

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ÂMBITO JORNALÍSTICO:  
A CENSURA COMO ULTIMA RATIO À LUZ DO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**FREEDOM OF EXPRESSION IN THE JOURNALISTIC SCOPE:  
CENSORSHIP AS THE ULTIMA RATIO BEFORE OF BRAZILIAN  
JURIDICAL ORDER**

RVD

Recebido em

20.09.2020

Aprovado em

16.11.2020

**João Pedro Martins de Sousa<sup>1</sup>**

**Liana Silva do Amaral<sup>2</sup>**

**RESUMO**

É inquestionável a importância da conservação da liberdade de expressão, direito fundamental assegurado veementemente pelo ordenamento jurídico brasileiro, compreendendo-se aqui a Constituição da República, a Convenção Americana de Direitos Humanos e leis especiais, haja vista a íntima relação existente entre a liberdade de expressão e o regime democrático. A justificativa deste trabalho reside no fato de que, apesar de firmemente assegurado em normas positivas, a liberdade de expressão encontra vários óbices a sua consolidação na mentalidade sociojurídica pátria, a qual, preservando uma herança execrável de tempos sombrios para as liberdades públicas, continua a enxergar a censura como único meio existente para combater eventuais excessos decorrentes do exercício desse direito fundamental. À vista disso, tem-se como objetivo realizar uma análise histórica e jurídica a respeito da liberdade de expressão, com ênfase na liberdade de imprensa e liberdade de informação, diante dos parâmetros fixados na Reclamação nº 22.328/RJ, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, traçando fundamentos para que a censura, entendida como limitação extrema da liberdade de expressão, seja efetivamente alçada a *ultima ratio* no Direito brasileiro, abrindo-se espaço para que medidas alternativas sejam acolhidas pelo Poder Judiciário para concretizar a ponderação de interesses. Utilizou-se o método dedutivo de pesquisa, valendo-se da análise literária, jurisprudencial e legal

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). E-mail: joaopmtts@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7036291364640863>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9344-2953>

<sup>2</sup> Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp. Pós-graduada em Direito Eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral do Piauí. Pós-graduada em Docência no Ensino Superior e Libras pela Faculdade Evangélica do Meio Norte. Graduada em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho. Professora da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Advogada. E-mail: lianasilva@prp.uespi.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7800745516546543>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2768-584X>

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

para investigar como essas medidas alternativas possuem o condão de equacionar tanto a liberdade de expressão quanto o direito personalíssimo atingido, promovendo a ponderação e a harmonização, ao mesmo tempo convertendo a censura como último recurso a ser utilizado no caso concreto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Alternativas; Censura; Liberdade de expressão.

## ABSTRACT

It is unquestionable the importance of preserving freedom of expression, a fundamental right that is vehemently guaranteed by the Brazilian legal system, including here the Constitution of the Republic, the American Convention on Human Rights and special laws, given the close relationship between freedom of expression and the democratic regime. The justification for this work lies in the fact that, although firmly ensured in positive norms, freedom of expression finds several obstacles to its consolidation in the country's social-legal mentality, which, while preserving an execrable legacy of dark times for public freedoms, continues to see censorship as the only existing means to combat possible excesses resulting from the exercise of this fundamental right. In view of this, the objective is to carry out a historical and legal analysis regarding freedom of expression, with an emphasis on freedom of the press and freedom of information, given the parameters set out in Reclamation nº 22.328/RJ, by Minister Luís Roberto Barroso, outlining the grounds for censorship, understood as an extreme limitation of freedom of expression, to be effectively raised to the *ultima ratio* in Brazilian law, opening space for alternative measures to be accepted by the Judiciary to concretize the balance of interests. The deductive research method was used, using literary, jurisprudential and legal analysis to investigate how these alternative measures have the ability to equate both freedom of expression and the very personal right achieved, promoting consideration and harmonization, at converting censorship as a last resort to be used in the specific case.

**KEYWORDS:** Alternatives; Censorship; Freedom of expression.

## 1 INTRODUÇÃO

Promulgada em 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal brasileira representou um verdadeiro marco jurídico-filosófico no País. Saindo de um período de exceção, a Carta Magna tratou de resguardar uma ampla gama de direitos

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

fundamentais. Dentre eles, destaca-se o direito à liberdade de expressão (art. 5º, IV, IX e XIV), que engloba também o direito de manifestação jornalística (art. 220, §§ 1º e 2º).

Mais do que justificável é o complexo sistema protetivo desse direito fundamental pela Norma Fundamental brasileira e pelos diplomas infraconstitucionais vigentes, vez que a experiência autoritária dos anos anteriores a sua promulgação demonstrou a íntima relação existente entre liberdade de expressão, aqui tomada amplamente, e sistema democrático. Ambos os institutos mutuamente se influenciam, de modo que a inviabilização do exercício de um deles impacta, negativamente, no do outro.

Além disso, a histórica denegação da liberdade de expressão na dinâmica sociojurídica brasileira corroborou para que sua proteção fosse acentuada com a Constituição de 1988. Além da Bíblia Política, a liberdade de expressão é assegurada, mais especialmente, pela Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, incorporada no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 678/1992.

Analisando a plena liberdade de expressão no Brasil como uma construção jurídico-social, ainda em constante evolução, a justificativa deste trabalho reside no fato de que, com demasiada frequência, apesar de firmemente assegurada positivamente, a liberdade de expressão ainda encontra embaraços para se firmar na mentalidade sociojurídica pátria, que tende a buscar medidas mais incisivas no tratamento de questões que envolvam o choque de interesses entre direito à liberdade de expressão e direitos personalíssimos, como o direito à intimidade, esquecendo-se que o próprio texto constitucional consagra meios sancionadores diversos da censura nestes casos.

Havendo de se dar maior importância ao direito personalíssimo violado, preenchidos alguns requisitos construídos na Reclamação 22.328/RJ pelo Min. Luís Roberto Barroso, pode-se optar por meios alternativos à censura posterior, como o direito de resposta ou a responsabilização civil, que encontram amparo na Constituição (art. 5º, V). A censura há de ser tratada, portanto, como *ultima ratio* no Direito brasileiro.

Amparando-se na Reclamação nº 22.328/RJ, o presente artigo adotou o método dedutivo de pesquisa, valendo-se da análise literária, jurisprudencial e legal para investigar como essas medidas alternativas possuem o condão de equacionar tanto a liberdade de expressão quanto o direito personalíssimo atingido, promovendo a

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

ponderação e a harmonização, ao mesmo tempo convertendo a censura como último recurso a ser utilizado no caso concreto.

## 2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### 2.1 Amplitude e delimitação do termo

A liberdade de expressão é um termo abrangente que engloba a liberdade de imprensa, a liberdade de informação e a liberdade de pensamento e manifestação. Tão grande é a sua abrangência que a Constituição Federal de 1988 não cuidou de proteger apenas e tão somente a liberdade de expressão propriamente dita, e sim de tutelar, cuidadosamente, cada um dos seus sub-ramos. A liberdade de informação jornalística encontra amparo no art. 220, § 1º, enquanto a liberdade de pensamento e manifestação é resguardada pelo art. 5º, IV.

A liberdade de expressão se trata, como lembra Nathalia Masson (2016, p. 239), de “prerrogativa ínsita à própria existência” do indivíduo. Não por menos. Caso o indivíduo fosse privado de sua soberania pessoal para expressar suas consternações, opiniões ou crenças, como o foi em diversos momentos da História, este passaria a ser tão somente um objeto dentro da sociedade.

De toda sorte, é impreciso na doutrina o real significado de liberdade de expressão, tão grande é a sua abrangência conceitual e teórica. Nessa esteira, lembra André Ramos Tavares (2012, p. 626-627):

depreende-se que a liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos e que não pode ser restringido a um singelo externar sensações ou intuições, com a ausência da elementar atividade intelectual, na medida em que a compreende. Dentre os direitos conexos presentes no gênero liberdade de expressão podem ser mencionados, aqui, os seguintes: liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

Dessa forma, para fins de delimitação do termo de estudo, em virtude de sua amplitude e da controvérsia doutrinária a respeito, seguir-se-á a ideia defendida por Edilsom Pereira de Farias (2001, p. 44), segundo o qual a liberdade de expressão e comunicação representa “o conjunto dos direitos, liberdades e garantias relacionadas à difusão das ideias e das notícias”, abordando-se aqui, mais especialmente, quanto à difusão de notícias jornalísticas.

## 2.2 Breve histórico da liberdade de expressão no Brasil

É reiterado e consabido que a concessão de liberdades ao indivíduo decorreu de um processo construtivo, que demorou séculos, possuindo estreita ligação com eventos históricos responsáveis por remodelar a conformação do Estado. A própria liberdade de expressão guarda íntima relação com os clamores pela restrição do poder absolutista do Estado, por meio das chamadas Revoluções Liberais. A respeito do assunto, leciona Rodrigo Patto Sá Motta (2008, p. 13):

Na Europa do início da era moderna prevaleciam formas de organização do Estado extremamente autoritárias, normalmente conhecidas como absolutistas. O poder era exercido por monarcas e tinha caráter hereditário. A família real vinha da nobreza, uma elite social tida como superior e melhor que o comum dos mortais. A população não era composta de cidadãos, mas de súditos, pessoas que deviam obediência total e inquestionável ao rei.

A partir das Revoluções Liberais, principiadas no século XVIII, surgem os chamados “direitos da primeira geração/dimensão”, traduzidos como “faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2004, p. 563-564). A liberdade de expressão é claríssimo exemplo de direito surgido nesta primeira dimensão, tendo em vista seu nítido caráter de salvaguarda do cidadão em face do Estado.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

Nessa matriz, emergiu a Constituição Imperial de 1824. Apesar de estabelecer o sistema monárquico, a mesma Carta também cuidou de fixar direitos e garantias aos cidadãos, o que teria o condão de afastar o temor do poder absolutista no plano político-social brasileiro. No entanto, ressalva Paulo Bonavides (2004, p. 364) que o princípio absolutista, através da Carta de 1824, foi “dissimuladamente preservado com prerrogativas de poder pessoal, de que era titular o Imperador, em cujas mãos se acumulava, tanto em termos formais como efetivos, o exercício de dois poderes: o Executivo e o Moderador”.

Formalmente, a Constituição de 1824 sentenciava um amplo rol de direitos civis e políticos, afastando-se das restrições às ideias, ao direito de opinião e à publicação de livros que haviam sido impostas com rigor nos três séculos seguintes ao Descobrimento, em 1500. O art. 179, IV, da Carta Imperial, categoricamente se vedava quaisquer óbices ao pleno exercício da liberdade de expressão, o que conseguiu gerar certa euforia no âmbito da liberdade de imprensa, em compensação aos anos nebulosos vividos em momentos anteriores (GOMES, 2013).

Em 1876, já no período do Segundo Reinado, de acordo com Laurentino Gomes (2013, p. 70-71), “já publicavam cinquenta jornais no Rio de Janeiro, mais de quarenta em São Paulo, trinta em Pernambuco, 27 na Bahia e 22 no Pará”. Fato é que, nos anos finais do Império, parte da população se encontrava engajada de tal sorte e a imprensa gozava de uma liberdade tão ampla que críticas diretas à família real eram frequentes e corriqueiras no Brasil.

Com a proclamação da República em 1889, o Brasil, além de entrar em um novo momento histórico, passou a ser permeado pela inconstância, pendendo entre o autoritarismo e a democracia, com sucessivos golpes de Estado e crises políticas. Os vários textos constitucionais surgidos no interstício de menos de um século (1891-1988) corroboram para tal indicação. Essa instabilidade notada desde os primórdios da República no Brasil claramente exerceu profunda influência sobre a percepção de liberdade de expressão no país, bem como no seu tratamento pelas autoridades estatais e pela própria sociedade. Os longos lapsos temporais nos quais a perseguição

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

política e o silenciamento das vozes contrárias aos que ocupavam o poder eram vistos como habituais, lamentavelmente, repercutem até os nossos dias.

Sem embargo, formalmente, todas as Constituições republicanas asseguraram a liberdade de expressão, apesar de excêntricos serem os requisitos notados nas Constituições de 1934 (art. 113, nº 9), de 1946 (art. 141, § 5º) e de 1967 (art. 150, § 8º), que excepcionava espetáculos e diversões públicas, e de 1937, que determinava que a liberdade de pensamento estava vinculada às condições e aos limites prescritos em lei (art. 122, nº 15).

Por seu lado, a Constituição Federal de 1988, além de carregar consigo valores jurídico-filosóficos que extrapolam em muito o seu mero teor literal, trouxe um amplo sistema de proteção da liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que permitiu que esta fosse relativizada diante de outros direitos, eventualmente mais significativos à luz do caso concreto. Com a Carta de 1988, a técnica da ponderação se tornou realidade corrente no panorama jurídico pátrio, assim como ganharam ares os debates a respeito das regras e normas principiológicas.

### **3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO PRINCÍPIO E SEU CARÁTER DE RELATIVIDADE**

Atualmente, a liberdade de expressão jornalística se encontra rigidamente assegurada, em especial, no art. 220 da Constituição da República, que assim dispõe:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade (BRASIL, 1988).

Interessante perceber que, ao tempo em que o texto constitucional determina que a referida liberdade não sofrerá qualquer tipo de restrição, ele acaba por limitar, por exemplo, a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias. Isso porque, à luz do panorama jurídico sobre o qual se funda a ordem constitucional brasileira, não há que se conceber direitos absolutos.

Sobre a temática, Robert Alexy (2008, p. 85) discorre que

(...) Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Apesar de diversas serem as classificações doutrinárias que se possam emprestar aos termos “regra” e “princípio”, adotar-se-á aqui a lição de Robert Alexy (2008, p. 90-91), para quem princípios seriam “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, sendo, por conseguinte, chamados pelo autor como “mandamentos de otimização”. Já quanto às regras, o autor esclarece que são normas “que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

Classicamente, admite-se que a liberdade de expressão seria um princípio em virtude do potencial de “colisão” desse direito fundamental com outros direitos. Nesse sentido, são extremamente didáticos os ensinamentos de Roberto Montanari Custódio (2019, *online*):

Por isso, a consequência lógica da liberdade de expressão ser um princípio é a sua inerente possibilidade de colisão com outros direitos fundamentais. Isso quer dizer que ela não é absoluta, e que ao mesmo tempo em que é importante resguardar a liberdade de expressão, também é necessário que se tenha uma proteção a outros direitos fundamentais igualmente resguardados constitucionalmente.

É muito comum que se confunda o resguardo desses direitos como censura, contudo, respeitado o entendimento contrário, essa é uma conclusão equivocada, pois a censura pressupõe uma exceção prévia a manifestação do pensamento ou, ainda, um silenciamento posterior com base em meros pressupostos de ordem ideológico-políticos o que é totalmente diferente da responsabilização de pessoas que abusam da liberdade de expressão ao ponto de lesarem outros direitos.

Daí porque não se pode considerar a liberdade de expressão como direito absoluto, visto que o direito fundamental pode ser relativizado em caso de colisão com outros direitos que são igualmente resguardados pelo texto constitucional.

Nessa esteira, ressalta André Ramos Tavares (2012, p. 634):

A existência dessas limitações ao direito à liberdade de expressão se explica tanto (i) pela necessidade de harmonia entre os direitos individuais como (ii) por questão de coerência, visto que seria, no mínimo, contraditório se a liberdade de expressão, que é um direito engendrado pelo homem para assegurar e possibilitar sua autodeterminação individual, estivesse em contradição com essa mesma finalidade, atentando contra o desenvolvimento da personalidade individual e desrespeitando direitos essenciais à própria personalidade.

Em casos em que o direito à liberdade de expressão vem a se chocar com outros valores fundamentais, deve-se proceder a um juízo de harmonização, visto que em significativa parte das vezes se tratam, como leciona a doutrina, de *hard cases* (casos difíceis).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

#### 4 O JUÍZO DE PONDERAÇÃO E DE HARMONIZAÇÃO E OS HARD CASES

Discorrer sobre ponderação (*balancing*, na doutrina estadunidense) nos leva a uma inescapável rota de debate a respeito do trabalho de Robert Alexy (2008, p. 90-91), para quem, como já destacado, princípios são “mandamentos de otimização”, passíveis de satisfação “em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”, enquanto regras “são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”.

No constitucionalismo contemporâneo, é cediço que a presença de normas principiológicas é cada vez mais marcante. Para Ana Paula de Barcellos (2005, p. 10), essa maior presença de preceitos compromissórios reflete

(...) de forma nítida ou distorcida, sociedades plurais, em vários níveis. O mesmo texto constitucional consagra valores diferentes, opções e interesses políticos diversos e direitos que, em vários de seus desenvolvimentos, poderão se chocar reciprocamente.

Destarte, as possibilidades fáticas e jurídicas de satisfação de dado princípio são cada vez maiores, o que abre espaço para choque entre valores igualmente protegidos e importantes.

Esses processos de colisão entre normas que resguardam igual valor principiológico, doutrinariamente conhecidos como *hard cases* (casos difíceis), já chegaram a ser julgados pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades. Em uma delas, no julgamento do HC 82.424/RS, o famoso caso Ellwanger, o Ministro-relator destacou que “(...) As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte)” (BRASIL, 2004, *online*). *In casu*, o Supremo firmou entendimento no sentido de que a proteção jurídica concedida à liberdade de expressão não abrange o *hate speech* (discurso de ódio).

Eis o princípio da harmonização, segundo o qual cabe ao intérprete o mister de harmonizar os bens jurídicos e constitucionais em choque, “de modo a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 231). Assim, o

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

intérprete fará concessões recíprocas ou, em último caso, procederá à escolha do direito ou bem jurídico que prevalecerá em face da vontade constitucional.

Essa possibilidade de harmonizar interesses em conflito pode se depreender, até mesmo, da Constituição de 1988, em seu art. 3º, IV, quando se determina ser objetivo da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988, *online*). Para estabelecer o bem geral, em alguma medida, precisa-se harmonizar certos direitos conflitantes, ou, até mesmo, em última hipótese, sacrificar um deles em nome do outro.

Essa percepção de ponderação em muito importa para o desenvolvimento da nova dogmática a respeito da liberdade de expressão, exposta na Reclamação nº 22.328, uma vez que a censura, encarada como *ultima ratio*, representa o sacrifício integral de um dos interesses (daquele que informa ou manifesta opinião e ideias), enquanto meios alternativos se aproximam da noção de harmonização.

## 5 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA RECLAMAÇÃO Nº 22.328

### 5.1 Síntese do caso

Em 2015, a 7ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ sentenciou, em decisão mantida pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, que, em ação de indenização por danos morais movida por P.C.M.M.T.S., dado portal de comunicação jornalística retirasse de circulação uma matéria denominada “Um bicão na alta-roda”, referindo-se ao autor da ação. O Presidente do Tribunal de Justiça do Rio, nos fundamentos para manter a decisão do juízo a quo, defendeu que, devido a matéria jornalística ter sido publicada em 2013, já teria sido desempenhado seu papel jornalístico-informativo que, portanto, já se encontraria “praticamente exaurido”. Em face dessa conjuntura, o portal de comunicação demandado, alvo da censura, ajuizou uma reclamação (nº 22.328/RJ) alegando ter sido afrontada a autoridade do Supremo Tribunal Federal no acórdão da ADPF 130, em que o STF declarou não ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a chamada Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) (BRASIL, 2018, *online*).

### 5.2 A posição preferencial da liberdade de expressão

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

Por unanimidade, a 1ª Turma do STF julgou procedente a reclamação, seguindo-se a ementa abaixo, cujo teor é bastante didático:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A RETIRADA DE MATÉRIA JORNALÍSTICA DE SÍTIO ELETRÔNICO. AFRONTA AO JULGADO NA ADPF 130. PROCEDÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial. 2. No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. 3. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades. 4. Eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. Ao determinar a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico de meio de comunicação, a decisão reclamada violou essa orientação. 5. Reclamação julgada procedente (STF, Rcl nº 22.328/RJ, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 06.03.2018, 1ª Turma, Unanimidade, DJe de 09.05.2018).

Há diversos elementos importantes que foram considerados na análise do caso e que constam, resumidamente, da ementa da supracitada reclamação.

O primeiro deles se refere à afirmação de que, devido ao fato de o direito à liberdade de expressão ter sido historicamente relegado no cenário sociojurídico pátrio, ao Poder Judiciário cabe tutelá-lo com maior atenção, em especial o STF, que flexibiliza os requisitos da reclamação quando esta versa sobre esse direito fundamental.

O segundo diz respeito à consideração levantada de que a liberdade de expressão goza de uma “posição preferencial” no ordenamento brasileiro por ser requisito fundamental para a realização livre e efetiva dos demais direitos. Nessa esteira, repise-se que é certo que o sistema jurídico pátrio não admite qualquer direito ou liberdade de natureza absoluta, vez que estes se sujeitam a limitações, na visão de Edilson Pereira de Farias (2001, p. 222), de natureza tríplice:

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

(...) derivam dos direitos fundamentais dos demais cidadãos (dentre os quais merece atenção especial a defesa dos direitos personalíssimos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem); derivam de bens sociais (proteção da saúde e da segurança pública e do meio ambiente); derivam dos próprios valores estatais e constitucionais (resguardo da Constituição e de ataques ou do Estado ante desordens internas e agressões externas). Porém, independentemente das circunstâncias e das razões de ordem pública ou de ordem puramente individual invocadas, a restrição deverá sempre se apoiar no texto constitucional para ser legítima.

Essa noção de que inexistem direitos absolutos, também, em muito acompanha o raciocínio da ponderação e da harmonização, outrora abordada. É inviável a ideia de que um direito em especial triunfe sobre o outro em abstrato, por inexistir entre eles qualquer tipo de hierarquia. Mas fato é que, o STF, na Reclamação nº 22.328, interessantemente destacou que a liberdade de expressão goza não de uma posição de prevalência, mas de preferência, ante os demais direitos, justamente por ter sido, histórica e culturalmente, vulnerada no Brasil (BRASIL, 2018, *online*).

O terceiro e último elemento considerável abordado na ementa e no voto do Relator Luís Roberto Barroso na reclamação se refere ao destaque da censura como *ultima ratio*. Na visão dos Ministros, portanto, eventual exercício que extrapole os limites do razoável da liberdade de expressão deve ser reparado, sempre que possível, por meios alternativos à censura, como retificação, direito de resposta ou indenização por responsabilização civil. Neste particular, entendeu a 1ª Turma que a decisão de retirar a matéria jornalística objeto da ação violou essas disposições.

### 5.3 Requisitos ponderativos da liberdade de expressão versus direitos da personalidade

Naturalmente, não será em todos os casos em que a liberdade de expressão triunfará sobre os demais direitos no exercício ponderativo do julgador. Se assim o fosse, estar-se-ia diante, verdadeiramente, de um direito absoluto, o que não

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

corresponde à realidade apenas preferencial do direito à liberdade de expressão jornalística.

O voto do eminente Ministro-relator da Reclamação nº 22.328, Luís Roberto Barroso, baseando-se em trabalho por ele já organizado (BARROSO, 2004), elaborou oito requisitos a serem considerados na ponderação entre direitos personalíssimos e direito à liberdade de expressão, que passam a ser expostos a seguir.

O primeiro requisito diz respeito à “veracidade do fato”. A boa-fé, fundamento que aparenta impregnar todo o ordenamento, deve ser considerada também no caso desse tipo de ponderação. Notícias que, sob o pretexto de exercício da liberdade de expressão, difundam notícias notadamente falsas, não merecem prevalecer sobre direitos de outra pessoa. O Ministro Barroso considera, ainda, que esse parâmetro não é objetivo, mas subjetivo, devendo-se analisar se houve má-fé da parte divulgadora para haver responsabilização. Havendo má-fé por parte daqueles a quem compete esclarecer fatos de forma séria, o direito à liberdade de expressão cede; caso contrário, prevalece.

O segundo requisito é a “licitude do meio empregado na obtenção da informação”. Essa premissa parte do mesmo pressuposto segundo o qual, no processo, se proíbe a utilização de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF/1988). A obtenção de informações ou dados, tendentes a se tornarem públicos, por meios contrários ao direito, possui o condão de ensejar interdição da divulgação.

O terceiro parâmetro se trata da “natureza pública da personalidade objeto da notícia”, não limitando-se a expressão a pessoas que ocupem cargos públicos, mas a indivíduos que possuam notoriedade no meio social. Caso assim o seja, a notícia se traduz em fato de interesse coletivo, refletindo sua utilidade pública. Situação delicada se impõe quando se traz ao debate a discussão a respeito do direito ao esquecimento versus direito à memória, ambos já tratados em diversas oportunidades pelo STJ, com o Tribunal ora acolhendo o direito ao esquecimento (REsp 1.334.097), ora reconhecendo que este merece ceder, pois “fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

comparado ao desconforto gerado pela lembrança” (STJ, REsp nº 1.335.153/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 28.05.2013, 4ª Turma, Maioria, DJe 10.09.2013).

O quarto requisito dispõe sobre se os locais em que ocorreram os fatos noticiados sejam “reservados ou protegidos pelo direito à intimidade”. Em assim sendo, a liberdade de expressão dos noticiantes será limitada; caso não, permitida. No caso específico da Reclamação nº 22.328, interessante constar que foram levados em conta, e permitidos, fatos divulgados em rede social, daí se extraíndo que o direito à intimidade é mitigado nesses canais.

O quinto requisito versa sobre a “natureza dos fatos”. Não sendo fatos sigilosos ou amparados pelo direito à intimidade, prospera a liberdade jornalística.

O sexto elemento destaca a “existência de interesse público”, presumindo-se, “como regra geral, o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro”. Nesse ponto, cabe fazer algumas considerações a respeito. É cediço que não são todas as informações verdadeiras que gozarão de interesse público, até porque existem, notadamente, fatos verdadeiros afetos à órbita privada, protegidos pelo direito à intimidade. Na verdade, este requisito ponderativo deve ser considerado conjuntamente ao terceiro elemento, a “natureza pública da personalidade objeto da notícia”, de modo a se presumir o interesse público na comunicação de notícia verdadeira firmada no caráter público.

Na Reclamação nº 22.328/RJ, o Ministro-relator Luís Roberto Barroso considerou de interesse público a difusão de fatos alusivos à atuação de órgãos públicos, sendo este o sétimo requisito, mas que se encontra intimamente correlacionado aos quesitos terceiro e sexto.

Por fim, o oitavo e último requisito acaba por nos brindar com o ápice de todo o desenvolvido anteriormente: a preferência por sanções posteriores, alternativas à censura da divulgação. A Constituição da República categoricamente veda a censura de qualquer natureza (art. 5º, IX; art. 220, § 2º), havendo algumas exceções constantes do próprio texto constitucional, como no caso de regulação de diversões e espetáculos públicos, sobre os quais recaem as limitações de faixa etária, locais e horários as quais sua apresentação se mostre inadequada (art. 220, § 3º, I), e nos casos de propaganda

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias. Porém, via de regra, a supressão de manifestações jornalísticas ou de pensamento, amparadas pelo direito à liberdade de expressão, são proibidas pelo ordenamento constitucional.

Além da Carta Magna, o direito à liberdade de expressão em face da censura encontra guarida em diplomas de Direitos Humanos dos quais o Brasil é parte, notadamente a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que assim dispõe:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
  - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
  - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (BRASIL, 1992).

A mencionada norma, inserida no ordenamento brasileiro com status supralegal (FERNANDES, 2017, p. 95-96), esclarece, em seu art. 13, item 2, que é vedado qualquer tipo de censura prévia, o que é confirmado pela Constituição Federal. Indo além, o diploma interamericano incrementa: o exercício da liberdade de expressão,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

embora insuscetível de censura prévia, sujeita-se a responsabilidades posteriores, determinadas pela lei.

O fato de a liberdade de expressão possuir, no sistema jurídico brasileiro, uma posição preferencial, por si só, afasta em muito a possibilidade de censura de notícias jornalísticas, por exemplo. Ocorre que, se for o caso, a liberdade de expressão, assim como outros direitos fundamentais, pode ceder diante de outras garantias. Mas essa ponderação cujo resultado é a limitação da liberdade de expressão, que possui, ao tom da Reclamação nº 22.328 e das normas constitucionais, posição preferencial, deve encarar a censura como ultima ratio, a última escolha judicial, quando se demonstre cabalmente a impossibilidade de se manter o fruto dessa soberania de expressão através de exame dos requisitos acima mencionados.

Não sendo esse o caso, o intérprete possui o dever moral e legal de harmonizar os interesses conflitantes, quais sejam, liberdade de expressão e direitos personalíssimos, por meio de outros recursos que não a censura posterior, tais quais o direito de resposta, a retificação da notícia ou responsabilização civil.

Além disso, o diploma interamericano determinada que todos esses meios de alternativa a censura posterior, assim chamados de responsabilidade ulterior, devem vir expressamente fixados por lei e assegurar o direito de terceiros. Ao contrário do que uma rápida análise a primeira vista pode levar a crer, constata-se que todos os institutos alternativos a censura acima citados possuem base legal no ordenamento brasileiro. O direito de resposta e de retificação encontra amparo na recente Lei 13.188, de 2015, que regulamenta o art. 5º, V, da Constituição. O artigo 5º da referida lei determina que

Se o veículo de comunicação social ou quem por ele responda não divulgar, publicar ou transmitir a resposta ou retificação no prazo de 7 (sete) dias, contado do recebimento do respectivo pedido, na forma do art. 3º, restará caracterizado o interesse jurídico para a propositura de ação judicial. (BRASIL, 2015).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

A legislação, em momento algum, menciona a possibilidade de o juízo vir a censurar a notícia a que se pretende a resposta ou retificação, limitando-se a normatizar estes dois direitos.

O art. 12, § 1º, da Lei do Direito de Resposta e de Retificação ainda destaca que o ajuizamento de ação cível ou penal contra o veículo de notificação ou seu responsável, com base na divulgação ofensiva, não prejudica o exercício administrativo ou judicial resguardado pela lei.

Por seu lado, a responsabilização civil do responsável pelo canal de comunicação ou transmissão pode, facilmente, subsumir-se aos artigos 186 e 187 do Código Civil, que versam sobre os atos ilícitos e sobre o dano moral. A propósito, assim já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, ao inferir que

A liberdade de radiodifusão não impede a punição por abusos no seu exercício, como previsto no Código Brasileiro de Telecomunicações, em disposição recepcionada pela nova ordem constitucional (art. 52 da Lei n. 4.117/1962). 4. Em se tratando de matéria veiculada pela imprensa, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando fica evidenciada a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro. (...). 5. Não configura regular exercício de direito de imprensa, para os fins do art. 188, I, do CC/2002, reportagem televisiva que contém comentários ofensivos e desnecessários ao dever de informar, apresenta julgamento de conduta de cunho sensacionalista, além de explorar abusivamente dado inverídico relativo à embriaguez na condução de veículo automotor, em manifesta violação da honra e da imagem pessoal das recorridas. 7. Na hipótese de danos decorrentes de publicação pela imprensa, são civilmente responsáveis tanto o autor da matéria jornalística quanto o proprietário do veículo de divulgação (Súmula n. 221/STJ). Tal enunciado não se restringe a casos que envolvam a imprensa escrita, sendo aplicável a outros veículos de comunicação, como rádio e televisão. Precedentes. (...). 14. Indenização arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada vítima, que não se revela desproporcional ante a abrangência do dano decorrente de reportagem televisionada e disponibilizada na internet (STJ, REsp 1.652.588/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26.09.2017, DJe 02.10.2017).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

Além disso, ressalte-se que a responsabilização civil por dano moral possui caráter dúplice, no sentido do que vem decidindo o STJ: o caráter reparatório e punitivo pelo dano causado (TARTUCE, 2018). Assim, na hipótese de responsabilização de veículo jornalístico ou de pessoa que extrapole os limites da proporcionalidade no exercício da liberdade de expressão, a reincidência tem o condão de se mostrar menos provável em caso de punição cível do que em caso de simples exclusão/censura da matéria que a deu causa.

Tais alternativas a censura, outrossim, demonstram-se em inteira consonância com o ordenamento pátrio.

Portanto, tem-se que eventual abuso por parte do gozo do direito à liberdade de expressão deve ser compensado, de forma preferencial, lançando-se mão de meios alternativos à censura, como os mencionados no voto do Ministro Barroso na Reclamação nº 22.328/RJ, tais quais a retificação, o direito de resposta ou indenização (sanções *a posteriori*) (BRASIL, 2018, *online*). Nada obstante, em não sendo cumpridos quaisquer dos requisitos acima mencionados na Reclamação nº 22.328/RJ, assim como nos casos envolvendo reconhecida e patentemente o discurso de ódio (*hate speech*), estará o Poder Judiciário autorizado a determinar a remoção da notícia pública, o que não prejudica eventual responsabilização penal, cível e administrativa daquele que a tenha dado causa.

## 6 CONCLUSÃO

Por mais que a liberdade de expressão exista no direito positivo brasileiro desde os seus primórdios, com a Constituição Imperial, passando pelas Cartas Republicanas, até a Constituição de 1988, com demasiada frequência, esse direito fundamental encontra embaraços para se firmar na mentalidade sociojurídica pátria, que tende a buscar medidas mais radicais quando diante do choque de interesses entre direito à liberdade de expressão e direitos personalíssimos, como o direito à intimidade.

Contudo, a Constituição de 1988, a Convenção Americana de Direitos Humanos e normas infraconstitucionais pátrias resguardam meios alternativos para evitar a censura, na enobrecedora tentativa de harmonizar interesses em conflito. Atribui-se à liberdade de expressão, até mesmo, o status de “posição preferencial” no exercício

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

ponderativo desta com outros direitos, tão notável é a sua importância histórico-filosófica.

Na Reclamação nº 22.328/RJ, julgada pela Primeira Turma do STF em 2018, o Ministro-relator Luís Roberto Barroso elaborou um conjunto de parâmetros a ser observado quando da ponderação entre direito à liberdade de expressão e direitos da personalidade, assim sintetizados: a) veracidade do fato; b) licitude do meio empregado na obtenção da informação; c) natureza pública da personalidade objeto da notícia; d) análise do local em que ocorreram os fatos noticiados, se são ou não reservados ou protegidos pelo direito à intimidade; e) natureza dos fatos; f) existência de interesse público; g) preferência por sanções posteriores, alternativas à censura da divulgação ou transmissão.

Por seu lado, esses meios alternativos englobam o direito de resposta ou retificação (Lei 13.188/2015) e a responsabilização civil (Lei 10.406/2002 – Código Civil).

Infere-se, portanto, que a partir do ordenamento constitucional e dos diplomas supralegais, a censura, entendida como sacrifício integral da liberdade de expressão jornalística, com a exclusão do fruto desse direito, deve ser tida como último recurso judicial cabível, a ser utilizado apenas quando todos os meios alternativos se mostrarem falhos ou insuficientes na salvaguarda do direito personalíssimo afetado, quando este último prevalecer diante do direito à liberdade de expressão no exercício jurídico da ponderação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. 2004. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 235, p. 1-36, jan/mar de 2004. Disponível em

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em 9 abr. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 9 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pactos de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1992. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em 9 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13188.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13188.htm)>. Acesso em 10 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro: Maurício Corrêa. DJ, 17 set. 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, 19 mar. 2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 22.328/RJ. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma. Julgado em 6 mar. 2018. DJe, 9 mai. 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 9 mai. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Salvador: Editora JusPodvum, 2012.

CUSTÓDIO, Roberto Montanari. Os Limites da Liberdade de Expressão: uma coisa é censura, outra é responsabilização. **Justificando**, 3 mai. 2019. Disponível em <<http://www.justificando.com/2019/05/03/os-limites-da-liberdade-de-expressao-censura-e-responsabilizacao/>>. Acesso em 27 abr. 2020.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. 287 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p110-131>

Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em:  
<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

GOMES, Laurentino. **1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da Monarquia e a Proclamação da República no Brasil**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2013.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: Editora JusPodvum, 2016.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Introdução à História dos Partidos Políticos Brasileiros**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.