de impedir que as pessoas expressem opiniões impopulares, inibe processos discursivos, tecidos em um sistema concreto de violência, de continuar a manifestar exclusão.

O HC 82.424 foi um exemplo de um tribunal que projetou dano sem demonstrar efetivamente dano; aqui fala-se de um dano que é real, estrutural e empiricamente válido. A diferença é crucial: enquanto no caso Ellwanger, o STF sancionou ideias sem evidências de dissuasores prejudiciais, na ADO 26, o Tribunal respondeu a práticas discursivas inseridas em

um sistema verificável de violência, o que em maior medida justifica a intervenção estatal, mas não viola a liberdade de expressão.

O *chilling effect*, portanto, serve como critério para indicar quando o Estado deve intervir, bem como quando não deve, como visto nesses três casos tomados em conjunto. Na ADPF 187, a interferência do Estado levaria ao esfriamento da dissidência política; no HC 82.424, o Tribunal não considerou o potencial de um *chilling effect* e expandiu excessivamente seu poder punitivo; na ADO 26, a restrição era um padrão estrutural de medidas excludentes, não algo ofensivo a um ponto de vista moralmente justo. O resultado é uma chave hermenêutica dupla que é um modelo expressivo, apropriado para um regime onde prevalece a contestação política protegida, e um modelo performativo para cenários de violência estrutural.

4 Considerações finais

A análise desenvolvida ao longo deste artigo permitiu compreender que o *chilling effect* ocupa posição central nos debates contemporâneos acerca da liberdade de expressão e dos limites constitucionais da intervenção estatal sobre o discurso público. Muito além de um simples fenômeno psicológico de autocensura, o efeito inibidor revela a capacidade que determinadas estruturas normativas, sanções jurídicas e práticas institucionais possuem de limitar a circulação de ideias e enfraquecer o pluralismo democrático.

A reconstrução teórica realizada demonstrou que a doutrina do *chilling effect* surge a partir da percepção de que a simples possibilidade de responsabilização jurídica pode desencorajar indivíduos a exercerem direitos constitucionalmente protegidos. Nesse contexto, autores como Frederick Schauer, Jonathon Penney e Laurent Pech evidenciam que a incerteza inerente ao sistema jurídico produz impactos relevantes sobre o comportamento social, especialmente quando o medo da punição conduz à autocensura e à conformidade discursiva.

A análise da jurisprudência norte-americana evidenciou que a Suprema Corte dos Estados Unidos consolidou uma tradição de superproteção da liberdade de expressão justamente para evitar o resfriamento indevido do debate público. Casos paradigmáticos como *Wieman v. Updegraff*, *Smith v. California*, *New York Times v. Sullivan* e *Brandenburg v. Ohio* demonstram uma preocupação constante em impedir que restrições vagas, excessivas ou arbitrárias comprometam manifestações protegidas pela Primeira Emenda. A jurisprudência norte-americana reconhece, assim, que o risco de silenciamento preventivo pode representar ameaça mais grave à democracia do que a eventual proteção ampliada de determinados discursos.

No contexto brasileiro, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal desenvolveu uma hermenêutica mais relacional da liberdade de expressão, oscilando entre a proteção do dissenso político e a limitação de práticas discursivas associadas à exclusão estrutural. A ADPF 187 evidencia a preocupação do Tribunal em evitar efeitos inibidores sobre manifestações políticas e participação democrática. O HC 82.424, por sua vez, revela tensões relacionadas à punição de discursos odiosos sem demonstração concreta de risco, ampliando debates acerca dos limites da repressão estatal da linguagem. Já a ADO 26 demonstra uma diferenciação relevante entre discursos meramente ofensivos e práticas discursivas inseridas em contextos estruturais de violência e exclusão social.

A partir dessas decisões, torna-se possível compreender o *chilling effect* como verdadeiro parâmetro hermenêutico para a análise da legitimidade constitucional das restrições à liberdade de expressão. A teoria do efeito inibidor não impede toda forma de limitação discursiva, mas exige cautela diante de medidas capazes de produzir silenciamento preventivo, conformidade ideológica e enfraquecimento do espaço democrático de deliberação pública.

Conclui-se, portanto, que a proteção da liberdade de expressão exige constante vigilância em relação ao potencial expansivo do poder estatal sobre a linguagem. Em democracias constitucionais, a preservação do debate público depende não apenas da repressão de práticas efetivamente violentas ou excludentes, mas também da garantia de que o medo da punição não transforme o exercício da palavra em atividade permanentemente condicionada pela autocensura.

Referências

AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer: palavras e ação**. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BEDI, Suneal. The myth of the chilling effect. **Harvard Journal of Law & Technology**, february 27, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3794037>. Acesso em: 22 fev. 2024.

BRANDOM, Russel. **Iran's porn censorship broke browsers as far away as Hong Kong**. The Verge, 7 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.theverge.com/2017/1/7/14195118/iran-porn-block-censorship-overflow-bgp-hijack>. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 13 jun. 2019. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 15 jun. 2011. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424/RS**. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento em 17 set. 2003. Diário da Justiça, Brasília, DF, 19 mar. 2004.

BUTLER, Judith. **Discurso de ódio: uma política do performativo**. Tradução de Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Unesp, 2021.

CHINA. **Direito Penal da República Popular da China**. Publicado em 14 de março de 1997. Disponível em: www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzt/rls/2008-08/21/content_1882895.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

DELVECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 1979.

DWORKIN, Andrea. **Pornography: men possessing women**. New York: Perigee Books, 1981.

FISS, Owen. **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.

FOUCAULT, Michel. **A coragem da verdade: o governo de si e dos outros II**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Liberdade de expressão, isegoria e verdade**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

JUSTIA US SUPREME COURT. **Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>. Acesso em: 22 fev. 2024.

JUSTIA US SUPREME COURT. **New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>. Acesso em: 22 fev. 2024.

JUSTIA US SUPREME COURT. **Smith v. California, 361 U.S. 147 (1959)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/361/147/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

JUSTIA US SUPREME COURT. **Wieman v. Updegraff, 344 U.S. 183 (1952)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/344/183/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

LEBA, Thalles Furtado. **Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e o problema do chilling effect**. 264 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana**. São Paulo: Aracati, 2011.

PECH, Laurent. **The concept of chilling effect:** Its untapped potential to better protect democracy, the rule of law, and fundamental rights in the EU. União Européia: Open Society Foundations, 2021.

PENNEY, Jonathon W. Understanding Chilling Effects. **Minnesota Law Review**, v. 106, p. 1451-1530, 2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3855619. Acesso em: 26 fev. 2024.

RUSSELL, Diana. **Dangerous relationships:** pornography, misogyny and rape. Thousand Oaks: Sage Publications, 1998.

SCHAUER, Frederick. **Fear, Risk and the First Amendment:** Unraveling the Chilling Effect. Faculty Publications, 1978. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/879>. Acesso em: 26 fev. 2024.

SOLOVE, Daniel J. **The First Amendment as Criminal Procedure.** N.Y.U. L. Rev., v. 112. 2007. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/946/. Acesso em: 26 fev. 2024.

SUPREME COURT OF UNITED STATES. **Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444>. Acesso em: 22 fev. 2024.

SUPREME COURT OF UNITED STATES. **New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>. Acesso em: 22 fev. 2024.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech.** Cambridge: Harvard University Press, 2012.