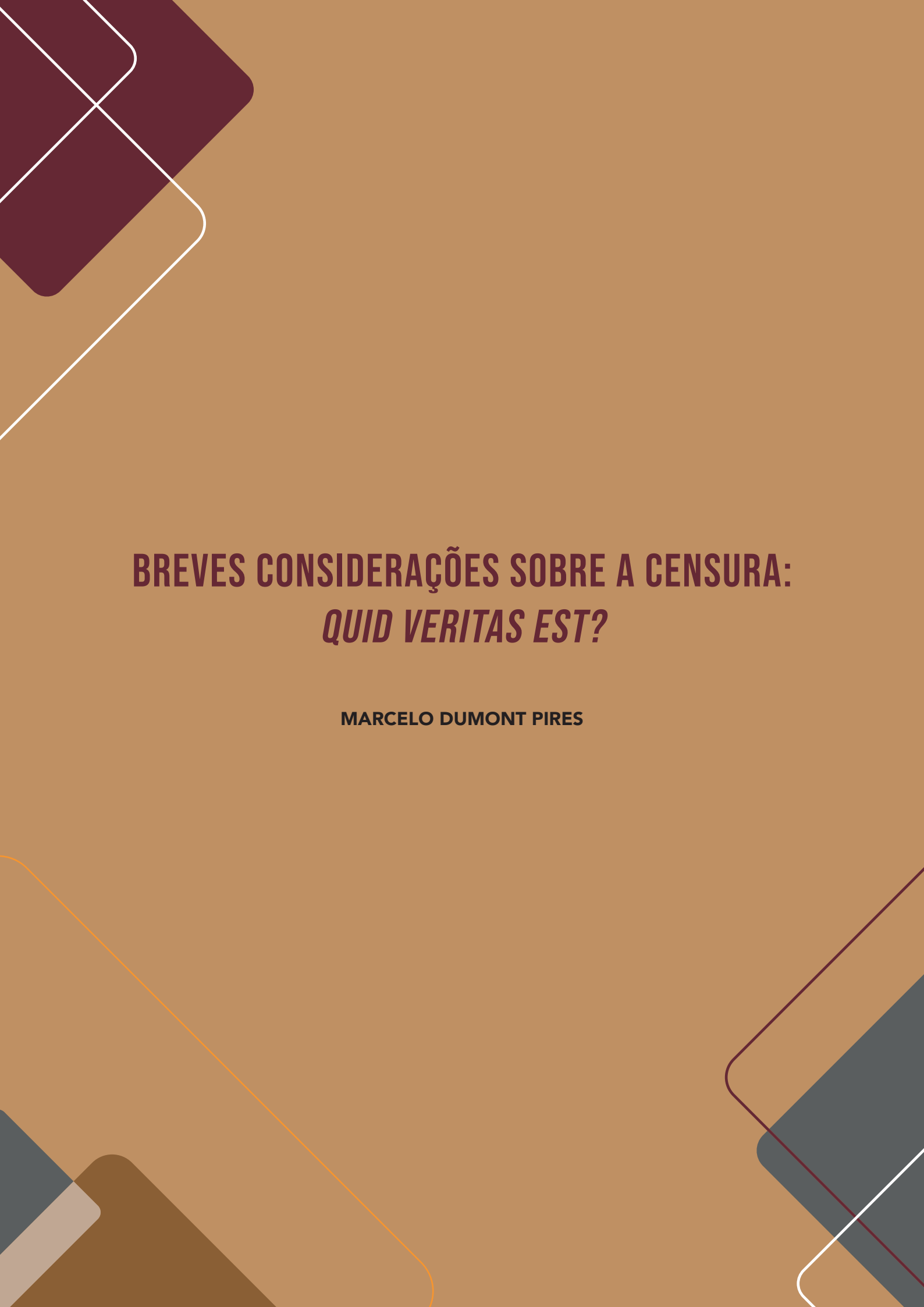




BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CENSURA: ***QUID VERITAS EST?***

MARCELO DUMONT PIRES

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CENSURA: *QUID VERITAS EST?*

MARCELO DUMONT PIRES

PROFESSOR ORIENTADOR: PERY FRANCISCO ASSIS SHIKIDA

RESUMO: Tendo como objetivo fazer breves considerações sobre a censura, este artigo está estruturado em três seções. Após uma introdução, apresenta-se a segunda seção que abordará, de forma discursiva, as teorias existentes sobre a censura, especialmente a sua adoção legislativa constitucional originária, ou seja, *ex lege*, mas ainda tem algumas sugestões, tanto como *de lege ferenda* como uma nova hermenêutica constitucional e, como por óbvio, a interpretação do direito penal sobre o assunto. A terceira seção contém as considerações finais, que sumarizam as principais sugestões do presente estudo.

ABSTRACT: Aiming to provide brief considerations on censorship, this article is structured into three sections. Following an introduction, the second section discusses the existing theories on censorship, especially its original constitutional legislative adoption, i.e. *ex lege*, but still has some suggestions, both as *de lege ferenda* and as a new constitutional hermeneutic and, of course, the interpretation of criminal law on the subject. The third section contains the final considerations, summarizing the main suggestions of the present study.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	281
1 - INTRODUÇÃO	281
2 - DESENVOLVIMENTO.....	283
3 - CONCLUSÃO	296
REFERÊNCIAS.	297

PREFÁCIO

O tema “Censura”, já longamente estudado, mas que se torna, de tempos em tempos, novamente atual, recebeu um tratamento mais dogmático a partir do modernismo, do estudo sistêmico e dentro de uma conjuntura de debates sobre os direitos fundamentais de 1ª geração, ligado, portanto, a defesa básica (do doravante chamado cidadão) numa disputa indivíduo *versus* Estado-hobbesiano, dentro do quadrante do pensamento científico/crítico da razão.

Não obstante, no século XIII, a *Magna Carta* (1215) inglesa já trazia disposições limitadoras do Estado, e a possibilidade de defesa de tais direitos por intermédio da nobreza (nesta época os latifundiários) e clérigos. Por ter sido descumprida pelo Rei Henrique III, foi objeto de inúmeras modificações posteriores, nenhuma delas de grande repercussão sobre o tema.¹

Assim, foi mesmo na Constituição americana 1776 e em suas Emendas (*Bill of Rights*) de 1791 e na francesa de 1789, que foi a Liberdade de Expressão elevada ao *status* de direito fundamental, num esforço conjunto de políticos influentes (denominados por eles como “os Pais” da Constituição americana) para a união das 13 colônias que se tornaram independentes do domínio inglês, sobre o que se verá mais adiante.²

Mas, se retornar no tempo mais longínquo ainda, ao meditar sobre a Bíblia e, em especial, sobre o Novo Testamento, com pertinência ao que posto em debate, vem a lembrança da pergunta final de Pilatos a Cristo, em seus momentos derradeiros: “O que é **A Verdade**?”. Sobre a indagação o Senhor faz silêncio e ela fica sem resposta.

É curioso porque é um diálogo fundamental para a cultura e o modo de ser ocidental, pautado por revoluções advindas de novos discursos, como bem trata Habermas, na teoria política do direito³. Jesus se deu ao

trabalho de dizer **A Verdade** (levando em conta a crença deste subscritor) durante seu mi-

nistério público e se calou diante daquele que o sentenciaria (incitado por autoridades judaicas), depois dos romanos O açoitarem e colocarem em Sua cabeça uma coroa de espinhos e em Seu corpo flagelado um manto púrpuro, à morte. A despeito da exortação e após ser enfático no Sinédrio (Tribunal Eclesiástico Judaico), onde tinha exposto Sua origem filial à Deus. Afinal, era um momento crucial, de vida ou morte.

Entretanto, o diálogo – e é claro que ali se encerrou como deveria ser – uma vez que Cristo sabia que ao Governador Romano, responsável à época pela Judéia, não teria como fazê-lo entender a) qual era o seu reino e de onde Ele vinha, como o já havia feito e declarado e b) **A Verdade** já tinha sido revelada aos destinatários da obra e do Espírito Santo, aos mais humildes e relegados da sociedade, como era da Vontade de Deus (pescadores, cobradores de impostos, prostitutas, entre outros marginalizados), e não àqueles *doutores da lei* que o condenariam à crucificação.

A Verdade, instrumentalizada na *liberdade de expressão*, não estava ao nível de compreensão dos romanos. De mais a mais, cumpria Sua missão⁴. Este é o primeiro caso, com relato, fictício (para alguns) ou não, na

História de ataque covarde e brutal a tal direito fundamental.

1- INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo apresentar uma análise concisa sobre a censura, fundamentada na literatura pertinente.

A função metodológica deste trabalho de finalização de curso de pós-graduação organizada pela Escola de Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais visa oferecer considerações sobre a questão da censura à luz das referências de literatura que defendem essa perspectiva. Trata-se de uma metodologia de pesquisa descritiva e analítica.

1 Cf. “Magna Carta” – Wikipédia, a enciclopédia livre (wikipedia.org).

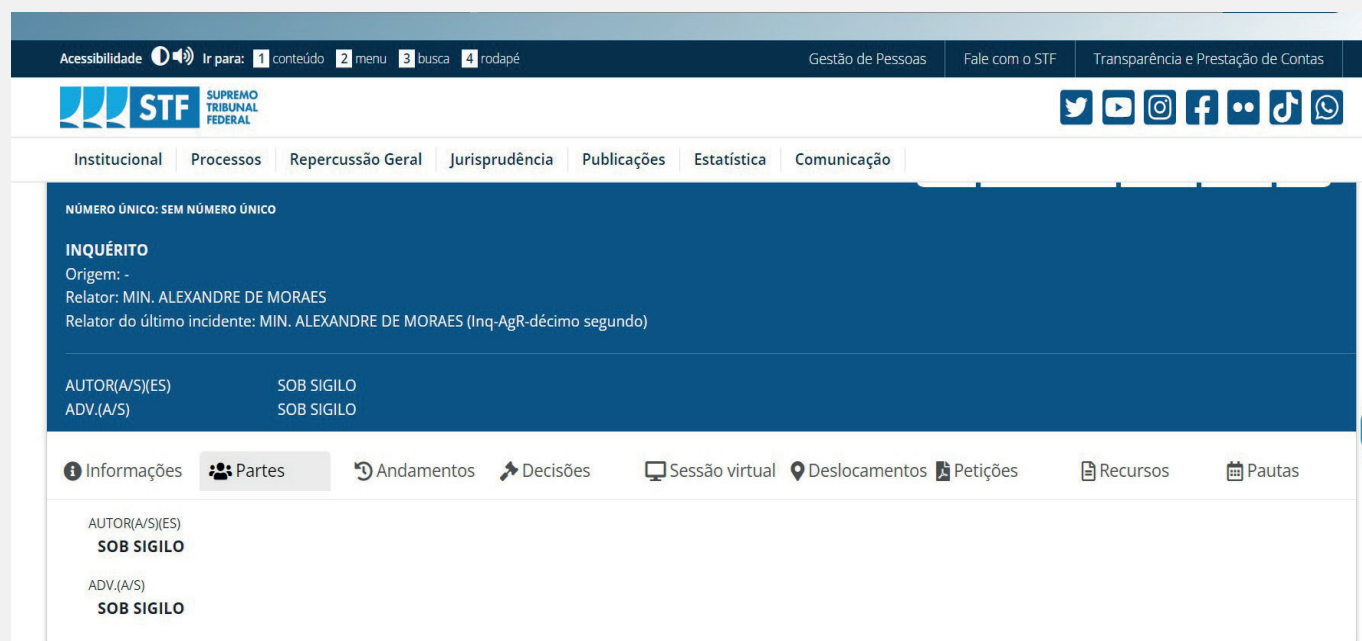
2 Em especial a 1ª Emenda.

3 *Direito e Democracia*, vols. I e II.

4 “A minha vida/ Eu a dou livremente/ Ninguém a tira de mim” (Jo, 10,18).

Esse preâmbulo veio a calhar porque, o que se está a ocorrer no Brasil, por meio de quem tem a última palavra sobre a Constituição de 88 (Supremo Tribunal Federal), em um inquérito interminável e inacessível (chamado Inquérito das *Fake News* ou dos *Atos antidemocráticos*, autuado sob o n.º 4781), são prisões, conteúdos de mídia suspensos, *blogs*, vídeos do YouTube

desmonetizados e/ou retirados do ar, tudo sem dar às pessoas, “proprietários” de seus *espaços virtuais* e de opinião, o seu sagrado direito não só a se defender (ampla defesa), mas ao mesmo tempo, passando por cima do contraditório, sem mencionar o princípio da publicidade dos atos de Estado, aplicáveis, como regra, à maioria de inquéritos policiais/administrativos.



Acessibilidade Ir para: 1 conteúdo 2 menu 3 busca 4 rodapé

Gestão de Pessoas Fale com o STF Transparência e Prestação de Contas

STF SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Institucional Processos Repercussão Geral Jurisprudência Publicações Estatística Comunicação

NÚMERO ÚNICO: SEM NÚMERO ÚNICO

INQUÉRITO

Origem: -

Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

Relator do último incidente: MIN. ALEXANDRE DE MORAES (Inq-AgR-décimo segundo)

AUTOR(A/S)(ES) SOB SIGILO

ADV.(A/S) SOB SIGILO

Informações Partes Andamentos Decisões Sessão virtual Deslocamentos Petições Recursos Pautas

AUTOR(A/S)(ES) SOB SIGILO

ADV.(A/S) SOB SIGILO

Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br), consulta em 06/07/2023, às 12:15h.

Pior: segue-se um regimento, a que se conferiu força de lei federal, no qual o inquisidor é o julgador, entre outros vícios insanáveis, o que não se vê há muito na Teoria Geral do Processo, com especial importância ao *due process of law*.

De fato, não se pode impor a verdade, eis que sempre relativa. Não pode um indivíduo, *sponte propria*, intitular-se “defensor” da verdade, como é feito no caso da censura, pois suscetível ao crivo do ente e sua temporalidade (cf. *Ser e tempo*, Martin Heiddeger, Ed. Vozes).

A suposta “verdade” (v. *fake News*, ou “negaçãoismo”, por exemplo), dita como *argumento de autoridade* por um ministro da Suprema Corte, não caberia a ele(a) a autodefinição, de modo a promover o controle prévio das liberdades civis, intérprete da letra do Texto Maior e do ordenamento jurídico.

Aliás, a despeito do objeto desse trabalho não ter essa finalidade, seria interessante adotar a terminologia alemã *Tribunal Federal Constitucional*, ou apesar das diferenças de sistemas jurídicos, o *nomen iuris* “Conselho Constitucional” francês. A par dessa mudança, retornar o Superior Tribunal de Justiça para o antigo TFR - Tribunal Federal de Recursos, de maneira muito mais consentânea com a função exercida (inclusive para o público leigo). Na oportunidade, o primeiro faria o controle de constitucionalidade, restando ao segundo o controle de legalidade. É como acontece hoje, na aproximação do sistema de precedentes anglo-saxão, que criou raízes e está a dar frutos no Brasil. Sobre isso cito AGAMBEN (2004, p.15):

Se, como se sugeriu, a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras.

Muito bem, feito esse introito, importante um pequeno apanhado histórico do direito à liberdade de expressão e censura, a partir do período modernista.

2 - FUNDAMENTAÇÃO

Dessarte, a celebre frase “posso não concordar com o que dizes, mas morreria pelo direito de dizê-lo”, é atribuída muitas vezes a Voltaire, não obstante ser de Evelyn Beatrice Hall.

O aforismo é bastante disseminado e, apesar da procedência por vezes mal conferida, é muito pertinente. Aliás, o crédito a Voltaire decorre da sua autoridade de pensador, um dos expoentes do Iluminismo, sob influências como as de John Locke, Isaac Newton, Malebranche, Jean Racine, Molière, dentre outros.

A frase exprime a ideia de que a vida vale a pena ser vivida quando ideias são expostas, quando há a verdadeira liberdade do pensar e manifestar. Não à toa, a *vida* é o único bem jurídico que merece ser defendido, pois é um pressuposto óbvio, quando em conflito com a *liberdade de expressão*, eis que este serve de corolário direto da *democracia* (nesse sentido, não se fala em Estado Democrático, pois se trata de verdadeira *tautologia*, mas em Estado de Direito).

Dessarte, é evidente que a *liberdade de expressão* deve ceder em confronto com o direito à *vida*, ou a um conjunto delas colocadas em posição abstrata ou concretamente em risco, desde que iminente.

Sobre a matéria, o debate cunhado no sistema paradigma (dos Estados Unidos da América), como ensina Gustavo Mautasch em seu livro, ora *marco teórico*, “CONTRA TODA CENSURA”⁵, se desenvolveu a partir de duas teorias.

A “Teoria da Tendência Negativa”, que foi supedâneo na Corte norte-americana até meados do século passado, proibia todo discurso depreciativo ou discriminatório (discursos racistas, homofóbicos, enfim, o que se chama hoje *discursos de ódio*), no mesmo sentido que o STF vem julgando os casos das ‘fake news’ e outros ditos perniciosos.

Já a “Teoria do Dano/Perigo Iminente”, emanada do voto primeiramente vencido, mas que se tornou, depois, unânime do *Justice Holmes*, baseia-se na premissa de que o discurso, qualquer que seja o seu conteúdo, somente comporta censura (para os demais casos cabe o direito de resposta proporcional ao agravo e/ou danos

materiais/morais) quando a opinião gerar um risco iminente a alguém em razão dessa liberdade (como no caso de se gritar “fogo” em local fechado e com inúmeras pessoas, onde pode causar a morte por pisoteamento).

Assim declarou Holmes:

Perseguição à expressão de opiniões parece-me perfeitamente lógico. Se você não tem dúvidas de suas premissas ou poder e deseja um determinado resultado, com todo o seu coração, você naturalmente expressa os seus desejos em lei e varre toda a oposição (...). Mas quando os homens percebem que o tempo perturbou muitas fés combativas, eles podem vir a acreditar, até mais do que acreditam nos próprios fundamentos da sua própria conduta, que o bem final desejado é mais bem alcançado por livre troca de ideias – que o melhor teste para a verdade é o poder de o pensamento conseguir ser aceito na competição do mercado, e que a verdade é única base sobre a qual seus desejos podem ser realizados com segurança. Essa é de todo modo a teoria da nossa Constituição. É o experimento, como toda vida é um experimento. Todos os anos, se não todos os dias, temos que apostar a nossa salvação em profecias baseadas em um conhecimento imperfeito. Enquanto esse experimento fizer parte do nosso sistema eu creio que devemos estar eternamente vigilantes contra tentativas de conferir/censurar a expressão de opiniões que odiamos e acreditamos estarem repletas de morte, a não ser que elas ameacem tão iminentemente uma interferência imediata com os propósitos legais e urgentes da lei que uma análise/interferência imediata seja necessária para salvar o país.⁶

Já na “Teoria da Tendência Negativa”, estão a exemplificar as falas de ódio ou desprezo social, em algum futuro, que idealizam a vilania diante de uma minoria, desde a sua manifestação (oficial ou clandestina). Tome-se como exemplo, o discurso, onde se insere a *liberdade de expressão* nazista, onde Ernst Kaltenbrunner, autor da criação dos campos de concentração e responsável, direta e indiretamente, pela morte coletiva dos judeus, posição esta alinhada aos anseios do Führer em seu único livro, *Main Kampf* (“Minha Luta”).

E continua Gustavo Mautasch, citando agora o *Justice Brandeis*, no momento de *overruling* do direito americano:

Para se justificar a supressão da liberdade de expressão, deve haver uma base razoável para se temer que um grave mal ocorrerá

5 MAULTASCH, Gustavo. Contra toda censura: Pequeno Tratado sobre a Liberdade de Expressão. Ed. Avis Rara, 2022.

6 Idem, p. 73.

se a liberdade de expressão for praticada. Deve haver uma base razoável para se acreditar que o perigo apreendido é iminente. Deve haver uma base razoável para se acreditar que o mal a ser prevenido é um mal sério. (...) **Se houver tempo para expor, pela discussão, a falsidade e as falácias, para reverter o mal pelo processo de educação, o remédio a ser aplicado é mais discurso, não o silêncio forçado.** Somente uma emergência pode justificar a repressão. Essa deve ser a regra para que a autoridade seja compatível com a liberdade. Essa é, na minha opinião, o preceito da Constituição. Está assim sempre aberta aos americanos a possibilidade de contestar uma lei que restrinja a liberdade de expressão e reunião, mostrando que não havia emergência que a justificasse.⁷

Os EE.UU., vanguardistas que são na matéria, perceberam que o tratamento mais balizado com a liberdade de expressão não é a *censura* e sim mais debate e conscientização sobre o assunto, respeitando os casos de risco iminente, que não poderiam gerar ou agravar de pronto a violência contra a pessoa.

Quanto ao cenário local, é de se observar a seguir como a *liberdade de expressão* vem sofrendo certos atropelos em desfavor de direitos constitucionais, como se criminosos fossem pessoas que têm ponto de vista próprio, como recorda Gustavo Maultasch, ainda que fazendo uso de um discurso a ser rebatido, com outros e mais convincentes argumentos.

Adverte:

Se alguns anos atrás alguém me dissesse que hoje viveríamos uma época em que a Liberdade de Expressão se encontraria em risco, eu não acreditaria. Diria que a previsão é incongruente com a história e visão de mundo da sociedade brasileira, que aprendeu, pelos castigos da experiência, a valorizar a Liberdade de expressão acima de todas as demais demandas sociais. Desde o processo de redemocratização do Brasil, nos anos de 1980, se havia algum consenso na sociedade brasileira – por toda parte, em todos os lados do espectro ideológicos – era o de que nos tornáramos finalmente livres para pensar e dizer o que quiséssemos.

Eu estava errado, evidentemente. Hoje vivemos um era de ressurgimento da libido censória, do impulso autoritário, do ímpeto de silenciarem as vozes discordantes. Como diz Fernando Schüler, ‘a liberdade de expressão parecia quase um consenso, anos atrás, e hoje virou um tabu. Vivemos tempos de um outro autoritarismo, à direita e à esquerda.’

Como conclusão, proponho ao leitor algumas reflexões sobre as razões desse ressurgimento do ímpeto censório.

⁷ Destaque no original. *Ibidem*, p.75.

⁸ *Ibidem*, p. 166-168.

...

A razão mais simples e fundamental refere-se à incapacidade treinada de muitos escolarizados urbanos brasileiros, que simplesmente absorveram automaticamente a ideia de que o estado deve tutelar todos os aspectos da vida do cidadão, incluindo-se aí a eliminação de qualquer risco, ofensa ou circunstância desagradável. Nessa visão da Democracia Tutelada, o estado tem a prerrogativa de controlar o que adultos podem e não podem pensar e falar; e se num exercício imaginativo uma ideia parecer poder provocar alguma violência a futura, alguma ofensa ou desconforto, então ela deve ser proibida. Muitos são incapazes assim de sequer conceber a existência de um Brasil a livre-manifestação com o grau de liberdade que descrevi neste livro, e assim acreditam que a tutela (com certo grau de autoritarismo) seria a única maneira de se preservar a Democracia.

Esse problema alcança inclusive os nossos tribunais; analisando casos emblemáticos sobre Liberdade de Expressão na justiça brasileira, o professor Ronaldo Porto Macedo Jr diz que o aspecto mais saliente é ‘a falta de uma reflexão mais profunda e refinada que pudesse revelar alguma coerência teórica’ que embasasse as decisões. O professor diz ainda que é difícil evitar a impressão de que as decisões judiciais sobre o tema são mera expressão de vieses ideológicos que guiaram as preferências do juiz. O tema da Liberdade de Expressão ainda não é conhecido com a profundidade necessária em nosso país.

...

A Democracia Tutelada traz dois problemas: o primeiro é que alguém tem de ser o tutor, evidentemente, e com isso tem-se uma Democracia de Castas, em que um grupo é alçado à posição de poder e assim arroga-se determinar quais discursos devem ser permitidos ou proibidos no debate público. O segundo problema é que preservá-la, deixando-a caminhar para onde quer que a sociedade decida; ela tutela a Democracia com uma escatologia, com um sonho para a história e a ‘civilização’ brasileira (...) ⁸

Assim, mesmo que desconhecendo o teor do Inquérito n.º 4781, ainda que com imprecisão ou má-fé dos autores, o que se revela é despreciando.

Vale ressaltar, desde logo, o desvalor contra a *censura* e o seu uso *indiscriminado* (o ferimento dos direitos individuais), ao que T.W. Adorno chama de **opressão**.

Por tais razões sabe-se que o uso da *censura*, que é senão o outro lado da moeda da *liber-*

dade de expressão, somente socorre ao censor se é *remédio* para defesa do bem jurídico *Vida*. Quanto aos demais direitos tutelados, deve prevalecer aquela.

A respeito do tema, não se pode concordar como os argumentos trazidos por André Ramos Tavares (2005:49/61), em relativização do direito à liberdade de expressão no contexto da Constituição de 1988, em artigo denominado “Liberdade de Expressão-Comunicação”, elaborado em homenagem ao Professor Paulo Bonavides.

Da obra, extrai-se:

Direitos fundamentais.

(...) Afinal, foi a classe dos direitos fundamentais a responsável pela superação do Estado absolutista, em que os súditos viviam para o e pelo rei. (...) Nesse sentido, Ataliba Nogueira (1940:113): ‘O Estado não é fim do homem; sua missão é ajudar o homem a conseguir o seu fim. É um meio, visa à ordem externa para a prosperidade comum dos homens.

...

‘Mas as definições das liberdades não são fáceis (...)’, advertiu Pontes de Miranda (1979:288), ciente de que a largueza temporal e a relevância material não foram suficientes para oferecer um conceito seguro àquilo que se denomina liberdade.

...

Para não haver maiores digressões, atente-se para a Constituição de 1988, que em seu artigo 5º, inciso II, conceitua a liberdade com sua relação com a Lei: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’.

...

Há na doutrina brasileira uma patente imprecisão acerca do real significado e abrangência da locução liberdade de expressão, porém, pode muito bem ser atribuída ao legislador constituinte que, de maneira consciente ou não, pulverizou manifestações diversas, consagrando em momentos distintos facetas de uma mesma e possível liberdade de expressão (...)

No entanto, o certo é que o termo *liberdade de expressão* não se reduz ao externar sensações e sentimentos. Ele abarca tanto a liberdade de pensamento, que se restringe aos juízos intelectivos, como também externar sensações.

...

Para deixar clara a extensão da liberdade de expressão, cumpre trazer entendimento ventilado pela Suprema Corte americana, quando da decisão do case *Cohen v. California*, por meio do *Justice Harlan*: (...) [a expressão] não denota apenas ideias de relativa precisão, explicações imparciais, mas emoções inexpressíveis (*apud* Tribe 1988:787, trad. Livre).

...

Dentre os direitos conexos presentes no gênero *liberdade de expressão* podem ser mencionados os seguintes: liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de opinião, de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão.

3.3 Liberdade de Expressão: Meio ou Fim?

...

Jónatas E. M. Machado (2002:238) é categórico ao anotar que ‘(...) a liberdade de expressão não é vista como um fim em si mesma.’

...

Parece ser correto o entendimento ventilado pelo jurista luso de que a liberdade de expressão é um meio e não um fim.

(...)

A liberdade de expressão não existe para si mesma. Ainda que se defenda sua condição de Direito natural, tal somente existiria no mundo fenomênico em sua necessária relação com o Homem. Não haveria que se falar em liberdade de expressão se este, único ser racional e capaz de expressar, não subsistisse. Daí ser um meio e não um fim em si mesmo.

...

Desta feita, a razão não reside naqueles que alegam que a liberdade de expressão é um fim em si mesma. Nunca o será.

...

Após ter sido demonstrado acima, que a liberdade de expressão é um meio, com finalidades determinadas ou a serem determinadas pelo homem (...)

...

Mencionou-se anteriormente, quase à exaustão, que o elemento ensejador da liberdade de expressão é a intenção de se conceder ao homem a prerrogativa de ser soberano sobre si mesmo, de ser um ente autônomo, condição esta essencial à realização pessoal, à expressão da personalidade individual, ainda que este seja um gregário – na conhecida concepção aristotélica de que o homem é um animal político.

...

Tem-se, assim, uma maior e mais apropriada possibilidade de se auto-determinar [sic]. Ora, a liberdade de expressão e, nela, a liberdade de comunicação, há de se prestar à realização pessoal, à formação individual, à livre opção de cada um. Com efeito, não pode ser ela instrumento contrário à realização pessoal. Seria mesmo contraditório que um fato pudesse, ao mesmo tempo, apoiar-se na liberdade de expressão e violá-la, enquanto categoria constitucional, em determinado caso concreto.

...

Conforme foi acentuado no início, o conceito de liberdade, baseado no firme magistério de John Stuart Mill, é a possibilidade de tudo fazer, desde que em respeito a terceiros, é dizer, sem os prejudicar.

...

Com base no que foi dito, Nuno e Souza entende que, como limites imediatos à liberdade expressão, '(...) podem apontar-se os direitos à imagem, à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (...)'

...

Essa preocupação em obter um aumento sempre maior de atenção por parte dos possíveis receptores gera, evidentemente, um conflito com os interesses destes, bastando mencionar-se o interesse na obtenção de informações neutras e na autoformação [sic].

...

Realmente, apesar de cada indivíduo (tomando como audiência) poder se recusar a aceitar aquilo que lhe é impingido pelo emissor- comunicador, seu controle e suas reservas muitas vezes não são suficientes, não deixando de ser influenciado e 'modificado' pelo que viu ou ouviu em função do exercício da liberdade de expressão por outrem, especialmente por um emissor-comunicador.

...

Ora, bem demonstra, aqui, o estudioso, a irreversibilidade das situações geradas por uma divulgação imprópria acerca da conduta, da imagem, da privacidade, da dignidade, do bom nome ou da honra de determinada pessoa.

...

Com isto, poder-se-ia alcançar um precioso equilibrado "(...) entre as prerrogativas individuais e as necessidades da vida coletiva" (Jónates E. M. Machado, 2002:360).

...

E, por meio dessa almejada harmonia entre as prerrogativas individuais e a necessidade coletiva, possibilitar-se-ia, otimizadamente [sic], o pleno desenvolvimento individual e coletivo. É este o objetivo que todos hão de ter em mente, ao praticar seus atos.⁹

Em um marco teórico diverso, a liberdade de expressão é um postulado quase que absoluto. Está-se de acordo com o entendimento de Gustavo Mautasch, em "Contra Toda Censura". A ideia central, para fins deste artigo, resume-se o pensamento desse autor pelo seguinte excerto:

Muitos não estão nem sentindo, ou talvez estejam até gostando; talvez não sintam o perigo porque ele ainda se encontra mais no espírito do tempo – no clima das ideias – do que propriamente no conjunto das ações concretas da história: quantas pessoas realmente foram presas por dizerem o que pensam? Quantas pessoas realmente são censuradas? São poucas, dizem. Ou ainda: se alguém foi preso ou censurado é porque disse mesmo 'algo que não devia', fez 'discurso de ódio', propagou 'fake news', promoveu ideias 'negacionistas', 'anticientíficas', 'antidemocráticas', ou 'atacou' as instituições; então por que tanto 'choro' e reclamação? Ainda é pouco para nos preocuparmos – dizem os inocentes, os incautos e, evidentemente, alguns mal-intencionados.¹⁰

Sabe-se o momento histórico que o microsistema foi concebido. Dá lição a Professora, hoje Ministra do STF, Carmen Lúcia Antunes Rocha, no voto proferido no julgado da Arguição de Preceito Fundamental 130/DF:

Primeiro, é que me parece que o que foi posto brilhantemente pelo Ministro Carlos Britto, e, agora, enfatizado pelo Ministro Menezes Direito, é que a liberdade de imprensa - como a manifestação talvez mais importante da liberdade, porque a liberdade de pensamento para informar, se informar e ser informado, que é garantia de todo mundo, se compõe, exatamente, para a realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se fossem dados adversos. Eu acho que são dados complementares, quer dizer, quanto menor a informação, menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menor dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes.

9 ROCHA, Fernando Luiz Ximenes et al. *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2005.

10 *Ibidem*, p. 46.

O segundo dado que eu gostaria de enfatizar é que o fundamento da Constituição é exatamente o da democracia, que não se compadece absolutamente com qualquer tipo de restrição - e, agora, o Ministro Menezes Direito chamou a atenção para até o aspecto punitivo de restrições que eventualmente adviessem na legislação infraconstitucional - e, portanto, é exatamente o que se tem nessa lei, que não poderia mesmo ser recepcionada.

...

Tenho, para mim, que a Constituição de 88 tratou regularmente e integralmente daquilo que é necessário para que os abusos sejam coartados - como realçado pelo Ministro Carlos Britto, e, agora, brilhantemente, também enfatizado pelo Ministro Menezes Direito -, que o Direito tem mecanismos para coartar, para repudiar todos os abusos que eventualmente, em nome da liberdade, sejam praticados. Vale para a imprensa, isso vale para todo mundo.¹¹

Outrossim, vê-se que o marco teórico adotado, difere-se do apontado por Ronald Dworkin, para quem a liberdade de expressão, em um breve resumo, distingue-se em definir se o que fala de fato se trata de um *argumento de princípio* ou de um *argumento de política*:

Somente precisamos dos direitos, enquanto um elemento distinto da teoria política, quando alguma decisão prejudique certas pessoas encontre, não obstante, apoio *prima facie*, na afirmação de que isso deixará a comunidade como um todo em melhor situação segundo alguma aplicação plausível de onde reside o bem-estar geral da comunidade. Mas a fonte mais natural de qualquer objeção que possamos ter a tal decisão é a de que, no seu interesse pelo bem-estar, prosperidade ou florescimento das pessoas como um todo, ou na concretização de algum interesse difundindo na comunidade, a decisão não presta suficiente atenção ao seu impacto sobre a minoria, e certo recurso a igualdade parece uma expressão natural de uma objeção proveniente dessa fonte. Queremos dizer que a decisão está errada, apesar de seu mérito aparente, porque não leva em conta, da maneira correta, o dano que causa a alguns e, portanto, não trata essas pesso-

as como iguais, com direito à mesma consideração que outras.¹²

Adverte:

A discussão pública em torno do caso *Farber* deixou de observar uma distinção importante entre dois tipos de argumento que são usados para justificar uma norma jurídica ou alguma outra decisão política. As justificativas de *princípio* argumentam que uma norma específica é necessária para proteger um direito individual que alguém (ou, talvez, um grupo) tenha contra outras pessoas ou contra a sociedade ou o governo como um todo. Leis antidiscriminação, como as que proíbem o preconceito na oferta de emprego ou habitação, podem ser justificadas com argumentos de princípio: os indivíduos realmente têm o direito de não serem prejudicados na distribuição de recursos importantes porque outros sentem desprezo pela sua raça.

As justificações de *política*, por outro lado, sustentam que uma norma específica é desejável porque trabalhará pelo interesse geral, isto é, pelo benefício da sociedade como um todo. (...)

A distinção, porém, é de grande importância, porque, às vezes, princípio e política argumentam em sentidos opostos e, quando o fazem (a menos que as considerações de política tenham importância crucial, de modo que a comunidade venha a sofrer uma catástrofe se forem ignoradas), a política deve ceder ao princípio.¹³

Está-se pendente para a distinção mais simples e direta do marco teórico, dentre as teorias *negativistas* e a do *perigo de dano iminente*, eis que calcada numa tradição ítalo-germânica do nosso direito, em comparação ao diferente e complexo sistema de precedentes anglo-saxão.

Parece, inclusive, que a Constituição adota a posição da *Teoria do Perigo Iminente*. Isso porque proíbe, em qualquer hipótese, a censura prévia. Não se pode deixar de destacar que,

11 Do mesmo voto, extrai-se citação pertinente de Rui Barbosa: “Da atualidade das palavras de Rui Barbosa que foram proferidas no Senado em 11 de novembro de 1914, exatamente sobre lei de imprensa, ou seja, há quase cem anos. Dizia, então, Rui que: ‘Se não estou entre os mais valentes dos seus advogados, estou entre os mais sinceros e os mais francos, os mais

leais e desinteressados, os mais refletidos e mais radicais. Sou pela liberdade total da imprensa, pela sua liberdade absoluta, pela sua liberdade sem outros limites que os do direito comum, os do Código Penal, os da Constituição em vigor. A Constituição Imperial não a queria menos livre; e, se o Império não se temeu dessa liberdade, vergonha ADPF 130 / DF será que a República a não tolere. Mas, extremado adepto, como sou, da liberdade, sem outras restrições, para a imprensa, nunca me senti mais honrado que agora em estar ao seu lado; porque nunca a vi mais digna, mais valorosa, mais útil, nunca a encontrei mais cheia de inteligência, de espírito e de civismo; nunca lhe senti melhor a importância, os benefícios, a necessidade.’ E dizia, então, Ruy, em 1914: ‘A ela’ - liberdade de imprensa - ‘exclusivamente se deve o não ser hoje o Brasil, em toda a sua extensão, um vasto charco de lama.’

12 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005, p. 532.

13 *Idem*, p. 564.

obviamente, os perigos atualíssimos à vida são a exceção à regra. Nos demais casos, fica patente que a interpretação que confie maior eficácia a tais normas é procedimento obrigatório (*metaprincípio do direito e da hermenêutica constitucional*).

José Afonso da Silva:

A percepção que cada um tem dela [Constituição] é considerada separadamente dela própria. De igual modo, as intenções de seu autor – o constituinte – são consideradas separadas dela, porque ela é, em si mesma, um ser, um ser com seus poderes e a dinâmica, um ser autônomo.

...

O intérprete da Constituição tem que partir da ideia de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos que ainda ignoramos.

...

(...) Nessa perspectiva, somente caberá ao intérprete perquirir e revelar a intenção original do constituinte. Diga-se, desde logo, que não é esse o modo correto de se chegar ao sentido da Constituição. Pois não é aceitável a ideia de que a hermenêutica em por objetivo captar o pensamento dos autores da Constituição. A vontade do constituinte, de resto de difícil captação, não tem relevância no processo interpretativo.

...

(...) Consequentemente, um conceito individual tira o significado do contexto ou horizonte no qual se situa; contudo, o horizonte constrói-se com os próprios elementos aos quais dá sentido. Por uma interação dialética entre o todo e as partes, cada um dá sentido ao outro; compreensão é, portanto, circular. E porque o sentido aparece dentro desse círculo, chamamo-lhe [sic] 'círculo hermenêutico', formulado por Heidegger, assumido por Gadamer e também referido por Richar E. Palmer (Palmer, 93 e 94).

(...) O desenvolvimento dos estudos sobre a relação da linguagem com o contexto é que é a unidade de sentido do texto. Assim se pode concluir que não são as palavras nem as frases que dão sentido à Constituição. Esta, como texto jurídico, é que é uma unidade de sentido, de sorte que as normas que a compõem recebem o seu sentido o seu sentido à Constituição. Esta, como texto jurídico, é que é uma unidade de sentido a partir do sentido do todo, ainda que uma interação dialética, entre texto e contexto, cada um dá sentido ao outro.

14 *Idem*, p. 439-450.

15 Recl. 383/SP, RTJ 147/465.

Pode-se dizer, a partir daí, que a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação das suas partes entre si e mais latamente sua relação com o espírito da época, ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão histórica gramatical na sua relação com a linguagem espiritual na sua relação com a visão total da época.

Ou, em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela aplicação de três formas de hermenêutica: a) a *hermenêutica das palavras*; b) a *hermenêutica do espírito*; c) a *hermenêutica de sentido*, segundo Richard Palmer (p. 86) que prefiro chamar de *hermenêutica contextual*.

...

Assim, para dar alguns exemplos, o Conselho Constitucional foi leva a [sic] garantir o respeito a liberdades e direitos essenciais tais como a liberdade individual, a liberdade de ir e vir, a inviolabilidade do domicílio, a proteção da saúde da mãe e da criança e o respeito da liberdade de consciência, a liberdade de casar, o direito de levar uma vida familiar normal e o direito de reagrupamento familiar, a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, liberdade de expressão de ideias e de opinião, a liberdade de contratar pacto civil de solidariedade.¹⁴

Carlos Mário Velloso¹⁵:

Ora, a meu ver essa interpretação puramente literal de um texto isolado não seria boa. Temos que interceptar as normas constitucional [sic] no seu contexto e quando interpretamos é bom lembrar a afirmativa de Marshall, no 'M'Colloch v. Madison, de 1819: quando se interpretam normas constitucionais, deve o intérprete estar atento ao Espírito da Constituição, ao que ela contém no seu contexto. Parece-me que a interpretação literal não prestaria obséquio à Constituição, que deve ser sistematicamente interpretada (Voto na Recl. 383/SP, RTJ 147/465).

O conflito de demais direitos subjetivos não suporta como fundamento jurídico fazer proveito da censura imposta a qualquer livre pensar e expor, que vai desde a integridade corporal até a própria crítica ao Estado Democrático de Direito, cujos tentáculos estão disseminados em falsos discursos, com o devido respeito, especialmente para motivar prisões no Brasil, além de trazerem falsos pretextos para o cale-se (jogo de palavras com o pedido de Cristo ao Pai, "afasta de mim

este cálice”, como na letra de Chico Buarque), que geram atos judiciais dignos de outrora, semelhantes ao período de 1964-1985.

Antes de se falar mais a fundo desses casos e sobre eles lançar luz, parece ser imprescindível a explicação sobre o vasto campo de bens jurídicos protegidos que não servem como consentâneos à censura nem como lastro mínimo a justificá-la, para depois trazer o caso do direito à vida, única exceção à regra.

A liberdade de expressão não é arma. Não se pega, não se toca. Muito menos perfura ou causa lesão, pelo menos fisicamente. Do mesmo modo, não se coaduna com a mentira ou a omissão proposital. Porém, sem ela, não há avanço somente retrocesso, especialmente se for submetida à censura. Ninguém, após o devido direito de resposta ou retratação, está imune à crítica mesmo que inverídica.

Talvez, trata-se de defender – e aqui há uma linha tênue – dos mais importantes (afora os tipos penais de preservação à vida), a defesa à integridade física ou moral, da vítima ou de outrem. Ora, para tais casos, não se pode falar em censura contra a *liberdade de expressão*, ainda que pregue a violação corporal ou à honra. Quando isso ocorre, pode-se estar diante do próprio crime de *ameaça* que já a contém no tipo de injusto (apesar de cuidar também da vida, já devidamente excluída), mas como descreve o comando, *causar mal injusto e grave contra pessoa*, de modo que a integridade física não está apenas sob o abrigo do tipo penal que pune quem a viola (quando mais branda podemos falar na contravenção penal de *vias de fato*) somado a sua ameaça – mediante a *liberdade de expressão* que incite a agressão.

Ora, *jamais poderia, razoavelmente, o Poder Executivo e principalmente o Poder Judiciário*, numa desproporção anormal, sejam eles de que Governo ou Poder forem, calar o orador *ad hominem*, mas seu sagrado direito de *liberdade de expressão*. A agressão, por mais desprezível que possa parecer, não coloca o agredido numa posição iminente de risco. Talvez possa soar um tanto quanto indiferente, mas não nos comove a ponto de gerar a *censura*. Caberia, talvez, uma medida cautelar inibitória, como Luiz Guilherme Marinoni sugere (assunto para um outro momento mais aprofundado do estudo).

Tal conclusão não somente se extrai nas disposições expressas constitucionalmente (em primeiro lugar a *vida*), que cuidam da *liberdade de expressão*, muito antes, em seu artigo 5º, inciso IX, da Constituição da República de 1988, até da atenção à integridade física do sujeito preso.

Assim, é consenso que a Constituição Federal estabeleceu parâmetro de vigência em primeiro lugar ao direito de expressão livre, para depois tratar da integridade física. Há uma coerente hierarquia nela, evidentemente, senão as considerações iniciais sobre, por exemplo, a soberania do povo e seu poder, do qual os outros todos emanam, não estariam em primazia. A ordem dos bens jurídicos protegidos nos incisos do art. 5º também funcionam da mesma maneira.

Em outras palavras, diga-se que a liberdade de expressão é, depois da vida, um valor inatingível, de toda refratária a aquele que promove a censura. Algumas decisões tomadas monocraticamente pela nossa Corte Suprema, onde a Ministra Cármen Lúcia, em um momento histórico no Plenário, foi enfática ao dizer ao votar que “o cala boca já morreu”, têm tomado um rumo de difícil reversão. O direito supralegal do Não-Retrocesso, há tempos assuntado, marca uma desventura na decretação de certas decisões que não são nada além de censura.

Mal sabiam os pares que, em suas ausências, com ou sem o consentimento (que foi dado, como já se vê hoje), seria o período do recesso forense marcado por atos de censura, por um lado, e de violência contra tal lídima Corte por criminosos, baderneiros e afins. O cenário do caos visto no plenário de julgamento, por onde passaram figuras marcantes do Direito, como se pode citar vários, sem prejuízo da grandeza de outros, como Francisco Rezek, César Peluso, Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Victor Nunes Leal, Carlos Mário da Silva Velloso, Otávio Gallotti, Aliomar Baleeiro, Sidney Sanches e Evandro Lins e Silva, J. Moreira Alves, etc., apenas alguns que muito honraram o tribunal, deixa toda uma comunidade que se dedica ao direito atônita, pois não merece ver a barbárie, o vandalismo e a destruição de um local tão caro e sagrado a quem está na lida do Direito.

Volte-se, porém, ao mundo kelseniano do *dever-ser*. Diz a Constituição:

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

(g.n.)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - ...

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;¹⁶

Ao ler o texto legal, é imperioso admitir, ainda que se valendo de instrumentos ou axiomas *supralegais* (como é o princípio da proporcionalidade – utilidade, necessidade e em sentido estrito), que a *censura* é proibida no Brasil.

O artigo 5º, pelos incisos citados, criou um micro-sistema de combate à *censura*, não apenas o legislador originário institui os *tipos de conduta* a que se veda, absolutamente, qualquer meio de sanção capaz de censurar alguém, como ele fornece, desde logo, o mecanismo jurídico condizente e consequente ao caso.

Assim, a fim de sistematizar a *vexata quaestio*, tem-se que:

- 1) Liberdade de pensamento;
- 2) Direito de resposta, proporcional ao agravo;
- 3) Liberdade de consciência e crença, e a inviolabilidade dos seus locais de exercício;
- 4) Crença religiosa, ou convicção filosófica ou política;
- 5) Por fim e não menos importante, muito ao contrário, as liberdades de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

E não para por aí. Com o escopo de pôr fim, *a priori* – ou deveria ser assim – a um possível debate sobre a suposta existência de um censor, é a Constituição de 1988 taxativa ao impor a vedação.

Ou seja, a cada um dos casos, uma solução:

- a) Ao caso 1, proíbe-se o anonimato, de todo modo (ausência de identificação do autor intelectual e uso de pseudônimo);
- b) Ao caso 2, evidente é o caso de resposta, proporcional ao agravo;
- c) Proteção aos locais de culto e sua liturgia;
- d) Nos famosos “Presídios e Penitenciárias”, a liberdade de ali haver pregação religiosa aos que querem;
- e) A proibição **expressa** da censura.

Poder-se-ia dizer que a violação à intimidade e inviolabilidade, do artigo 5º, X, da CR/88, têm caráter e essência meramente para soluções cíveis porque prevê uma reparação moral e material. Apesar disso, o Código Penal também se encarrega de valorá-los como condutas criminais.

E esse é o ponto.

A *expressão do pensamento livre* deveria ganhar força, seja quem fosse o injuriado-caluniado-difamado, ou inclusive aos próprios preceitos primários de tais delitos têm mostrado que o eg. STF, via medidas cautelares e monocráticas (e por se tratar de um Tribunal, um fala por todos), por muito menos, tem tolhido direitos fundamentais de pessoas, numa censura que, tristemente, deve chegar à casa de centenas.

¹⁶ Constituição Federal, planalto.gov.br.

O objeto que quer se afastar, via mandado judicial, cuida-se de um remédio amargo e que não fará evoluir, pelo contrário, é um *tiro de canhão para se extirpar um mosquito*, ou uma medida cautelar que, como se fosse mágica, faz varrer a *liberdade de expressão*. É bom que se diga que o que vem ocorrendo no Brasil é o uso constante, sem critérios constitucionais, ao invés, escolhas inconstitucionais, dando azo a uma verdadeira “caça às bruxas”. Ao contrário dos EE.UU., no Brasil não existe a cultura de preservação a todo custo da *liberdade* e da *segurança jurídica* (previsibilidade dos direitos e deveres) dos cidadãos, para que sejam fundados outros institutos elementares do direito.

Ante o exposto, está-se convicto que: 1) o direito à vida precede não somente à liberdade de expressão, como 2) o direito de livre manifestação do pensamento precede a todos os demais direitos e somente é passível de reparação *in natura* (como no caso do direito de resposta proporcional ao agravo), ou a *compensação econômica suficiente à repressão geral e especial*, mas jamais sob censura, muito menos justificando o encarceramento pela mera expressão do pensamento.

Sobre o tema, a Constituição dos Estados Unidos – que é, de fato, o país da liberdade em todos os aspectos, especialmente na liberdade de expressão (a ver sua jurisprudência em *Huster Magazine, Inc. v. J. Falwell*, em 1987) – estampa na sua *First Admendment* (Primeira Emenda), do chamado *Bill of Rights*, logo com a primazia que deve ter esse direito, sua característica intrínseca de vocação a se expressar, ainda que o conteúdo cumpra alguns requisitos. Melhor que falar a respeito é transcrevê-la.

Lê-se:

First Admendment:

(First Amendment Explained;)

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; **or abridging the freedom of speech, or of the press;** or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.¹⁷

Ora, quando se faz uso da liberdade de expressão para sustentar um discurso claramente em defesa (ou seria ataque?) da morte, seja a um indivíduo ou a um grupo de minoria, não é possível o mínimo de disseminação sob qualquer fundamento, seja ele de que tipo for.

Repita-se, pessoas estão a ser cassadas somente pelo uso normal e crítico, ou até mesmo pelo desvio ainda que mentiroso da palavra, que atualmente se dissemina como um *vírus* na internet, pois não há crime ou abuso de direito, fora do caso mencionado, que não possa ser reprimido e, na proporção da sua prática, ser reparado, via retratação (ou outra medida que não a censura), ou, quem sabe, por meio da indenização proporcional ao dano causado.

Assim, usa/abusa-se dos instrumentos capazes de censurar o outro por qualquer motivo, por ser a expressão ou alteração da verdade, quando lhe convém. Evidentemente, ninguém jamais fica feliz com a mentira, mas se regozija com a verdade.

Ao ensejo, veio a calhar a 13ª edição do *Curso de Direito Constitucional*, de Alexandre de Moraes (2003 : 77-79).

11.1 Direito de Reposta ou de Réplica

A consagração constitucional do direito de resposta proporcional ao agravo é instrumento democrático moderno previsto em vários ordenamentos jurídico-constitucionais, e visa proteger a pessoa de imputações ofensivas e prejudiciais a sua dignidade humana e sua honra.

...

A Constituição Federal estabelece como requisito para o direito de resposta ou réplica a proporcionalidade, ou seja, o desagravo deverá ter o mesmo destaque, a mesma duração (no caso de rádio e televisão), o mesmo tamanho (no caso de imprensa escrita), que a notícia que gerou a relação conflituosa. A responsabilidade pela divulgação do direito de resposta é da direção do órgão de comunicação, e não daquele que proferiu as ofensas.

...

12 EXPRESSÃO DA ATIVIDADE INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E DE COMUNICAÇÃO

A liberdade de expressão e de manifestação de pensamento não pode sofrer nenhum tipo de limi-

¹⁷ <https://constitution.congress.gov/constitution/amedment-1/>, d.n.

tação prévia, no tocante a censura de natureza política, ideológica e artística.

...

A censura prévia significa o controle, o exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, qualquer texto ou programa que pretende ser exibido ao público em geral. O caráter preventivo e vinculante é o traço marcante da censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação de pensamento sua finalidade antidemocrática.

O texto constitucional repele frontalmente a possibilidade de censura prévia. Essa previsão, porém, não significa que a liberdade de imprensa é absoluta, não encontrando restrições nos demais direitos fundamentais, pois a responsabilização posterior do autor e/ou responsável pelas notícias injuriosas, difamantes, mentirosas sempre será cabível, em relação a eventuais danos materiais e morais.

Como salienta Miguel Ángel Ekmekdjian, a proibição à censura prévia, como garantia à liberdade de imprensa, implica forte limitação ao controle estatal preventivo, mas não impede a responsabilização posterior em virtude do abuso no exercício desse direito.

...

A liberdade de imprensa em todos os seus aspectos, inclusive mediante a vedação de censura prévia, deve ser exercida com a necessária responsabilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito, de modo que o desvirtuamento da mesma para o cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização por danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta.¹⁸

Normas infraconstitucionais, sabe-se bem, anteriores ou posteriores à 1988, pelo axioma ou princípio da máxima eficácia das garantias individuais, somente podem ter *interpretação conforme* para reforçar os mecanismos de defesa desse microssistema, nunca para enfraquecê-lo.

Ou seja, também tipos penais incriminadores. A defesa do bem jurídico *Democracia* obriga o combate à censura, pois a liberdade de manifestação é corolário daquela.

Daí que, a censura em si, pode ser chamada a operar em algum caso, mas não tem como preceito penal secundário suficiente à, por exemplo,

gerar o efeito pretendido pelo censor – como a prisão do agente –, como nos casos que fogem ao seu perímetro de abrangência, hoje mais corriqueiro e veloz, como se dá com a internet. Pouco importa ao censor, que acaba por cumular determinada conduta a ser censurada a outros crimes acessórios, na clara intenção de legitimar o ato construtivo da prisão.

De tal monta, faz incidir, em abstrato – o que não conseguiria ser feito em concreto – a soma dos preceitos secundários de crimes que “decorrem” de outros na esfera comportamental: assim, lança-se mão, para justificar o *quantum* da eventual concorrência material de delitos, a fim de que se possa, ao concluir a decisão, alcançar o máximo de anos e sanções em abstrato possíveis, até o patamar que motive sua pretensão de prender alguém dentro das regras da lei, no único intuito, aparentemente, de trancafiar o censurado.

Pense-se em vários exemplos de tipos penais que repelem uma conduta não amparada na legalidade, senão pela sua existência lógica. Assim se dá com o crime de *lavagem de dinheiro*, como os crimes de *organização criminosa* e *associação criminosa para o tráfico de entorpecentes ilícitos*, cujas penas extrapolam em muito ao resultado prático ansiado, qual seja, a prisão do autor.

Ultimamente, também outros crimes servem ao édito prisional. Fala-se em *crime contra o Estado Democrático de Direito*, em vigor, merece uma interpretação conforme pois os o povo, que não é uma coletividade mágica ou metafísica criada pelo legislador, desautoriza a censura e, assim sendo, não se pode praticar a livre e plena *liberdade de expressão* se o agente policial, ou judicial, o impede. O que não se pode aceitar é que o próprio órgão julgador defina, de pronto, quais são as condutas penais, se não houve sequer a avaliação do Ministério Público, titular da ação penal em um sistema acusatório verdadeiro.

É óbvio que a destruição de patrimônio público, seja ele qual for, ainda mais as sedes dos Três Poderes, deve responsabilizar o agente, dentro das penas previstas. Ao Ministério Público – e somente a ele – é dado dizer a incursão a quais delitos se subsumam.

Tempos estranhos os presentes; cabem, e têm que caber, recurso aos pares, para que pre-

¹⁸ Destaque no original. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 13ª edição, 2003.

valeça um requisito elementar, muito mais que um princípio, de colegialidade. A temperança e a visão distante e fria dos juízes, por mais difícil que possa parecer, é a única visão do Direito derivado da lei.

Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, são aqueles doutrinadores quem melhor sistematizam, em um *Curso de Direito Constitucional*, as posições a respeito do tema. Cercam a doutrina e a jurisprudência brasileira, bem como a jurisprudência estadunidense e alemã, embora cheguem, sem maiores digressões à pertinência e adequação, sem essa denominação, ao adotarem a Teoria Negativista da Liberdade de Expressão, não obstante a citação do amplo espectro constituído nos casos decididos na *Supreme Court* estadunidense. Confira-se:

1. LIBERDADES DE EXPRESSÃO

...

É frequente que se diga que 'a busca da verdade ganha maior fecundidade se levada a cabo por meio de um debate livre e desinibido'. A plenitude da formação da personalidade depende que se disponha de meios para conhecer a realidade as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes. (...) O argumento democrático acentua que o 'autogoverno postula um discurso político protegido das interferências do poder'.

...

O ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano.

1.1. Conteúdo da Liberdade de Expressão

...

A liberdade de expressão, contudo, não abrange a violência. Toda manifestação de opinião tende a exercer algum impacto sobre a audiência – esse impacto, porém, há de ser espiritual, não abrangendo a coação física. (*Teoria do Perigo/Dano Iminente*)

...

A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o estado não exerça censura.

Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que estas manifestações se dirigem (...)

...

A proibição da censura não obsta, porém, a que o indivíduo assuma as consequências, não só cívicas, como igualmente penais, do que se expressou.

4. Limitações ao direito de expressão

A liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo *status*.

...

(...) Isso não impede que, no Brasil, sejam editadas leis, com o fito de preservar valores relevantes da juventude, restringindo a liberdade de expressão. Isso porque não são apenas bens jurídicos mencionados expressamente pelo constituinte (como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem) que operam como limites à liberdade de expressão.

...

Com relação à criança e o adolescente, ademais, a Constituição determina que se conceda "absoluta prioridade" ao dever do Estado, da sociedade e da família, de assegurar esses jovens o direito à vida, à educação, à dignidade e à liberdade, fixando-se o propósito de colocá-los a salvo de 'toda forma de discriminação, violência, exploração, crueldade e opressão'.

...

(...) A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano. (...)

...

Não é apenas a necessidade de proteger a infância e a adolescência que figura causa, não explicitamente prevista, de limitação da liberdade de se expressar.

...

(...) Assim, leis sobre segurança das vias de tráfego ou de proteção ao patrimônio ambiental ou turístico podem ter impacto restritivo sobre a liberdade de expressão, embora perseguindo objetivos outros, perfeitamente legítimos. (...) Proceda-se, nesses casos, a uma concordância prática entre valores em

conflito, para assegurar a legitimidade da lei que tem por efeito colateral a interferência sobre o exercício da liberdade de expressão. O teste de validade da lei não exige critérios particularmente estritos, bastando que a deliberação legislativa se revele razoável [*‘princípio’ da razoabilidade*].

O teste de razoabilidade deve atender aos critérios informadores do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Merecerá crítica a lei que não responder ao requisito da necessidade – vale dizer, se for imaginável outra medida que renda o resultado esperado, mas com menor custo para o indivíduo.

...

Outro limite imanente à liberdade de expressão, também descoberto pela jurisprudência americana e espalhado mundo afora, refere-se a mensagens que provocam reações de violenta quebra da ordem [*Teoria do Perigo Iminente*]. Tais situações não compõem o âmbito de proteção da liberdade de expressão, estando excluídas dos limites internos desse direito. A palavra que provoque um perigo claro e imediato de quebra da ordem – como no exemplo clássico do grito de FOGO!, produzindo falso alarme sobre incêndio num teatro lotado – não constitui exercício da liberdade de expressão.

Dessa doutrina também resulta que palavras belicosas – *Fighting words* – tampouco estariam abrangidas pela liberdade. Palavras que configuram estopins de ação, em vez de pautas de persuasão, não se incluem na garantia constitucional [*Teoria do Perigo Iminente*]. Isso não pode significar, contudo, que palavras duras ou desagradáveis estejam excluídas do âmbito de proteção da liberdade de expressão. A diferença entre uma discussão robusta e uma diatribe repelida pela Constituição está em que, no primeiro caso, há chance e oportunidade de se corrigirem os erros do discurso, expondo a sua falsidade e as suas falácias, evitando um mal por meio de um processo educativo. Nesses casos, o remédio seria mais liberdade de expressão, mais discurso. No caso desviado da Constituição, esta perspectiva não existe.

...

Por outro lado, o discurso de ódio, entre nós, não é tolerado. O STF assentou que incitar a discriminação racial, por meio de ideias anti-semitas, ‘que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e observadoras de fatos históricos incontroversos como o Holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu’, constitui

crime, e não conduta amparada pela liberdade de expressão, já que nesta não se inclui a promoção do racismo [*Teoria Negativista*]. Devem prevalecer, ensinou o STF, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

1. A verdade como limite à liberdade de expressão

...

A informação falsa não seria protegida pela Constituição, porque condiziria a uma pseudo-operação da formação da opinião. (...) Argumenta-se que, para se exercer o direito de crônica, que está intimamente conexo com o de receber informações, será mister que se atenda ao interesse da coletividade de ser informada, porque através dessas informações é que se forma a opinião pública, e será necessário que a narrativa retrate a verdade.

...

No Brasil, Paulo José da Costa Júnior também não se basta com a mera verossimilhança como fator de correção de conduta sob o pálio da liberdade de imprensa. A seu ver, ‘degradar-se a verdade à verossimilhança significa conferir à imprensa uma imunidade sem limites e admitir graciosamente uma causa de justificação.’

2. Expressão, honra e sensibilidade

...

Não quer isso dizer que apenas notícias agradáveis sejam lícitas. A informação sobre o personagem de um evento pode-lhe ser ofensiva e não haverá ilicitude, desde que os termos empregados sejam condizentes com o intuito de informar assunto de interesse público.

A charge política suscita, por vezes, questões interessantes, em que se há de ponderar a liberdade de expressão com a proteção da honra. Essa modalidade de jornalismo, em geral, não costuma agradar ao retratado. Tem sido, entretanto, admitida em princípio, como lícita manifestação da liberdade de expressão. Ao intuito de crítica pelo riso, é ínsita a forma jocosa. Se assume conotação ofensiva à honra ou a privacidade do caricaturado, entretanto, não tem por que ser protegida. A latitude de tolerância depende, novamente, do sentimento geral da sociedade com relação à crítica, às vezes mordaz, que peculiariza a charge.

...¹⁹

19 “Nos Estados Unidos, há conhecido precedente aceitando como incluída na liberdade expressão até a Alemanha, por outro lado, manteve-se, no Tribunal Constitucional, condenação de caricaturista que desenhara certo agente político em atitudes bestiais. A Corte afirmou que ‘a interferência com o núcleo da sua dignidade humana (...) não é coberta pela liberdade artística’ (75, BVerfGE, 369).”

5. Proibição das manifestações em casos concretos

...

Já se viu que a Constituição repudia a censura, proclamando ilegítimo que se proíba a divulgação de certos conteúdos opinativos sem prévia autorização do Estado. O veto à censura não significa, todavia, impedimento de sanções 'uma vez que, depois de haver disseminado uma opinião, pode-se ser chamado para defender a sua licitude [sic] perante os Tribunais.

Assim, o comportamento não protegido pela liberdade de expressão, que viola direito fundamental de outrem, pode vir a motivar uma pretensão de reparação civil do dano ou mesmo ensejar uma reprimenda criminal.

Tem-se controvertido, entretanto, sobre a possibilidade de se obstar, preventivamente, a expressão quando hostil a valor básico da ordem constitucional.

Num ponto há acordo: não é viável a censura por parte de órgão da Administração Pública.

...

De um lado, sustenta-se que a proscrição à censura prévia seria obstáculo intransponível para que, até mesmo o Judiciário restringisse, em qualquer hipótese, a liberdade dos meios de comunicação. (...) Diz-se, nessa linha, por exemplo, que, 'na maioria das vezes, o direito invocado pode ser perfeitamente composto com a indenização por dano moral, o que é melhor solução do que impedir a livre expressão.

Em outro polo, argumenta-se que a interpretação adequada da Constituição reclama a proteção preventiva do direito fundamental em vias de ser agredido. Gilmar Ferreira Mendes, nessa orientação, não hesita em afirmar 'evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido', observando que a garantia constitucional da efetiva proteção judicial estaria esvaziada 'se a intervenção [judiciária] somente pudesse se dar após a configuração da lesão. (...) indenização somente faz sentido 'nos casos em que não foi possível obstar a divulgação ou a publicação da matéria lesiva aos direitos da personalidade'. (...) Dada a relevância e a proeminência dos valores em entrechoque, é claro que se exige máxima cautela na apreciação das circunstâncias relevantes para solver o conflito. Mas, se é possível, de antemão – sempre na via judiciária, de acordo com o devido processo legal – distinguir uma situação de violência a direito de outrem, não atende à finalidade do direito deixar o cidadão desamparado, apenas para propiciar 'um sentimento de responsabilidade entre os agentes criativos em geral'.

Se um indivíduo se defronta com iminente publicação de notícias que viola indevidamente a sua privacidade ou a honra, há de lhe reconhecer o direito de exigir, pela via judiciária, que a matéria não seja divulgada. Não há por que cobrar que aguarde a consumação do prejuízo ao seu direito fundamental, para, somente então, vir a buscar uma compensação econômica. Veja-se que quando se tem por assentado o bom fundamento do pedido de indenização, isso significa que a matéria não tinha o abono do Direito para ser publicada, antes mesmo de consumado o dano.²⁰

É passada a hora do Ministério Público brasileiro trazer a si o que já lhe foi conferido pela Constituição *cidadã*, o protagonismo, como titular da ação penal, deixando que ao Magistrado fique restrito ao que deve ser apontado pelo acusador, sob pena de julgar à sua conveniência, fato que o torna, ao fim e ao cabo, um mero instrutor processual e seu próprio julgador, ao fim (em tipos penais "abertos", como, por exemplo, do artigo 359-L, do Código Penal).

Portanto, seja feita uma última observação técnica: não é possível "tirar do ar" conteúdos que estão sob domínio internacional. VPN's (*Virtual Private Network*, em inglês) colocam o nacional em uma posição de "estarem" fora do país; na verdade, os seus conteúdos.

A crítica, seja para o bem ou para o mal, verdadeira ou falsa, e sua (des)informação veio para ficar, e como o próprio STF já decidiu, não há direito ao esquecimento. Que ele escreva por belas linhas e bela letra sua história, feita de grandes juristas.

Por fim, observa-se que o mesmo sangue mineiro libertário que corria nas veias do mais importante herói do Brasil, Joaquim José da Silva Xavier, o "Tiradentes", ficou estampado e imortalizado em nossa bandeira no "*Libertas quae sera tamen*" (Liberdade ainda que tardia), que ainda, em tempo, deveria sensibilizar alguns ministros do STF.

Sobre o Paternalismo do Estado Social, Ronald Dworkin (2005:343) chega à conclusão de que um dos bens públicos passíveis de consenso de ser realizados e materializados é a linguística:

Isso é paternalismo? Agora precisamos de mais distinções. O paternalismo é primitivo quando os que estão no poder agem contrariando as preferências dos que governam, embora o façam, supostamente, no interesse destes. A polícia faz as pessoas usa-

20 MENDES, Gilmar Ferreira, et al. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 360-377.

rem cintos de segurança ou evitar associações sexuais heterodoxas, apesar de seus gostos ao volante e no sexo. O paternalismo é mais refinado quando os que estão no poder tentam não opor-se a preferências já estabelecidas, mas criar preferências que consideram desejáveis e evitar as que consideram nocivas. Esse é o paternalismo de boa parte da educação moral, por exemplo, e a justificativa de boa parte da censura. Proteger a linguagem do aviltamento ou corrupção estrutural não é nenhum desses tipos de paternalismo. Não se opõe, como o paternalismo primitivo, às preferências de ninguém. Tampouco almeja, como o paternalismo sofisticado, criar ou impedir preferências identificadas de antemão como boas ou más. Pelo contrário, permite uma escolha maior, não menor, pois é exatamente nesse aspecto que acreditamos que as pessoas estão em melhor situação com uma linguagem mais rica do que com uma linguagem mais pobre. Nossa aversão ao paternalismo oferece uma razão favorável, não contrária, a nos nomearmos curadores da estrutura das oportunidades linguísticas.²¹

O Professor José Alfredo de Oliveira Baracho:

As propostas de R. Dworkin a favor da plenitude do sistema jurídico e as objeções de R. Alexy, criticando as resoluções fundadas em irredutibilidades, cobram valor quando se vinculam às normas concretas e determinadas.

A ambiguidade da norma constitucional, tem sido uma permanente evocação da doutrina e da judicatura constitucional de Dworkin. Dworkin entende que em cada ordenamento jurídico devemos distinguir três elementos: 'rules', 'policies' e 'principles'. A determinação dos princípios exige um labor argumentativo para localizá-los em certo ordenamento jurídico. Para este autor, existem insuficiência da lei e da inviabilidade da jurisprudência mecanicista e silogística, pelo menos nos casos difíceis.²²

Por fim, parece que POSNER (1986, p. 24), em seu ensaio, com uma veia econômica do direito

à liberdade de expressão, também se filia ao entendimento ora adotado.

Veja-se, em seu ensaio a respeito do tema:

The ideas that exercise people today, such as Freud's theory of the unconscious, the ideas of sociobiology, the Marxist approach to economics, concepts of racial and sexual equality, or gradual versus punctuated evolution, are similarly not susceptible at present of confirmation or refutation. Their truth (defined for this purpose as the agreement of all persons deemed rational) will be resolved (if ever) only in a "marketplace of ideas" unfolding through decades, perhaps even centuries.²³

3. CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo apresentar uma análise concisa sobre a censura, fundamentada na literatura pertinente.

O movimento acéfalo, por enquanto, do dia 8 de janeiro de 2023 deveria ser mais bem compreendido, mas este é um assunto para, se possível, um novo trabalho, especialmente depois das conclusões de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI, instalada no Congresso Nacional, os apure, se e somente se, com altivez e imparcialidade política (o que não se vê, hoje, acontecer).

Ainda, para complementar, deve-se dizer que o Brasil, até em função da nova hermenêutica neoconstitucionalista, tem tratado a tipicidade legal, fora da subsunção, e pior, para os casos de omissão legislativa (ou insuficiente), a Suprema Corte brasileira está deixando de ter uma conduta passiva em processos no mínimo polêmicos (aborto, 'legalização' do uso de maconha, etc.).

²¹ *Ibidem*, p. 558.

²² *Ibidem*, p. 464.

²³ POSNER, Richard A. *Free speech in an economic perspective*. SUFFOLK UNIVERSITY LAW REVIEW. Por fim, sua conclusão: *To sum up very briefly, I have tried to examine the major features of the constitutional law of freedom of speech and of the press from an economic standpoint. Many features of that law seem consistent with an economic approach; others seem not to be. Without a fuller examination of the background of the first amendment and the principles of constitutional interpretation, it would be irresponsible to urge that the law be changed in the direction that economic analysis indicates; and, as I noted, the indicated changes may be few. But limited as its implications for legal reform may be, the economic approach sketched in this article provides a considerable challenge to conventional thinking. Apart from my general attempt to unify the law of the first amendment in a modified version of Learned Hand's free-speech formula in the Dennis case, I would stress as novel aspects of my analysis a new argument against censorship and a new ground for a limited allowance of censorship; a new argument for treating incidental restrictions on speech more leniently than direct restrictions even when the amount of speech suppressed is the same; my analysis of the external harms from speech; the use of the size of actual and potential audience as a simple proxy for the value of speech; a new basis for distinguishing between political speech on the one hand and commercial and pornographic speech on the other (by reference to the greater importance of external benefits in the former category than in the latter categories); the bearing on free-speech questions of positive social discount rates; and the distinction between protecting the creation and the dissemination of ideas. I look forward to seeing whether anyone will pick up the gauntlet thus thrown down. Maiores considerações sobre as ideias de Richard A. Posner, ver: Posner (1981, 2008, 2009, 2014).*

No dia 8 de janeiro de 2023 presenciou-se atos de vândalos. Mas ali também pessoas que foram em direção às instituições e invadiram os 3 Poderes, muito mais por acreditarem que a tomada física seria o primeiro passo para uma mudança de ideias, após terem se reunido em protestos em suas próprias cidades.

É fácil condenar as pessoas que ali estiveram. Devem ser todos punidos. Por coincidência, o prédio legislativo norte-americano (*Capitol*) já havia sido invadido e destruído por vândalos daquele país há pouco tempo, estão sendo condenados. Porém, ao **líder** daquele levante, foi fixada a pena máxima de 3 (três) anos, sem se referir ao caso de tiroteio naquele local, eis que lá houve uma repressão armada.

Infelizmente, no Brasil, a par da pessoa ter a vontade e desígnio de depredar ou causar dano ao patrimônio público, outros(as) apenas por terem invadido um prédio público e ter ser fotografado (a vaidade das *Redes Sociais*, que não passa de autopromoção como *Amante da Pátria*) e que o fez em *movimento de manada*, tem-se chegado a condenar as pessoas a penas de 14, 15, 16 anos, fora de qualquer proporcionalidade, dentro de suas três facetas, ou seja, necessidade, adequação e proporção em sentido estrito.

REFERÊNCIAS

- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.
- MAULTASCH, Gustavo. *Contra toda censura: Pequeno Tratado sobre a Liberdade de Expressão*. Ed. Avis Rara, 2022.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 13ª edição, 2003.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- POSNER, Richard A. Free speech in an economic perspective. *Suffolk University Law Review*, v. XX, n. 1, 1986.
- POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- POSNER, Richard A. *Law and Literature*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2005.