

OS LIMITES DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE AS DECISÕES DO STF NOS CASOS “ELLWANGER” E “MARCHA DA MACONHA”

THE LIMITS OF THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION IN BRAZIL: A STUDY OF THE SUPREME COURT DECISIONS IN CASES “ELLWANGER” AND “MARIJUANA MARCH”

Vanessa Correia Mendes¹

Renan Wanderley Santos Melo²

RESUMO

O artigo propõe uma discussão sobre os limites do direito à liberdade de expressão. Prevista como um direito fundamental pela Constituição Federal de 1988 e tutelada por um extenso rol de dispositivos, a liberdade de expressão é limitada tanto de maneira taxativa pelo constituinte quanto nos casos concretos, quando da colisão de direitos fundamentais. Nesse sentido, o presente manuscrito apresenta um estudo crítico sobre os limites do direito à liberdade de expressão nas decisões do Supremo Tribunal Federal. De maneira específica, serão analisados os casos “Ellwanger” e “Marcha da maconha”, sendo ainda exposta uma breve análise sobre os limites da liberdade de expressão no direito estrangeiro e sua influência na jurisprudência brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Liberdade de expressão; Limites.

ABSTRACT

The paper proposes a discussion on the limits of freedom of expression. Foreseen as a fundamental right under the Constitution of 1988 and overseen by an extensive range of devices, freedom of expression is limited both by way exhaustive as a constituent in a particular case, when the collision of fundamental rights. In this sense, the paper presents a critical study on the limits of freedom of expression in the decisions of the Supreme Court. Specifically, it will be analyzed the cases “Ellwanger” and “Marijuana march”, being still exposed a brief analysis of the limits of freedom of expression in the foreign law and its influence on Brazilian jurisprudence.

KEYWORDS: Fundamental rights; Freedom of expression; Limits.

¹ Mestranda em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Analista administrativa da “Pensar – Revista de Ciências Jurídicas”. Membro do grupo Direito Constitucional nas Relações Privadas – Direito dos danos e proteção à pessoa. Advogada. Fortaleza – CE – Brasil. E-mail: vanessac.mendes@hotmail.com

² Mestrando em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade 7 de Setembro - FA7. LL. M. em Direito Corporativo pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC. E-mail: renanwm@hotmail.com

Introdução

A livre expressão constitui atributo exclusivo do homem, que por meio da comunicação expõe seus pensamentos, críticas e opiniões. Por se tratar de direito estritamente ligado à individualidade do homem, a liberdade de expressão configura uma das vertentes da dignidade humana. Cada ser é único na esfera social e a expressão de cada indivíduo gera uma pluralidade de pensamentos necessária para qualquer regime democrático.

No Brasil, o direito à liberdade de expressão é protegido desde a Constituição de 1824. Ao longo das décadas, outros valores foram moldando-o. Entretanto, houve latente restrição e negação a esse direito durante o regime militar. O direito à liberdade de expressão foi limitado sem os devidos fundamentos legais e aqueles que resolveram se voltar contra a imposição dessa limitação acabaram por sofrer graves consequências dos seus atos, como o exílio e a tortura.

O fim da ditadura e o período de redemocratização culminaram com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Esse documento, visando negar os abusos do regime anterior e fundado nos princípios da democracia, prescreve a liberdade de expressão como um direito fundamental, além de dispor sobre as suas peculiaridades em diversos outros dispositivos. O direito a liberdade de expressão ganha tutelar ímpar na Constituição de 1988 e o seu reflexo se espalha por todo o tecido do ordenamento jurídico.

O manuscrito proposto visa assinalar os limites inerentes a esse direito, por meio de uma metodologia caracterizada pelo estudo descritivo analítico, que se dará por intermédio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, será assinalado em que circunstância essa limitação ocorre em nosso ordenamento e a que passo a colisão desses direitos no caso concreto vem sendo decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ilustrar-se-á a limitação do direito à liberdade de expressão com os casos “Ellwanger” e “Marcha da maconha”. Em seguida serão analisados criticamente os pontos conflitantes nas duas decisões.

Por fim, a partir do estudo dos fundamentos dessas decisões, acopladas com os votos dos ministros e com a influência da doutrina estrangeira, mais especificamente de países como a Alemanha, França e Estados Unidos, será averiguado qual o

posicionamento mais adequado a ser adotado pela nossa Corte quando da colisão do direito à liberdade de expressão e outros direitos em casos concretos.

1 A liberdade de expressão no Brasil

As mais de duas décadas de ditadura militar marcaram profundamente o quadro político e constitucional brasileiro. Durante o período, diversos direitos foram negados ou limitados, especialmente no que concerne o direito de liberdade de expressão. O povo foi calado nas ruas, na música e na literatura. Censura, tortura e exílio eram as respostas dos ditadores às manifestações contrárias a sua forma de governo. Entretanto, as reações dos mais distintos segmentos sociais deram origem a um longo processo de redemocratização que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A título ilustrativo, a respeito da censura durante a ditadura militar, em depoimento a Zuenir Ventura, Chico Buarque fez o seguinte relato:

“[...] o pior é que você nunca sabe o que pode e o que não pode dizer e muito menos o porquê. Isso desorienta muito e às vezes eles até me surpreendem: deixam passar certas coisas e proibem outras que eu nunca imaginaria que fossem proibidas. Daí valer a pena tentar sempre. Quanto à autocensura, que eu dizia que achava que não fazia, não sei. É quase impossível não fazer, principalmente porque a autocensura não é consciente. Você está fazendo uma música [...] e de repente vem aquele pedacinho e você diz: ‘Pronto, não vai passar’. É evidente que isso restringe a criação. E essa talvez seja a intenção deles mesmos: a autocensura.”. (GASPARI; VENTURA; HOLLANDA, 2000, p. 70).

A previsão do extenso rol de direitos e garantias fundamentais é um marco nas constituições brasileiras. O constituinte amplia seus horizontes e não se restringe a apenas uma teoria sobre os direitos fundamentais, reconhecendo um enorme rol de direitos sociais, clássicos e diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc. (SARLET, 2006, p. 77).

Nesse ínterim, o direito à liberdade de expressão é apresentado sobre uma nova perspectiva. O povo passa a ter o direito fundamental de se expressar, de se manifestar sobre as questões sociais mais inquietantes. A previsão e a tutela desse direito fundamental é o que será analisado a seguir.

1.1 A liberdade de expressão como um direito fundamental em espécie

As duas grandes guerras do século XX emanaram reflexos em todas as esferas da vida humana. As atrocidades que marcaram o período mudaram o curso da história da humanidade. No Direito, a dicotomia entre o público e o privado foi posta em xeque. As relações sociais passaram a ser fundamentadas prioritariamente no princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, os Códigos Civis perdem seu caráter estritamente patrimonialista e, conseqüentemente, são invadidos pelas disposições principiológicas das Constituições.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 ilustra de maneira exata essas novas nuances que cercam o Direito Público e o Direito Privado. A previsão de uma função social da propriedade, a tutela da família como base da sociedade, e, principalmente, a determinação do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República modifica as bases de todo o tecido do Ordenamento Jurídico. Ademais, o extenso e diversificado rol de direitos fundamentais previstos no corpo do artigo 5º da Constituição é ilustrador da importância primordial que o constituinte albergou à pessoa.

Nestes termos, é de fácil percepção que a Constituição Federal de 1988, tendo em vista as demais constituições que a antecederam, foi a primeira a pontuar de forma relevante os direitos fundamentais. Por meio de breve estudo do histórico da liberdade de expressão nas constituições brasileiras, importa destacar que a constituição de 1824 assegurava a todos o direito de comunicação de pensamentos (art. 179), por palavras e por escrito, imputando responsabilidade por possíveis abusos inerentes ao exercício desse direito. Por sua vez, a previsão da liberdade de expressão nas constituições de 1891 e de 1934 vedava expressamente o anonimato. A Constituição de 1937 declarou expressamente a censura prévia da imprensa, teatro e cinematográfico em razão da garantia da paz, da ordem e da segurança pública. A Constituição de 1967, por fim, também tutela o direito à liberdade de expressão, todavia deixa uma grande margem para intervenções e limitações desse direito quando baliza as diversões e os espetáculos públicos na censura. (MELO, 2009, p. 41-45).

Dentre as novidades expressas na Constituição de 1988 em relação à matéria, destaca-se a localização topográfica das disposições, que foi exposta imediatamente após o preâmbulo e os princípios fundamentais que regem a República, o que traduz

valor lógico a esses direitos, haja vista o parâmetro hermenêutico e valores superiores que lhe são atribuídos perante o ordenamento jurídico. Somando-se a estas perspectivas, é importante frisar a novidade na denominação “direitos e garantias fundamentais”, pois nas demais constituições costumava-se utilizar a terminologia “direitos e garantias individuais”, entretanto esta mostrava-se incompatível com as novas tendências constitucionais e internacionais sobre a matéria. (SARLET, 2006, p.79).

O momento ditatorial que antecedeu a promulgação da Constituição pode ser elencado como um dos fatores que contribuiu para a agregação desses valores. Em especial, no que diz respeito à liberdade de expressão. A mordaza invisível imposta à sociedade brasileira durante pouco mais de duas décadas foi o fundamento utilizado pelo constituinte para a ampla tutela deste direito na Constituição de 1988.

Fundamental a qualquer regime democrático, a liberdade de expressão é o direito da pessoa de se manifestar sobre seus pensamentos, convicções e ideologias sem, a princípio, interferência de qualquer natureza. A garantia à tal liberdade compreende “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamentos sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância de valor, ou não” (BRANCO; MENDES, 2011, p. 297). Assim, importa destacar a liberdade de expressão como um dos elementos da autodeterminação do sujeito. A manifestação de pensamento não só sobre sua vida, mas sobre o meio ao qual está inserido é indispensável na construção da sua personalidade e para a formação da sua dignidade.

Deste modo, frisa-se ainda a correlação direta existente entre o princípio da liberdade de expressão e o pluralismo político, constituído como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Manifestações provenientes de âmbitos distintos e diversificados é corolário para a formação do Estado democrático brasileiro. Nessa linha, entende-se que a liberdade de expressão é enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático. (BRANCO; MENDES, 2011, p. 297).

As diversas nuances que tangem o direito à liberdade de expressão são reflexos da visibilidade constitucional que lhe foi atribuída. O seu conceito amplo e abrangente tutela conferida pelo constituinte geraram diversos segmentos doutrinários e

jurisprudenciais. Todavia, o núcleo duro proveniente das disposições constitucionais garante o exercício pleno desse direito, devendo suas limitações ser estritamente fundamentadas.

1.2 A proteção do direito à liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988

Para Sarmento (2007, p. 12), a liberdade de expressão pode ser analisada sobre dois prismas, de um lado como um direito subjetivo individual, estruturante da dignidade humana e balizada pela dimensão subjetiva das pessoas, e de outro como um instrumento para a formação de opinião pública e do livre fluxo de ideias no seio social, relacionada com o âmbito objetivo e institucional.

O constituinte ilustrou essas duas premissas no corpo da Lei Maior. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 dispôs de diversos artigos que prescrevem e tutelam o direito em estudo, quais sejam: no artigo 5º, a liberdade de manifestação de pensamento (inciso IV), a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX), e o direito ao acesso à informação e a garantia do sigilo da fonte (inciso XIV); no capítulo intitulado “Comunicação Social”, previsto no art. 220, o constituinte tutelou ainda a liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação (*caput*), proibição de edição de leis contendo embaraço à liberdade de informação jornalística (§ 1º) e, por fim, vedou qualquer censura política, ideológica e artística.

Sem embargo, é nítida a fundamentalidade do direito à liberdade de expressão à qualquer sociedade fundada em um regime democrático. A diversidade de opiniões e convicções são fatores constituintes da sociedade dinamizada que nos é apresentada atualmente. Desta forma, cabe ao Estado tutelar o direito à liberdade de expressão, seja por ações negativas, não limitando ou violando esse direito, como pela promoção de ações positivas, ou seja, fornecendo aos sujeitos meios viáveis de seu exercício.

Com efeito, importa destacar que a postura de abstenção do Estado na garantia do direito em tela não se mostra suficiente para que esse direito seja exercido no meio social, especialmente quando o cenário é o Brasil, caracterizado por latente desigualdade social. Não seria coerente o constituinte ter previsto diversos dispositivos

a respeito da liberdade de expressão e o Estado não oferecer as condições necessárias para o seu exercício. A abstenção estatal não se mostraria suficiente para garantir este direito, devendo o Estado, assim, promover ações no sentido de evitar que terceiros limitem ou impeçam o exercício da liberdade de expressão por parte dos cidadãos ou grupos sociais. (MARQUES, 2010, p. 95).

Por outro lado, a ampla tutela à liberdade de expressão assegurada pela Constituição dá ensejo a uma série de questionamentos a respeito dos limites que devem tanger este direito fundamental e, principalmente, sobre a medida dessa limitação pelo Estado.

2 Os limites ao exercício da liberdade de expressão

Apesar de fundamental para a estruturação de um regime democrático e de constituir elemento basilar para a dignidade humana, o direito à liberdade de expressão não é absoluto. Sua limitação é proveniente tanto das disposições da Constituição Federal como nos casos concretos, em que há colisão entre direitos de titulares diferentes.

Assim, faz-se necessário abordar o tema com o fim de analisar em que termos esse direito é limitado e quais os fundamentos utilizados pelo julgador para justificar essa mitigação.

2.1 A limitação constitucional à liberdade de expressão

O artigo 220 da Constituição Federal ao tempo que garante o direito à manifestação de pensamento, à criação, à expressão e à informação, dispõe que é vedado à legislação embaraçar o direito à liberdade de expressão, salvo nos casos dispostos pelo no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Assim, o constituinte autoriza a edição de legislação para proibir o anonimato (IV), para garantir o direito à resposta, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (X), para exigir qualificação profissional dos profissionais que se dedicam aos veículos de comunicação

(XIII) e para assegurar o direito à informação (XIV). (BRANCO; MENDES, 2011, p. 304).

Os limites há liberdade de expressão são essenciais em uma sociedade plural e que é constantemente alimentada por uma ampla rede de informações. A baliza do constituinte se faz necessária para que o direito de todos seja garantido, especialmente quando se trata do direito das minorias.

Nesse sentido, na fundamentação da decisão do caso Ellwanger (HC 82.424/RS), que será abordado adiante, o ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, afirma que “não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade da pessoa”. Percebe-se, dessa forma, que nos casos em que ocorrerem colisões entre direitos e, conseqüentemente, a prevalência de um sobre o outro, busca-se a solução pelo princípio da proporcionalidade. A seguir, será apresentada a análise da colisão entre o direito à liberdade de expressão e outros direitos em casos concretos.

2.2 Os limites do direito à liberdade de expressão nos casos concretos

Em uma sociedade plural é comum existirem conflitos de interesses e, conseqüentemente, colisão no exercício de direitos. O tema ganha maior complexidade quando se tratam de direitos fundamentais, uma vez que os interesses dos indivíduos estão sobre o mesmo plano e a determinação da prevalência de um deles deve sempre ser dotada da mais ampla fundamentação jurídica e doutrinária. A princípio, cumpre salientar que se identifica a colisão entre direitos fundamentais quando do exercício desses direitos por diferentes titulares, uma vez que no exercício desses direitos podem surgir ações que extravasam o âmbito de proteção constitucional atrelada ao direito fundamental e acaba por ferir o direito de outros sujeitos.

Quando da colisão de direitos fundamentais no caso concreto, o judiciário se vale do princípio da proporcionalidade para dirimir esse conflito. A aplicação desse princípio observa os subprincípios da adequação, que exige que as medidas interventivas adotadas se apresentem aptas para atingir os objetivos almejados, e da necessidade, que afirma que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo se mostraria

mais eficaz para atingir esses objetivos (BRANCO; MENDES, 2011, p. 257). Esse princípio é extensivamente utilizado quando da colisão entre o direito à liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, conforme se apresentará a seguir.

A liberdade de expressão, por se tratar de um direito que se traduz na mais ampla pluralidade social, por vezes se choca com interesses de outros da sociedade. As críticas e pensamentos de um indivíduo pode expandir a tutela constitucional reservado ao direito de expressão e ferir a honra, a intimidade ou mesmo ir contra algum dispositivo legal. Essas situações, por serem de difícil dissolução, são levadas ao conhecimento do Judiciário. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu diversos casos polêmicos, mas iremos abordar particularmente os casos “Ellwanger” e da “Marcha da maconha”.

No primeiro caso, Siegfried Ellwanger era proprietário de uma editora que publicava obras suas e de autoria de terceiros que defendiam princípios que diminuíam ou negavam o holocausto. O caso chegou ao STF através de *habeas corpus* (HC 82424). O paciente afirma que foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de racismo, nos termos do artigo 20 da Lei 7.716/89. Na situação em comento, Ellwanger alegava que o crime não possui conotação racial, uma vez que os judeus não constituiriam uma raça, e, por esse motivo, não estaria sujeito à imprescritibilidade prevista no artigo 5º, XLII da Constituição Federal. (HORBACH, 2012, p. 224). Cumpre esclarecer que no dispositivo em comento, o constituinte afirma que a prática de racismo constitui crime inafiançável, sujeito à pena de reclusão. A lei 7.716/89, com redação dada pela lei 8.081/90, em seu artigo 20, prescreveu que quem praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional deve ser punido com reclusão de dois a cinco anos. O STF, por sua vez, manteve a decisão imposta pelo TJRS, condenando, assim, o paciente por crime de racismo.

O caso “Ellwanger” envolveu o “discurso do ódio” ou o “*hate speech*” contra os judeus. A doutrina majoritária define o discurso do ódio como manifestações ou palavras com o intuito de insultar, intimidar, perseguir ou inferiorizar pessoas em razão de raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião. Essas ações buscam incitar a violência ou a discriminação contra esse grupo de pessoas. A negação ou diminuição do

holocausto proliferada pelas obras da editora de Siegfried levou a Corte a discutir sobre o conceito de raça, conforme salientado e, principalmente sobre a incitação do ódio aos demais da sociedade.

Os ministros defenderam a imprescritibilidade do caso, afirmando que o mapeamento do genoma humano teria posto fim ao conceito de raça, o que implicaria no fim da distinção entre os homens. Conseqüentemente, a divisão de homens em raça seria exclusivamente resultado de um conteúdo político social (ementa).

Nesse sentido, manifestou-se o ministro Maurício Corrêa que as teorias antissemitas prescritas nas obras da editora de propriedade do acusado disseminariam ideias que ameaçariam a pacífica convivência entre judeus e brasileiros.

A seu turno, o ministro Celso de Mello assinalou que a Constituição Federal de 1988, ao prescrever a liberdade de expressão, não assegurou a incitação ao ódio contra o povo judeu. Segundo ele, as publicações do acusado ultrapassariam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, refletindo diretamente na intolerância e no ódio ao povo judeu. Dessa forma, a tutela à liberdade de expressão não albergaria essas manifestações, uma vez que essas seriam caracterizadas por ilicitude penal.

Já no outro caso, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF-187, a Procuradoria-Geral da República requisitou análise do artigo 287 do Código Penal Brasileiro (inserido no título IX do Código Penal, esse artigo sanciona a apologia pública de fato criminoso com uma pena de detenção de três a seis meses, ou multa) com o intuito de criminalizar ou reparar lesão proveniente do exercício do direito à liberdade de expressão que defendia a legalização do uso da maconha. O Tribunal, de maneira unânime (oito votos), decidiu que essas manifestações são permitidas com amparo na garantia do direito fundamental à liberdade de expressão e à liberdade de reunião. De acordo com a decisão, essas manifestações só poderão ser proibidas quando no intuito de provocar ou incitar alguma ação ilegal e iminente. (BRASIL, STF, 2011, online)

Nesse sentido, importa ressaltar a fundamentação de alguns ministros. O ministro Celso de Mello afirmou que as marchas da maconha são um movimento que reivindica “a possibilidade da discussão democrática do modelo proibicionista (do consumo de drogas) e dos efeitos que (esse modelo) produziu em termos de incremento

da violência”. Para o ministro, mesmo que as ideias defendidas no exercício do direito à liberdade de expressão sejam opostas ao pensamento social majoritário, é essencial a livre circulação de ideias entre os indivíduos, sem a intervenção estatal, a princípio.

No mesmo sentido, o ministro Cezar Peluso afirma que a liberdade de expressão é uma vertente da dignidade da pessoa humana e um pilar essencial na sustentação da democracia, por esse motivo afirma que ressalvadas as situações em que o Estado deve intervir para evitar eventuais abusos, esse direito merece proteção e reconhecimento da Corte.

Vale ainda ressaltar o voto do Ministro Luiz Fux que essas manifestações devem atender ao mandamento constitucional do direito de reunião, ou seja, devem ser pacíficas e avisadas às autoridades competentes previamente (art. 5º, inciso XVI, Constituição Federal). O ministro acrescentou ainda que durante a realização desses movimentos será vedado o uso desses entorpecentes.

Por outro lado, na decisão da Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) 4.274, que objetivava a “interpretação conforme a Constituição do § 2º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, criminalizador das condutas de ‘induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga’”(ementa), o ministro Gilmar Mendes, que não votou na ADPF 187, confrontou o entendimento anterior do Tribunal e indagou se seria possível a manifestação no sentido de descriminalizar os atos de pedofilia ou do homicídio, por exemplo. Vale observar que essa ADI, proposta pela Associação Brasileira de Estudos Sociais do uso de psicoativos – ABESUP, foi julgada procedente, no sentido de para dar ao “§ 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 ‘interpretação conforme à Constituição’ e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas”. (Ementa).

Em resposta, o ministro Celso de Mello afirmou que nada impede que essas manifestações se realizem, mesmo que contrárias e inconvenientes à maioria da sociedade, a expressão dessa corrente seria absolutamente possível, desde que também atendesse aos preceitos constitucionais da liberdade de reunião, citados anteriormente.

Em ambos os casos, indubitavelmente, coloca-se sob análise do judiciário a definição e o limite da liberdade de expressão. Todavia, o que diferencia os casos é a gravidade que foi imposta a cada uma das situações. Os valores colocados sob a balança do tribunal foram diferentes. Entretanto, apesar dos vários pontos coincidentes em ambas as decisões, existe certo conflito nas respectivas fundamentações.

A fim de discorrer sobre essas divergências, será realizado a seguir um estudo em paralelo com o direito comparado a fim de se discutir a influência da doutrina estrangeira nesses casos.

3 Os fundamentos dos limites à liberdade de expressão nos casos concretos: a influência do direito comparado

A fim de se estabelecer um comparativo entre os casos apresentados, faz-se necessário estudar de maneira preliminar a doutrina estrangeira em razão da liberdade de expressão. Nesse sentido, a seguir serão apresentadas de que maneira países como a Alemanha, Estados Unidos e França se posicionam frente à liberdade de expressão, ao tempo que será feita um estudo de como essas doutrinas incidem na jurisprudência nacional nos casos apresentados.

No direito alemão a liberdade de expressão se preleciona com um caráter duplo, por um lado como direito subjetivo daqueles que o exprimem, tanto no sentido de direitos de defesa como no de direitos de cooperação política; mas, ao mesmo tempo, como um valor objetivo da ordem jurídica democrática, que necessita de proteção estatal. (HESSE, 1998, p. 302-303). A esse propósito, Sarmiento (2007, p.16) afirma que:

[...] na Alemanha, entende-se que a liberdade de expressão não é só um direito subjetivo a serviço do seu titular, mas também um valor, diretamente associado à democracia, que deve ser promovido ativamente pelo Estado, sobre o qual pesam as obrigações constitucionais positivas de garantir o exercício deste direito em face de ameaças exercidas por particulares, bem como de zelar pelo pluralismo na esfera comunicativa.

Nesses termos, haja vista a história recente alemã, é amplamente justificada a postura da doutrina daquele país frente o discurso do ódio, para eles a negação do holocausto levaria à difamação de grupos e o incitamento ao ódio. (BRUGGER, 2009, p. 132).

Por outro lado, nos Estados Unidos a liberdade de expressão é o direito fundamental mais tutelado e protegido na sociedade. Nos casos concretos, em que há colisão do direito à liberdade de expressão e o direito à honra ou a intimidade, por exemplo, é pacificada a prevalência do primeiro sobre os demais.

A ideia de liberdade entre os americanos é de tal forma proliferada na jurisprudência que as manifestações mais abusivas sobre o racismo são albergadas pelo direito da liberdade de expressão. Nesse sentido, ilustram-se os casos *Brandenburg vs. Ohio*, em que foi afirmado o direito do Klu Klux Klan de manifestar seus princípios racistas, e o caso *Collin vs. Smith*, em que a decisão afirmou o direito de neonazistas de realizar manifestação em comunidade com forte presença de judeus, utilizando-se de suástica. (SARMENTO, 2007, p. 4).

Por sua vez, a França foi palco das primeiras mudanças na proteção do direito à liberdade de expressão, por intermédio da Declaração Universal do Homem e do Cidadão (1789). Nesses termos, o documento prescreve que:

A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei. (artigo 11).

O Conselho Constitucional francês entende que as normas proclamadas por essa Declaração é integrante do bloco de constitucionalidade francês. Nesses termos, o direito à liberdade de expressão na França não é tutelado de maneira tão liberal quanto nos Estados Unidos nem tão pouco tutelado quanto na Alemanha. Dessa forma, quando há colisão entre o direito à liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, as decisões tendem a priorizar a ordem pública, o direito à honra e à privacidade. (SARMENTO, 2007, p. 16-17).

Nas três realidades estrangeiras apresentadas, a doutrina se baseia na construção histórica do seu povo, apresentando na consolidação da sua doutrina uma identidade singular que identifica seus cidadãos.

No caso brasileiro, entretanto, não houve essa singularidade na decisão. Apesar de muitos pontos nas decisões do caso “Ellwanger” e do caso da “Marcha da Maconha” coincidirem. De acordo com a análise de Horbach (2012, p.218), as duas decisões são uniformes apenas ao afirmarem que

a liberdade de expressão não é absoluta, mas encontra limites na própria Constituição e em outros valores constitucionalmente protegidos; a liberdade de expressão é essencial para a manutenção do regime democrático; a liberdade de expressão, especialmente quando demonstrada por meio de reuniões e manifestações, auxilia o desenvolvimento da consciência dos cidadãos, que passam a ter acesso a novas informações; a diversidade de ideias instiga o debate de temas polêmicos pela sociedade; qualquer espécie de censura injustificada à liberdade de expressão constitui abuso de autoridade e tentativa de imposição do entendimento majoritário a um grupo específico; manifestações não podem ser proibidas pelo governo apenas porque possuem conteúdo impopular, desagradável, contrárias ao pensamento dominante ou representativas de concepções peculiares a grupos minoritários; a liberdade de expressão não protege manifestações que extravasam limites da indagação científica e da pesquisa histórica e que se apresentam em forma de meros insultos e agressões; a colisão da liberdade de expressão com outros direitos e valores constitucionalmente protegidos deve ser verificada em cada caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade; a colisão da liberdade de expressão com outros direitos e valores constitucionalmente protegidos precisa ser avaliada considerando-se o contexto em que a situação encontra-se inserida.

O STF não conseguiu, desta forma, ilustrar a identidade do povo brasileiro na fundamentação dos casos. Por exemplo, não há incidência histórica de problemas de convivência entre o povo brasileiro e o povo judeu, conforme destacou o Ministro Marco Aurélio. Assim, não seria condizente limitar o direito à liberdade de expressão no caso “Ellwanger” tendo como prisma essa justificativa.

Dessa forma, o limite à liberdade de expressão nos casos concretos deve ser fundamentado de maneira mais uniforme, albergando em todos os casos que envolvam o tema um núcleo duro, que deve ser base primária para as decisões desses casos, devendo ainda ser moldado de acordo com as situações que serão apresentadas nos casos concretos. Entretanto, a definição desse núcleo no limite à liberdade de expressão ainda não foi definido pelo STF, que, conseqüentemente, acabou por não expressar nas decisões uma identidade singular à limitação do direito em questão.

Conclusão

A ampla previsão da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988 foi fruto do processo de redemocratização vivenciado pelo Estado brasileiro. Dessa forma, a determinação dos seus limites deve ser objeto de constantes estudos para que a negação ou mitigação infundada desse direito, como se deu no período ditatorial brasileiro, não torne mais a ocorrer.

Assim, os limites a esse direito devem ser exatamente demarcados para que o seu exercício ocorra no âmbito da tutela constitucional e legal, sem ofender os interesses de terceiros.

A fim de demonstrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, foram apresentados e analisados dois casos, quais sejam o caso “Ellwanger” e o caso da “Marcha da maconha”. Através de um exame dos fundamentos apresentados pelos ministros, entendeu-se que houve divergência na fundamentação dos casos quanto ao limite do exercício da liberdade de expressão.

Assim, partir da apresentação de um estudo comparado com o direito estrangeiro, conclui-se que deve a doutrina brasileira e, principalmente, nossos tribunais, aqui especificamente o STF, fundamentar suas decisões de acordo com os caracteres que regem a sociedade brasileira, devendo a doutrina e jurisprudência alienígena ser acessórias. A identidade do povo deve ser caractere que, junto com os princípios constitucionais e os mandamentos legais, formam o tripé da fundamentação de uma decisão. Quando das dissoluções de conflitos envolvendo o direito à liberdade de expressão, deve o tribunal se manifestar de maneira linear e coerente, a fim de que a mitigação desse direito fundamental não se dê de maneira aleatória e sem fundamentação nas previsões constitucionais.

Frente aos quadros apresentados, é perceptível que a colisão entre à liberdade de expressão e outros direitos será recorrente na sociedade multifacetária na qual estamos inseridos. Casos polêmicos como os apresentados não serão os últimos a serem julgados pelo STF, entretanto cabe a essa Corte unificar seus fundamentos no sentido de dar maior segurança jurídica e, principalmente refletir a identidade do povo brasileiro nas suas decisões. Assim, é fundamental o STF adotar postura linear na defesa de direito tão fundamental à dignidade humana e à democracia.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 nov. 2013.

BRASIL. Código Penal. Congresso Nacional. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dez. de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 08 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. HC 82424. Siegfried Ellwanger Werner e Cantalício João Becker. Relator: Moreira Alves. Julgamento: 16 set. 2003. **Diário de Justiça**, 14 mar. 2004. Disponível em:< <http://goo.gl/vyEICz>>. Acesso em: 02 nov. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de “interpretação conforme a Constituição” do § 2º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, criminalizador das condutas de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”. ADI 4.274. Procuradoria Geral da República. Relator: Ayres Brito. Julgamento: 23 nov. 2011. **DJe**, 02 maio 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/QOcs7q>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF libera a “marcha da maconha”**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182124>>. Acesso em: 12 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>>. Acesso em: 12 out. 2013

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e americano. **Direito Público**, Brasília: IOB, v.1, n. 15, p. 117-136, 2009.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DOS HOMENS E DOS CIDADÃOS. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 30 out. 2013.

GASPARI, Elio; VENTURA, Zuenir; HOLLANDA, Heloísa Buarque de. **70/80 – Cultura em trânsito: da repressão à abertura**. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2000.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

HORBACH, Beatriz Bastide. Os limites da liberdade de expressão: o confronto de entendimento do Supremo Tribunal Federal nos casos Ellwanger e a marcha da maconha. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre: HS, nº 20, p. 218-234, jul./set. 2012.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010.

MELO, Auricélia do Nascimento. **Liberdade de expressão**: um direito fundamental na concretização da democracia. Fortaleza: Premus, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.16, p.1-39, maio/jul./ago. 2007. Disponível em: < <http://br.vlex.com/vid/express-pluralismo-papel-promocional-58998927>>. Acesso em: 20 set. 2013.