

## LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O EFEITO RESFRIADOR DAS INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL

Sabrina Favero<sup>1</sup>

### RESUMO

Objetiva-se analisar o sistema de restrições à liberdade de expressão, direito fundamental que, em razão de seus fundamentos filosóficos, goza de posição preferencial no ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se demonstrar que o sistema de responsabilidades ulteriores – especialmente amparado em indenizações por dano moral, que predomina na jurisprudência brasileira – quando não embasado em critérios racionais e claros pode levar ao resfriamento da liberdade de expressão. Estruturou-se o trabalho em três partes: na primeira, procurou-se demonstrar as premissas dos direitos de personalidade; na segunda, analisou-se o direito fundamental à liberdade de expressão e seu caráter preferencial; e, por fim, na terceira, analisaram-se casos de tensão entre direitos de personalidade e direito de liberdade de expressão e, em relação ao último, as possibilidades e formas de limitação, bem como o risco do *chilling effect* das indenizações por dano moral. É uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com utilização do método dedutivo.

**Palavras-chave:** Direitos de personalidade. Liberdade de expressão. Dano moral. Efeito resfriador.

### 1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual tem sido denominada de “sociedade da informação”, em razão do contínuo avanço tecnológico, que possibilita que o fenômeno da comunicação se dê de forma cada vez mais rápida e eficiente. O desenvolvimento das tecnologias da informação

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito (UNOESC). Professora de Direito Processual Civil da Universidade do Contestado (UnC), Campus de Concórdia – SC. Integrante do Grupo de Pesquisa Justiça, Sociedade e Direitos Humanos do Curso de Direito da Universidade do Contestado (UnC). Analista Jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC).

tem propiciado que a manifestação de ideias, pensamentos e opiniões atinja patamares nunca antes imaginados.

Esse fenômeno tem aumentado as sempre constantes tensões entre o direito à livre manifestação do pensamento e os direitos de personalidade, como privacidade e igualdade, pois, muitas vezes, o exercício da liberdade de expressão acaba por afrontar a personalidade alheia, como, por exemplo, na crítica ou na manifestação de uma ideia contramajoritária.

Se, por um lado, a Constituição garante a livre manifestação do pensamento, vedando a censura e o anonimato e proibindo qualquer restrição que não amparada no texto constitucional; por outro, ela também protege a intimidade e a vida privada das pessoas.

Nesse aspecto, apesar de ambos os direitos serem limitados juridicamente pela necessária regulação da convivência social, a liberdade de expressão tem sido considerada um direito preferencial, sobretudo em razão de seus fundamentos filosóficos, na medida em que é fundamental tanto ao desenvolvimento da personalidade e dignidade humana quanto à democracia.

Atribuir-lhe o caráter preferencial não significa advogar no sentido de que se trata de um direito absoluto. E, de fato, assim não o é, pois, analisando-se a jurisprudência dos tribunais superiores, percebe-se que existe imposição de limites a esse direito fundamental, basicamente representados por responsabilizações posteriores, com condenação por ato ilícito e pagamento de indenização por dano moral.

Nesse contexto, este trabalho procura analisar se tal limite à liberdade de expressão pode acabar por esvaziar o conteúdo dela. Afinal, permitir a manifestação de ideias e, posteriormente, impor condenação por dano moral não poderia gerar um efeito de autocensura?

O objetivo do presente estudo é, analisando as relações de complementariedade e de colisão entre o direito de liberdade de expressão e os direitos de personalidade, verificar a forma de restrição do primeiro e o possível efeito resfriador – *chilling effect* – sobre ele exercido pelas condenações por dano moral.

Para tal desiderato, o trabalho foi desenvolvido em três tópicos: no primeiro, procurou-se demonstrar as premissas dos direitos de personalidade; no segundo, analisou-se o direito fundamental à liberdade de expressão e seu caráter preferencial; e, por fim, no terceiro,

analisaram-se casos de tensão entre direitos de personalidade e direito de liberdade de expressão e, em relação ao último, as possibilidades e formas de limitação, bem como o risco do efeito resfriador das indenizações por dano moral. É uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com utilização do método dedutivo.

## **2 OFENSA E REPARAÇÃO A DIREITOS DE PERSONALIDADE: O DANO MORAL**

Como tema recorrente na ciência jurídica, a tensão entre direitos de personalidade e exercício da liberdade de expressão requer o preciso esclarecimento dos conceitos de direitos de personalidade e dano moral, o que se passa a expor.

### **2.1 Direitos de personalidade**

Embora sem estabelecer um conceito, o Código Civil brasileiro protege expressamente os direitos de personalidade, que, conforme o art. 11, são “[...] intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

A base de tais direitos é a dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 3º, III), considerado valor imanente ao homem.

Na lição de Steinmetz (2004, p. 114-117), no âmbito do direito, a definição de dignidade humana é influenciada pela ideia de Kant de que o homem é um fim em si mesmo, nunca um mero meio; tendo em vista sua racionalidade, o homem não pode ser tratado como coisa, objeto ou meio.

Para Sarlet (2005, p. 37), a dignidade é um adjetivo intrínseco do homem e que o diferencia dos demais, gerando um complexo de direitos e deveres que o protegem contra um tratamento degradante e que possibilita condições mínimas para uma existência saudável.

A dignidade é, para Canotilho (2002, p. 225) o “[...] *princípio antrópico* que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et fctor*)”.

Os direitos de personalidade, assim como os direitos fundamentais, são sustentados pelo princípio da dignidade humana. A principal diferença entre eles está no nível de proteção. Enquanto os direitos de personalidade estão inseridos na esfera privada, os direitos fundamentais são aqueles com proteção constitucional. Por isso, em tese, a proteção dar-se-ia em esferas diversas: privada, nos direitos de personalidade; e pública, nos direitos fundamentais.

Essa distinção, entretanto, tem perdido um pouco sua razão, pois a visão contemporânea é a de que a dignidade humana permeia todo o ordenamento jurídico. Essa propensão pode ser percebida pela aceitação de teorias como a constitucionalização do Direito Civil e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na medida em que “há uma tendência a que gradualmente os direitos humanos se traduzam em exigências de direitos fundamentais e que os direitos fundamentais se traduzam em direitos de personalidade, integralizando-se no ordenamento jurídico [...]” (BITTAR, 2015, p. 60-61).

Schreiber (2014, p. 13) sustenta que direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade servem para proteger um mesmo bem, que é a dignidade humana; mas a diferença restringe-se ao olhar que se dá ao fenômeno: internacional, constitucional ou no plano das relações privadas.

Bittar (2015, p. 31-32) também considera que se trata dos mesmos direitos, mas examinados em planos diferentes: a relação das pessoas entre si, a relação das pessoas com o Estado e as relações de direito internacional.

Direitos de personalidade são, então, aqueles que dizem respeito à pessoa humana e à sua dignidade e que têm relação com a integridade física, intelectual e moral. São prerrogativas da pessoa humana, aos poucos incorporadas ao ordenamento jurídico, apoiadas na noção de que, além de direitos econômicos, a pessoa é titular de outros, inerentes à sua condição de humanidade e que a ela ficam ligados vitaliciamente (GONÇALVES, 2008, p. 153).

Para Canotilho (2002, p. 394), trata-se de direitos que abrangem direitos de estado, da pessoa, da personalidade e muitos dos direitos de liberdade.

Schreiber (2014, p. 14-16) afirma que, apesar de o Código Civil mencionar expressamente apenas o direito ao corpo, nome, honra, imagem e privacidade, o rol é aberto para abarcar outros não contemplados nos artigos 11 a 21, na medida em que a omissão

legislativa “[...] não impede que outras manifestações da personalidade humana sejam consideradas merecedoras de tutela, por força da aplicação direta do art. 1º, III, da Constituição”.

Bittar (2015, p. 110-115) diferencia os direitos de personalidade conforme a condição da pessoa, como ser individual ou social, identificando, por essa razão, três espécies: físicos, relacionados à vida, à integridade física, ao corpo, ao cadáver, à imagem e à voz; psíquicos, atinentes à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica e ao segredo; e morais (identidade, honra, respeito, criações intelectuais).

Entre os direitos de personalidade, estão a honra e a privacidade, os quais, como se demonstrará a seguir, entram constantemente em choque com a liberdade de expressão – os três com proteção constitucional.

De fato, o art. 5ª, X, estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Mendes e Branco (2015, p. 280-283) situam a privacidade e a intimidade como fatores de limitação da liberdade de comunicação social. Segundo eles, há uma distinção, nem sempre feita pela doutrina e jurisprudência, entre intimidade e privacidade. O objeto da privacidade seria comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não deseja serem postos ao conhecimento público, enquanto que a intimidade tem por finalidade a proteção a episódios mais íntimos, como relações de amizade ou familiares. Em um sentido mais estrito, a privacidade “conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral”.

No que toca à honra, trata-se de um elemento que compõe a identidade da pessoa e abrange tanto a reputação que ela tem perante a sociedade – denominada honra objetiva – quanto o sentimento pessoal de estima – honra subjetiva. A necessidade de proteção da honra está na repercussão desses elementos no meio social e na opinião pública (BITTAR, 2015, p. 201-203).

Os direitos de personalidade podem ser concebidos, assim, como tutela conferida, no nível das relações privadas, à dignidade humana, representada pela proteção ao corpo, ao nome, à privacidade; enfim, tutela conferida àquela esfera individual do ser

humano. Por essa razão, o rol previsto na lei civil não é exaustivo, mas meramente exemplificativo.

## **2.2 Dano moral**

A ofensa a direitos de personalidade é capaz de ocasionar tutela inibitória (proibição da conduta, sanção prévia), reparatória (dano moral, sanção posterior) e criminal (crimes contra a honra), bem como direito de resposta.

Com efeito, o Código Civil, no art. 12, estabelece que: “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Isso porque a proteção a esses direitos engloba várias formas de reação. A depender do interesse visado, o prejudicado pode obter respostas diferentes, basicamente com os objetivos de cessar a prática, aprender materiais dessa prática, cominar pena ao ofensor, reparar danos morais e materiais ou mesmo persecução penal. Tais medidas podem, ainda, ser cumuláveis (BITTAR, 2015, p. 88).

No Brasil, determinadas ofensas a direitos de personalidade são tipificadas como infração penal. No capítulo V do Código Penal (“Dos crimes contra a Honra”), estão previstas as figuras típicas da calúnia (“Art. 138: Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”), difamação (“Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”) e Injúria (“Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”). As penas de detenção variam de seis meses a dois anos, além de multa.

No que toca ao dano moral, a Constituição Federal estabelece, no art. 5º, V, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

A ideia primitiva de que a reparação de danos dava-se apenas no plano patrimonial ganhou novos contornos com a Constituição de 1988, que deslocou o eixo patrimonialista para a pessoa humana. Assim, ofensas que atingem a dignidade e a personalidade do agente passam também a ser passíveis de reparação. Como a Constituição elegeu a dignidade humana como direito fundamental, dano moral passou a ser a ofensa a esse princípio (Reis, 2010, p. 5-7).

Schreiber (2014, 16-17) refuta o entendimento de que o dano moral seria a dor, vexame, sofrimento ou humilhação. Para ele, o dano moral é a lesão a direitos de personalidade, pois a definição do dano não pode depender da aferição do sofrimento da vítima. “A definição do dano moral como lesão a atributo da personalidade tem a extrema vantagem de se concentrar no objeto atingido (o interesse lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão”.

Atualmente, a caracterização do dano moral independe da dor, na medida em que a lesão ocorre quando há moléstia a valores inerentes à personalidade. Os sentimentos de tristeza, desconsideração e humilhação não servem, assim, para qualificar o dano moral, embora se prestem a enumerá-lo de forma exemplificativa (MELO, 2011, p. 10).

Sobre esse entendimento, colhe-se da jurisprudência:

[...] 1. Em se tratando de reparação por dano moral, a violação de direitos da personalidade nem sempre é facilmente demonstrada/comprovada. Ademais, a dor e o sofrimento, conforme doutrina mais moderna, não são imprescindíveis ao dano moral. Eles são, na verdade, apenas decorrências do dano, que podem ou não ocorrer. [...] (STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp. 1675698/MS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 30.05.2018).

No sentir de Gonçalves (2015, p. 388-389), dano moral é aquele que ofende a pessoa, não seu patrimônio. Lesa bens que envolvem direitos de personalidade, como a honra, e acarreta dor e sofrimento. Para o autor, a dor não é propriamente o dano moral. O sofrimento é uma consequência do dano. Ainda, segundo ele, pequenos incômodos ou desprazeres não podem ser considerados dano moral.

É uma agressão a bens imateriais de pessoas físicas, jurídicas ou mesmo da coletividade, “[...] insusceptível de quantificação pecuniária, porém indenizável com tríplice finalidade: satisfativo para a vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade (MELO, 2011, p. 58).

Sobre a desnecessidade de verificação dos sentimentos do lesado para caracterização do dano moral, foi aprovado o Enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil: “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

A ofensa moral insere-se no contexto de responsabilidade civil, prevista no art. 186 do Código Civil, que estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O ato ilícito surge não apenas quando ocorre violação de direito de outrem, mas também quando há abuso, isto é, nas hipóteses em que o titular excede os limites impostos pela lei para o exercício regular de um direito seu. É o que determina o art. 187 do Código Civil: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A consequência da prática de ato ilícito é a obrigação de reparação, a teor do disposto no art. 927 do Código Civil: “aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Daí por que se conclui que o dano moral consiste em uma lesão a direito de personalidade (independentemente de demonstração de dor ou sofrimento), passível de reparação no âmbito civil, além de outras penalidades.

### **2.3 Reparação ao dano moral**

Como mencionado anteriormente, a ofensa a direitos de personalidade pode acarretar sanções criminais ou cíveis. Na órbita civil, a ofensa a direitos de personalidade configura dano moral, um ato ilícito passível de reparação.

A responsabilidade civil caracteriza-se pelo dever de reparar danos patrimoniais ou existenciais. As razões pelas quais o dano a uma pessoa é transferida para a esfera de outra são atribuídas ao descumprimento de obrigações legais ou contratuais. Há, portanto, uma dicotomia entre responsabilidade civil *stricto sensu*, denominada delitual ou aquiliana, e responsabilidade contratual, também chamada de negocial ou obrigacional. Essa dicotomia decorre da origem do dever que foi descumprido: uma violação de crédito ou um dever legal genérico (FARIAS; RESEVALD; BRAGA NETO, 2017, p. 84).



Interessa aos objetivos propostos neste estudo a responsabilidade aquiliana, decorrente de violação de dever genérico estabelecido em lei ou excesso no exercício legítimo e cujo regime de sanção é diverso daquele oriundo da violação contratual.

Classicamente, os elementos necessários à reparação civil são: a) ação ou omissão do agente; b) culpa do agente, c) dano; d) nexo de causalidade entre a ação e o dano.

A ação ou omissão é um ato próprio do agente, embora, excepcionalmente possa haver responsabilização por ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente ou por coisas que estejam sob sua guarda. No que concerne à culpa, nos termos da lei, para que haja responsabilidade civil é necessária a prova de que o comportamento do agente foi doloso ou culposo. O dolo é caracterizado por uma atitude proposital e deliberada do agente, ao passo que a culpa caracteriza-se pelo fato de o agente não ter visado a lesão a direito de outrem, a qual se dá, entretanto, mediante uma ação negligente, imprudente ou imperita. O nexo de causalidade é a relação entre a ação do agente e o dano causado à vítima. Por fim, o dano significa o prejuízo causado a alguém (RODRIGUES, 2008, p. 15-18).

Embora a doutrina clássica exija a culpa em sentido amplo como pressuposto da responsabilidade civil, a evolução do tema levou à necessidade de se admitirem hipóteses que prescindem desse elemento. Disso se depreende que a responsabilidade aquiliana pode ser objetiva ou subjetiva.

Na doutrina clássica, a culpa sempre foi fundamento da responsabilidade civil, denotando seu elemento subjetivo. Não haveria, então, responsabilização sem culpa. Essa continua ser a regra da responsabilidade civil, ou seja, a responsabilidade subjetiva. No entanto, há determinadas situações em que a responsabilização independe de comprovação da culpa, isto é, a responsabilidade é objetiva.

Segundo Gonçalves (2015, p. 48), “Essa teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa”.

Nesses casos, havendo ação do agente, prejuízo à vítima e nexo de causalidade entre a ação e o dano, haverá o dever de indenizar, independentemente da intenção do agente.

No que concerne especificamente ao dano moral, algumas digressões devem ser feitas.

Para Farias, Rosenvald e Braga Neto (2017, p. 169), a melhor tutela para a proteção a bens extrapatrimoniais não é o dano moral, pois este ocorre posteriormente ao dano e não tem a capacidade de restaurar as coisas ao estado anterior. Para eles, “a tutela ótima, para os bens não patrimoniais, é a preventiva, evitando que o valor protegido seja destruído, para (só depois) ser monetariamente compensado”.

No entanto, apesar de a legislação admitir a tutela inibitória para a proteção a direitos de personalidade, na maior parte dos casos esse mecanismo não é utilizado.

Nesse sentido, em 10.06.2016, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815, na qual a Associação Nacional dos Editores de Livros questionou a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, dando interpretação conforme a Constituição para “declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)”. No julgado, assentou-se que, a liberdade de expressão não pode sofrer censura, embora eventuais abusos devam ser condenados, *a posteriori*, mediante indenizações ou direito de resposta.

Partindo da premissa de que, normalmente, a ofensa a direitos de personalidade é tutelada de forma posterior, é importante registrar que a reparação por dano moral possui algumas especificidades, porque, uma vez lesados direitos de personalidade, além de ser difícil a restituição ao estado anterior, o valor da indenização é assunto tormentoso.

Rodrigues (2008, p. 189-191) ressalta que há objeções à reparação ao dano moral, entre as quais elenca a falta do efeito durável do dano, a dificuldade de auferir se ele de fato existiu, a impossibilidade de mensurar em dinheiro a extensão do dano e o poder conferido ao juiz para estipular o montante da compensação. Tais objeções, segundo o autor, são refutadas pela doutrina, embora ele admita que o principal problema está em compensar a dor do outro.

Para Theodoro Junior (2016), o dano moral decorre de prática atentatória à personalidade humana. Ele refere que a lesão a direito patrimonial é sancionada com a recomposição do patrimônio, o que é inadmissível quando se está diante de uma ofensa à esfera da personalidade. Por isso, segundo o autor, no mal causado a direitos de

personalidade, a reparação tem apenas a característica de sanção, cujo objetivo é ao mesmo tempo atenuar o sofrimento e coibir a reincidência.

Na estipulação do valor econômico da reparação, a doutrina elenca elementos que devem ser considerados, entre os quais o grau da culpa, a capacidade econômica e as condições sociais das partes, as circunstâncias e intensidade da lesão e se houve a tentativa, pelo ofensor, de minimizar os efeitos da ofensa (MELO, 2011, p. 97).

A reparação à ofensa moral se presta então a compensar a vítima e sancionar o ofensor, para evitar a reincidência e dar à sociedade orientações para o exercício de seus direitos subjetivos. A lei não estabelece os critérios para fixação desse *quantum*, mas é possível afirmar que eles devem respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sempre na dependência do caso concreto, isto é, das condições fáticas, e em observância a certos padrões de comportamentos admitidos ou não pela sociedade em determinado momento histórico.

### **3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM DIREITO PREFERENCIAL**

Neste tópico, pretende-se desenvolver o conceito do direito fundamental à liberdade de expressão, entendido aqui como um direito polifacetado e que, como se procurará demonstrar, goza de um *status* preferencial no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **3.1 As múltiplas faces da liberdade de expressão**

A liberdade de expressão é um direito fundamental previsto em vários dispositivos da Constituição Federal. Ela está no art. 5º, IV (“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”), IX (“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”); XIV (“é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”), e no 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”). Possui várias funções, que abrangem não apenas a manifestação de ideias e pensamentos, mas também o direito à informação ou comunicação e a liberdade de

imprensa. Daí porque se diferencia, na doutrina, a liberdade de expressão em sentido amplo da liberdade de expressão em sentido estrito. Aquela é caracterizada como o direito fundamental de expressar publicamente ideias e pensamentos; esta é tida como liberdade de informação ou comunicação, que abrange o direito de informar, de informar-se e de ser informado.

A distinção entre liberdade de expressão em sentido estrito e liberdade de informação está na veracidade e imparcialidade, requisitos da segunda expressão. A manifestação de uma ideia ou opinião não está, necessariamente, comprometida com a veracidade nos fatos, ao passo que aquele que divulga um fato tem compromisso com a sua existência objetiva, sem manifestação subjetiva (CARVALHO, 1999, p. 24-25).

A liberdade de informação é espécie do gênero liberdade de expressão em sentido amplo. Entretanto, há utilidade na diferenciação, pois a liberdade de informação tem compromisso com a verdade, ainda que subjetiva, e liberdade de expressão não. Além dessas duas, há uma terceira expressão, a liberdade de imprensa, que se refere à liberdade dos “[...] meios de comunicação em geral (não apenas impressos, como o termo poderia sugerir) de comunicarem fatos e ideias, envolvendo, deste modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão” (BARROSO, 2004, p. 19).

Segundo Chequer (2011, p. 12-17), a liberdade de expressão em sentido estrito refere-se a ideias e opiniões e não está necessariamente vinculada à verdade, enquanto que a liberdade de informação tem relevância pública, porque interfere na formação da opinião pública e, assim, tem compromisso com a verdade. Já a liberdade de imprensa é uma forma “de exteriorização das liberdades de expressão e de informação conferidas aos meios de comunicação em geral, abrangendo tanto a liberdade de informação (fatos) quanto a liberdade de expressão em sentido estrito (ideias, pensamentos, etc.)”.

Embora já conhecida no Mundo Antigo, onde as cidades democráticas surgidas no final do século VI a.C. estabeleceram um regime fundado na *isegoria* (igualdade política) e na *parresia* (liberdade de fala) (ADVERSE, 2013, p. 21-30), a previsão constitucional ocorreu com as revoluções liberais do Século XVIII, voltadas contra a tirania dos Estados absolutistas.

A perspectiva de um Estado eminentemente liberal foi, entretanto, superada pela constatação da ineficiência desse modelo em equacionar os problemas surgidos com a

Revolução Industrial. Se não bastasse isso, o trauma da Segunda Guerra Mundial levou a um debate sobre a condição humana, culminando no reconhecimento universal de direitos humanos com a Declaração Universal de 1948, quando a pessoa humana, e não mais o indivíduo, passou a ocupar o papel mais importante da sociedade.

Disso constatou-se que não apenas o Estado poderia ser um perigo ao desenvolvimento do indivíduo, como também a sociedade, o que levou à percepção de que, além de abstenções, os Estados deveriam agir na promoção de interesses. Em outras palavras, ao Estado caberia também um papel ativo na regulação da vida em sociedade.

Essa perspectiva reverberou na liberdade de expressão. Se, por um lado, veda-se ao Estado interferências ilegítimas nas atitudes comunicativas do indivíduo, por outro a ele cabe a função de garantir esse importante direito a todos os cidadãos. Essas concepções originaram duas teorias que procuram explicar a liberdade de expressão: a libertária e a democrática.

Para Fiss (2015, p. 29-30) a teoria libertária sustenta que se trata de uma proteção da auto-expressão, isto é, dá ênfase ao emissor do discurso. Já a teoria democrática prega a proteção é da autodeterminação coletiva em que a ênfase recai sobre o receptor do discurso.

Essas teorias foram construções do direito norte-americano. Segundo a libertária, “[...] o Estado não deve intervir na matéria, deixando por conta do mercado a formatação do tema [...]. Outra, em sentido completamente antagônico, entende que o Estado deve ter uma participação ativa na ordenação da matéria (teoria democrática ou ativista)” (CHEQUER, 2011, p. 26).

Fiss (2015, p. 46-49) defende a regulação estatal do discurso, como forma de resolução dos conflitos entre liberdade e igualdade. Segundo ele, essa regulação é necessária para garantir a liberdade de expressão, evitando o que ele chamou de “efeito silenciador do discurso”, que é a dominação da liberdade de expressão por determinadas pessoas ou grupos, que exercem poder sobre os demais. A regulação não significa que o Estado arbitre os interesses de pessoas ou grupos, mas que todos os lados sejam apresentados.

Nas palavras de Sarmiento (2007, p. 2) “embora a dimensão preponderante da liberdade de expressão seja realmente a negativa, a garantia deste direito, sobretudo no

quadro de uma sociedade profundamente desigual, também reclama ações positivas do Estado”.

Logo, ambas as teorias, embora paradoxais, na verdade se complementam. Se por um lado, a liberdade de expressão requer ausência de interferência estatal, por outro, a sua efetividade demanda um papel ativo do Estado, na promoção do pluralismo essencial à democracia, sob pena de se criar a tirania de um pensamento único, dominante.

O papel do Estado na regulação da liberdade de expressão é harmonizar basicamente dois direitos fundamentais: igualdade e liberdade, e a igualdade aqui deve ser tida em caráter amplo, a contemplar a proibição de discriminação. A tarefa, evidentemente, não é simples.

### **3.2 A vedação à censura**

Os fundamentos filosóficos que amparam a liberdade de expressão atribuem a esse direito fundamental um importante papel tanto no desenvolvimento individual, quanto para a formação da opinião pública e o estabelecimento e manutenção de um sistema democrático. Por tais razões, há um consenso de que a censura representa um risco não apenas ao exercício individual desse direito, mas também a outros que dele necessitam.

A Constituição Federal, no art. 5º, IX, estabelece que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; e, no § 2º do art. 220, determina que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

A liberdade de expressão, na dimensão exercida em face do Estado, tem o comando defensivo no sentido de que este não exerça censura, na medida em que não lhe cabe definir quais opiniões são válidas ou aceitáveis, papel que deve ser atribuído ao público. Censura, para o texto constitucional “[...] significa ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo da mensagem. Proibir a censura significa impedir que ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 264-265).

O que distingue censura para outros mecanismos de restrição à liberdade de expressão é a precedência, isto é, a limitação ocorre antes de a manifestação ser proferida e,

por isso, impede que a opinião ou informação seja emitida.

Apesar de historicamente a censura estar ligada à imposição de restrição prévia, por parte do Estado, sobre a liberdade de expressão, nos dias atuais é forçoso reconhecer que não é o ente estatal o único capaz de produzir esse efeito.

De fato, como salientou Fiss (2015), o Estado não é o único inimigo da liberdade de expressão. Hostilizar um comportamento comunicativo pela utilização de determinada palavra ou expressão pode levar a silenciar ideias. E isso não deixa de ser censura.

A eficiência dos mecanismos de opressão moral já foi percebida por Mill (2011, p. 54-55), que alertou que eles têm sido mais eficientes do que os de opressão social e que a sociedade tem procurado indevidamente interferir na esfera individual, tanto pela opinião quanto pela legislação.

Essa percepção não fugiu do julgamento da ADI 4.815, que afastou a exigência de autorização prévia para publicação de biografias. Em seu voto, a relatora, Ministra Cármen Lúcia, asseverou que a aplicação horizontal dos direitos fundamentais impõe vedação constitucional à censura também aos particulares: “O exercício da liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado nem pelo vizinho [...]”.

Recentemente, a censura novamente voltou à pauta do Supremo Tribunal Federal, que, em 21.06.2018, no julgamento da ADI 4451, declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997) que impediam emissoras de rádio e televisão de veicular programas de humor envolvendo candidatos, partidos e coligações nos três meses anteriores ao pleito, como forma de evitar que sejam ridicularizados ou satirizados.

No julgamento, a Ministra Cármen Lúcia asseverou ser “[...] surpreendente que, mesmo 30 anos após a promulgação da Constituição de 1988, o STF ainda tenha que reafirmar a prevalência das liberdades de imprensa e de expressão. ‘A censura é a mordida da liberdade’, afirmou” (BRASIL, 2018).

O fato não é, em verdade, tão surpreendente assim. Isso porque admitir a censura como um fenômeno amplo significa compreender que não apenas o Estado, mas também os particulares podem dela valer-se, sobretudo por tutelas inibitórias prévias, muitas vezes deferidas pelo Poder Judiciário. A questão aqui envolve a efetividade da proteção a



direitos que muitas vezes se chocam, como frequentemente ocorre em relação à liberdade de expressão e direitos de personalidade.

Tanto é assim que, em mais de uma oportunidade, o Supremo, a despeito da proibição de restrições prévias ao exercício da liberdade de expressão, proibiu o discurso do ódio. Em um de seus julgamentos mais importantes, o famoso Caso Ellwanger, no qual a Corte denegou a ordem de habeas corpus e manteve a condenação do paciente pelo crime de racismo:

[...] 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. 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). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. [...] Ordem denegada. (STF, HC 82424, Relator: Ministro Moreira Alves, MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Maurício Correa, de 19.03.2004).

Portanto, se se considerar, como afirma Fiss, que o Estado pode não ser apenas um inimigo, mas um garantidor da liberdade de expressão e de outros direitos, em especial os de igualdade, nem sempre a regulamentação ou mesmo o impedimento de veiculação de pensamentos devem ser tidos como censuradores.

### **3.3 Preferencialidade da liberdade de expressão**

Da coexistência no sistema jurídico de diversos direitos decorre que nem sempre seu exercício é harmonioso; é frequente o choque ou tensão entre eles. Na



hermenêutica tradicional, tais antinomias resolvem-se mediante os critérios de interpretação clássicos, como o cronológico, o especial e o hierárquico.

Tradicionalmente, um problema jurídico é resolvido através do método subsuntivo, no qual se parte de uma premissa maior (a norma) para uma menor (o fato), a fim de se chegar à conclusão. A norma, nesse caso, é da espécie regra, para a qual a atividade interpretativa utiliza os métodos tradicionais (gramatical, histórico, sistemático e teleológico). Assim, o operador do direito não cria a norma, apenas revela seu conteúdo (BARROSO, 2001, p. 2).

Contudo, quando se está diante de direitos fundamentais, geralmente normas de espécie principiológica, esses parâmetros são insuficientes. É o caso dos conflitos envolvendo a liberdade de expressão e direitos de personalidade. Como admitir um sem negar a existência de outro?

O neoconstitucionalismo, termo cunhado por Susanna Possolo em 1997, em sua acepção jurídica reformulou a abordagem legalista das fontes do direito, alterando a teoria da norma (agora composta não apenas por regras, mas também por princípios) e da interpretação, pois os métodos tradicionais não conseguem resolver os casos difíceis (NOVELINO, 2017, p. 65-67).

As colisões entre direitos fundamentais decorrem da complexidade e do pluralismo das sociedades modernas e de seu caráter principiológico. Diante da unidade da Constituição, não há hierarquia entre direitos fundamentais, motivo pelo qual não é possível estabelecer preferências *a priori* entre eles. No caso de conflito, a solução demandará a utilização da técnica da ponderação, sempre de acordo com o caso concreto (BARROSO, 2004, p. 4-8).

Alexy (2014, p. 93-96) leciona que a colisão de princípios não é resolvida com a inclusão de cláusula de exceção ou declaração de invalidade de um deles (dimensão da validade), mas pela precedência de um sobre o outro, dadas determinadas condições (dimensão do peso). O equacionamento da questão passa pelo estabelecimento de qual deles tem mais peso no caso concreto. Se ambos forem considerados de forma isolada, eles entram em contradição, porque um restringe as possibilidades jurídicas do outro.

A técnica da ponderação, utilizada para a resolução de conflitos de normas da espécie princípio é desenvolvida em três etapas. Na primeira, identificam-se as normas

relevantes para o caso e eventuais conflitos entre elas. Na segunda, analisam-se os elementos fáticos concretos e a interação deles com os elementos normativos. Por fim, na terceira etapa, que é a etapa decisória, examinam-se as normas e os fatos, atribuindo pesos às primeiras, de forma a identificar qual prepondera no caso concreto (BARROSO, 2004, p. 08-11).

A ponderação foi utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958, envolvendo justamente a restrição à liberdade de expressão, no famoso “Caso Lüth”. Na época, Erich Lüth conclamou distribuidores de filmes cinematográficos e público em geral a boicotar um filme lançado por Veit Harlan, em razão de este estar ligado ao nazismo. Harlan ajuizou ação cominatória contra Lüth, que foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Lüth, então, interpôs Reclamação Constitucional ao argumento de que a corte estadual havia violado seu direito fundamental à liberdade de expressão. Em uma das decisões mais conhecidas da Corte Constitucional Alemã, o tribunal julgou procedente a reclamação, revogando a decisão da corte estadual, e estabeleceu as bases para os limites à liberdade de expressão, para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, finalmente, a exigência de ponderação no caso concreto (SCHWABE, 2005, p. 381-382).

A aplicação da ponderação envolve a utilização do princípio da proporcionalidade, que, segundo Steinmetz (2001, p. 148-153), é composto por três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação perquire se a restrição pretendida é apta a atingir o fim perseguido, em outras palavras, se o meio escolhido presta-se a alcançar o objetivo pretendido. A necessidade refere-se à indispensabilidade do meio escolhido; aqui importa observar conceitos como intervenção mínima a direitos fundamentais e medidas menos gravosas ou prejudiciais. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito exige que entre o meio empregado e o fim a ser atingido haja uma reciprocidade razoável, uma justa medida; aqui é onde está a ponderação propriamente dita.

Essas concepções são fundamentais para o estabelecimentos de parâmetros de resolução de conflitos envolvendo a liberdade de expressão. No entanto, é importante ponderar que, nos últimos tempos, têm-se levantado as vozes que defendem que a liberdade de expressão, embora não absoluta, seja um direito preferencial, em razão de seus fundamentos filosóficos.

Chequer (2011, p. 17-33) relata que há várias razões para que a liberdade de expressão seja considerada um direito fundamental. No entanto, há duas grandes categorias de fundamentos. Uma que a considera um direito instrumental, que serve para realização de um fim importante; outra que pressupõe que ela é importante por si só. Refere o autor que são basicamente quatro os argumentos a justificar que a liberdade de expressão é um direito fundamental: garante a autossatisfação (permite a busca e compartilhamento de novas ideias, importantes ao desenvolvimento da personalidade), a descoberta da verdade (originada do debate aberto), a participação democrática (contribui para a formação da opinião pública) e o equilíbrio das forças do Estado (porque gera mais estabilidade governamental impedindo estados autoritários).

No âmbito normativo, um olhar atento para algumas das decisões mais importantes do Supremo Tribunal Federal permite concluir que a corte atribuiu-lhe um caráter preferencial.

Isso pode ser compreendido a partir de três julgamentos emblemáticos que priorizaram a liberdade de expressão: da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, que declarou não recepcionada pela Constituição Federal a Lei de Imprensa; da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 4815, que deu interpretação conforme a Constituição para afastar a exigência de autorização prévia de pessoa biografada, pessoas retratadas ou coadjuvantes, para publicação de obras biográficas literárias ou audiovisuais; do Recurso Extraordinário (RE) 511.961/SP, que assentou não exigível o diploma de jornalista para o exercício da profissão.

No julgamento da ADI 4815, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou, em seu voto, que a liberdade de expressão é um direito preferencial em razão de suas características, quais sejam: (a) função essencial à democracia, (b) justificação da dignidade humana, (c) busca da verdade, (d) ser uma liberdade instrumental para outros direitos e (e) vedação da censura. Apesar da manifestação do Ministro Barroso e dos fundamentos que ampararam o voto da relatora e dos demais ministros, o Supremo, nesse julgamento, não afirmou, ao menos de forma expressa, ser a liberdade de expressão um direito preferencial.

Esse entendimento foi recentemente referendado no julgamento da Reclamação 22.328/RJ; a Primeira Turma do STF reconheceu expressamente a liberdade de expressão como um direito preferencial. Da ementa constou:

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, Primeira Turma. Reclamação 22.328/RJ, Rel.: Ministro Roberto Barroso, de 06.03.2018, grifou-se).

Admitir a liberdade de expressão como um direito preferencial, em razão de sua importância tanto para o sistema democrático quanto para o desenvolvimento do indivíduo, não significa atribuir-lhe um caráter absoluto.

A preferencialidade opera na técnica da ponderação, conferindo um peso maior à liberdade de expressão quando em conflito com outros direitos de igual proteção constitucional. Dessa forma, em determinado caso concreto, eventual argumento para afastar ou restringir o exercício da liberdade de expressão deve ser mais forte. Em outras palavras, a preferência da liberdade de expressão é *prima facie*, ou seja, a depender de razões suficientemente demonstradas, no caso concreto ela pode ser restringida.

#### **4 PARÂMETROS PARA O EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O *CHILLING EFFECT***

A problemática ora em estudo envolve os limites do exercício legítimo da liberdade de expressão. Em um Estado Democrático de Direito, que erigiu o pluralismo político como um de seus fundamentos, é mister que haja parâmetros seguros para exercício legítimo dos diversos direitos garantidos às pessoas. Esses parâmetros constituem-se, muitas

vezes, em limitações. No entanto, a restrição não pode ser tal que gere um efeito censurador. É o que se pretende demonstrar a seguir no tocante às limitações à liberdade de expressão.

#### **4.1. Direitos de personalidade e liberdade de expressões: tensões e complementaridades contemporâneas**

Em 28.10.2015, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 1.487.089/SP, confirmou a condenação, imposta pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ao humorista Rafinha Bastos, ao pagamento de uma indenização por danos morais à cantora Wanessa Camargo, a seu marido e ao bebê que ela gerava na época – R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores –, em razão de comentários ofensivos proferidos em um programa televisivo.

Em 21.09.2016, o juiz Giordano Resende Costa, da 4ª Vara Cível de Brasília, condenou a atriz Monica Iozzi ao pagamento de uma indenização de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ao Ministro do STF Gilmar Mendes, por danos morais, devido a uma publicação da atriz no Instagram, no qual a atriz postou uma foto do ministro com a frase: “Cúmplice?” e “Se um ministro do Supremo Tribunal Federal faz isso... Nem sei o que esperar...”. Isso aconteceu após o ministro conceder Habeas Corpus para Roger Abdelmassih. O pedido inicial era de condenação no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Recentemente, em 24.04.2018, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.677.957/PR, manteve a condenação por danos morais de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) imposta pelo Tribunal de Justiça do Paraná a um advogado, por excesso de linguagem e imputação falsa de crime feita contra a magistrada.

Por outro lado, o STF já manteve a decisão monocrática de relator que reformou a decisão que condenara o réu ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de reparação por danos morais, em razão de publicações ofensivas à honra do ora recorrido em revista impressa e em página da internet, ao argumento de que “[...] I – A crítica jornalística, ainda que elaborada em tom mordaz ou irônico, não transborda dos limites constitucionais da liberdade de imprensa” (STF, Segunda Turma, RE 652330 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, de 19.08.2014).

Esses são apenas alguns exemplos das inúmeras demandas que tramitam no Poder Judiciário envolvendo conflitos entre a liberdade de expressão e direitos de

personalidade, especialmente a honra e a privacidade, e que visam o reconhecimento da existência de dano moral no exercício de determinadas ações expressivas.

Elas tem-se mostrado frequentes sobretudo em razão do acesso da população às mídias sociais, que possibilitam uma maior reverberação da manifestação do pensamento. Por essa razão, atualmente, é na esfera privada que se estabelecem os maiores conflitos envolvendo a liberdade de expressão e os direitos de personalidade.

O questionamento que se faz é: qual é o limite para manifestar uma ideia ou um pensamento, mesmo que contramajoritário ou crítico, sem cometer ofensa a direito de personalidade alheio e sem correr o risco de uma condenação por ilícito civil?

A questão relativa à legitimidade da interferência da liberdade de expressão e de informação na esfera privada das pessoas refere-se ao conflito entre direitos fundamentais, pois se trata de bens protegidos constitucionalmente.

Os direitos de liberdade surgiram para limitar o poder estatal. A liberdade de expressão, como consequência desse direito geral de liberdade, faz parte do rol dos denominados direitos fundamentais de primeira geração, subjetivos, que demandam, em regra, uma conduta omissiva, de não interferência por parte do Estado.

Essa concepção tradicional, fruto do liberalismo, logo mostrou-se insuficiente para resolver os problemas surgidos no exercício desse direito, porque, como se sabe, não é o Estado o único a reprimir direitos fundamentais. Os indivíduos, em suas relações privadas, também podem agir dessa forma.

A partir do primeiro quarto do século XX, a crise do constitucionalismo liberal e a queda dos regimes totalitários fez surgir um novo modelo de constitucionalismo, o democrático, cujo elemento mais decisivo é o princípio da supremacia da Constituição, que condiciona a validade de todos os atos do poder público, inclusive os atos legislativos. A isso se acrescenta a emancipação dos direitos fundamentais, que agora são direitos jurídico-constitucionais. Isso faz com que a exigência da vinculação desses direitos se dê não apenas em relação ao Estado, mas também nas relações particulares, sobretudo diante das atuais sociedades capitalistas, ou seja, a vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas tem relevância social (STEINMETZ, 2004, p.78- 83).

Como anota Sarmiento (2006), poucos contestam a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. A celeuma está na forma e na intensidade dessa

incidência, pois, se ela for extrema, acabará por asfixiar a espontaneidade das relações humanas. Por esse motivo, surgiram diversas teorias para explicar essa situação: as negativas, as de eficácia mediata, as de eficácia imediata e a dos deveres de proteção. No Brasil, tem prevalecido a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

É dessa forma, então, que as pessoas, nas relações privadas, devem basear suas condutas, isto é, compreendendo que o respeito a direitos fundamentais aplica-se de maneira direta e imediata, independentemente de intermediação legislativa.

Ainda que a perspectiva de positivação da liberdade de expressão e dos direitos de personalidade seja diferente, o núcleo de proteção é o mesmo: a dignidade humana. A liberdade de expressão, prioritariamente, pretende a proteção do indivíduo pelo Estado, seja de forma omissiva (abstenções, não interferência), seja de forma comissiva (prestacional, garantindo a efetividade do exercício do direito). Os direitos de personalidade, por seu turno, objetivam, primordialmente, a proteção da dignidade nas relações particulares, de Direito Civil, quando os personagens estão, em tese, em situações jurídicas de igualdade.

Portanto, ao mesmo tempo que esses direitos se chocam, eles também se complementam, pois ambos se prestam a proteger o mesmo bem jurídico fundamental, que é a dignidade humana. É, assim, tema dos mais importantes e atuais o estabelecimento de um ponto de equilíbrio, a fim de que um não anule o outro e ambos coexistam num sistema jurídico que coloque a pessoa humana no centro.

#### **4.2 Limitações à liberdade de expressão: prévias ou posteriores?**

Por ser um direito polifacetado, simultaneamente individual e coletivo, necessário ao desenvolvimento da pessoa e ao fortalecimento da democracia, a livre manifestação do pensamento tem despontado como preferencial, cujo peso, no embate com outros direitos, é relativamente maior.

Isso, contudo, não lhe confere um status de absoluto.

Nessa época de explosão do desenvolvimento tecnológico, de circulação rápida da informação e das chamadas “redes sociais”, a questão do estabelecimento de limites claros para o exercício legítimo da liberdade de expressão tem permeado o debate jurídico de



forma bastante intensa. Basta, a essa constatação, um olhar sobre as decisões recentes do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto.

A compreensão do que sejam limites a direitos fundamentais passa, necessariamente, pela análise do âmbito ou núcleo de proteção deles, caracterizado como a parte da vida (da realidade) protegida por um direito fundamental e pela verificação de eventuais restrições previstas na Constituição, geralmente mediante expressões como “nos termos da lei”, “salvo nas hipóteses previstas em lei”, etc. ou por conceitos jurídicos indeterminados (MENDES; BRANCO, 2015, p. 192-195).

Alexy (2014, p. 276-277) menciona duas teorias que procuram explicar a questão dos limites a direitos fundamentais: a externa e a interna. Segundo a primeira, existem direitos em si (sem restrições) e direitos restringidos; não há uma relação necessária entre direito e restrição; a restrição existe apenas para conciliar direitos individuais e coletivos. A teoria interna, ao contrário, sustenta não haver direitos e restrições, mas apenas direitos com determinados conteúdos; a noção de restrição é substituída pela de limite.

Para a teoria interna, a Constituição impõe, de forma prévia e definitiva, o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais, não podendo disposições legislativas e medidas de outros poderes públicos estabelecer restrições. Assim, segundo essa teoria, como o conteúdo dos direitos fundamentais já está estabelecido de forma definitiva pela Constituição, não pode haver conflito entre essas espécies normativas, porque um direito não interfere no campo de outro. Na teoria, externa, ao contrário, o âmbito de proteção de um direito fundamental passa por duas fases: na primeira, estabelece-se um conteúdo inicial, mas não definitivo de proteção, chamado *prima facie*; na segunda, harmoniza-se esse conteúdo prévio com outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos para se chegar, então, ao seu conteúdo definitivo. A teoria externa utiliza o princípio da proporcionalidade para atingir esse conteúdo definitivo (CHEQUER, 2011, p. 45-51).

Mendes e Branco (2015, p. 198) explicam que adoção de uma ou outra teoria depende da compreensão que se dá aos direitos fundamentais. Entendendo-os como posições definitivas, aplica-se a teoria interna, ao passo que, se for admitido o conceito de direitos fundamentais como princípios, é a teoria externa que mais se amolda. Segundo os autores, direitos fundamentais não são regras, mas sim princípios.



Ressalta Chequer (2011, p. 51) que no Brasil, é a teoria externa a aceita majoritariamente pela doutrina e jurisprudência, que utilizam a ponderação como método de solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais.

Especificamente no tocante à liberdade de expressão, já se assentou tratar-se de norma da espécie princípio, cujo âmbito de proteção, *prima facie*, é a garantia da exteriorização do pensamento, mas que, em consonância com a teoria externa, admite restrições.

Tais restrições advêm do próprio texto constitucional de forma direta (como a vedação do anonimato e o respeito à privacidade) ou indireta (na hipótese de proibição de discriminação), e mesmo de leis infraconstitucionais (como o Código Penal, que tipifica a calúnia, por exemplo) (NOVELINO, 2017, p. 359-361).

A forma como se dá essa restrição também pode variar; ou a restrição é prévia ao seu exercício ou ela é posterior.

Toller (2010, p. 23-24) ressalta que, tradicionalmente, nos problemas envolvendo a liberdade de expressão e de imprensa, tem-se privilegiado responsabilidade civil ou penal ulteriores, com exclusão de censura ou outras medidas prévias. Essa concepção, que ele denomina de “doutrina das restrições prévias”, diferencia restrições prévias e responsabilidades ulteriores, “[...] englobando as primeiras todas as medidas oficialmente impostas à expressão antes de sua emissão, publicação ou difusão, ao passo que se agrupam nas segundas as respostas jurídicas a expressões já realizadas [...]”.

Segundo o autor, as justificativas para dar preferência a um sistema de responsabilidades ulteriores em detrimento de sanções prévias são a teoria do mercado de ideias, defendida por Mill, segundo a qual a verdade surge do debate e da escolha política do menor perigo, pois a censura prévia é mais inconveniente (TOLLER, 2010, p. 26-28).

Na ADI 4815 discutiu-se a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, dispositivos que preveem especificamente um sistema de restrições prévias:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa **poderão ser proibidas**, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para **impedir** ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (Grifo nosso).

Na decisão final, o Supremo julgou procedente a ação para dar aos dispositivos mencionados interpretação conforme a Constituição, declarando inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes.

Da ementa, retira-se a prevalência da tese das responsabilidades ulteriores:

[...] 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. [...] (STF, Tribunal Pleno, ADI 4815, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, de 01.02.2016).

Essa tese decorre, como se percebe, dos mesmos fundamentos que erigiram a liberdade de expressão à categoria de um direito preferencial. Assim, prevalece a teoria externa de limitação, que admite restrições geralmente posteriores, mediante responsabilização civil e direito de resposta.

#### **4.3 Restrições posteriores à liberdade de expressão e o *chilling effect***

Ainda que assentado na jurisprudência do STF que restrições à liberdade de expressão devem ser, em regra, posteriores em razão de diversos fatores que lhe conferem uma preferência em detrimento de outros direitos constitucionalmente assegurados, indaga-se se essa concepção é suficiente para assegurar-lhe o pleno exercício.

Como anota Chequer (2011, p. 204), malgrado a solução encontrada pelos tribunais pátrios para resolver conflitos envolvendo a manifestação do pensamento seja o princípio da ponderação, na maioria das vezes, as decisões respeitam a liberdade de expressão apenas para impedir a censura prévia, dando preferência, na responsabilização posterior, a direitos de personalidade, o que acaba esvaziando completamente o direito à livre

manifestação do pensamento, pois, segundo ele, a premissa adotada é de que “[...] liberdade de expressão só pode ser exercida se não atingir, em qualquer grau, os direitos da personalidade. Ora, isso coloca a liberdade de expressão, nesse conflito real e posterior com os direitos da personalidade, como letra morta”.

Isso ocorre porque, ainda que o indivíduo não seja proibido de manifestar publicamente uma ideia ou opinião, a possibilidade de responsabilização civil posterior, com condenação por dano moral, pode impedir-lhe de exercer esse direito – é o chamado efeito resfriador sobre a liberdade de expressão ou *chilling effect*.

O ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do Inquérito 3.817/DF, definiu esse efeito resfriador como a ameaça de paralisação do exercício da liberdade de expressão, em razão do receio de responsabilização penal ou civil. Segundo ele:

[...] o debate público não pode ser paralisado sob a ameaça constante e generalizada da responsabilização penal e cível, especialmente no que se refere à manifestação de opiniões dos detentores de mandato parlamentar. O designado “efeito resfriador” sobre o discurso (*chilling effect*)[1] deve ser evitado, sob pena de induzir à autocensura e à mitigação do debate democrático e difusão da informação. (STF, Inquérito 3.817, 1ª Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, de 07.04.2015).

No mesmo sentido, Toller (2010, p. 50) explica que a responsabilização posterior pode impactar a difusão da informação. “Este impacto reside na capacidade dissuasória que essas respostas do Direito possuem, as quais geram o que se tem denominado de *chilling effect* – efeito de resfriamento – sobre a futura expressão legítima de terceiros”.

A teoria do *chilling effect* preconiza que o medo da responsabilização civil e penal pela manifestação de opiniões levaria a uma autocensura e isso prejudicaria o debate público. Assim, de nada adianta possibilitar a difusão de uma ideia ou informação para, posteriormente, condenar o agente a pagamento de indenização ou pena criminal por essa ação comunicativa.

Por outro lado, defender o exercício amplo da liberdade de expressão não significa admitir a possibilidade de ofensas ou discriminações, na medida em que as pessoas, em suas relações privadas, devem respeitar-se mutuamente.

Segundo Farias, Rosenthal e Braga Neto (2017, p. 185-187), o exercício legítimo de cada direito pressupõe uma delimitação do ordenamento sob pena de atingir direito alheio. “O exercício regular, portanto, afasta, para quem assim age, a responsabilidade civil. Tal exercício, contudo, deverá ser aferido segundo padrões de razoabilidade social, à luz das legítimas expectativas sociais.”

Na maioria dos embates envolvendo a livre manifestação do pensamento e direitos de personalidade, o problema está no âmbito de proteção desses direitos, ou, em outras palavras, quando eles são exercidos em desacordo com a lei. A questão é que, como ambos são normas do tipo princípio, elas não possuem um conteúdo definido. A análise é casuística, para verificar o uso regular ou o abuso de direito.

Por essa razão, é necessário o estabelecimento de critérios racionais e claros para delimitar a órbita de exercício da liberdade de expressão e, como consequência, seus limites.

O ministro Luís Roberto Barroso tem proposto um modelo baseado na ponderação, com a finalidade de preservar ao máximo os interesses em disputa. Segundo ele, nessa análise, há oito elementos que devem ser considerados: *i)* a veracidade do fato; *ii)* a licitude da forma de obtenção da informação; *iii)* personalidade pública ou privada da pessoa; *iv)* local do fato; *v)* natureza do fato; *vi)* interesse público na divulgação da tese; *vii)* interesse público na divulgação de fatos relacionados a atuação de órgão públicos; *viii)* preferência a restrições posteriores. (STF, Primeira Turma, Reclamação 22.328/RJ, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, de 06.03.2018).

Além desses, o direito à igualdade e à vedação de discriminação também são fundamentais para a prática legítima do direito fundamental à liberdade de expressão. Isso porque, em uma sociedade pluralista, o respeito ao outro também há de ser parâmetro para o exercício de direitos. Em outras palavras, a ninguém pode ser conferida autorização legal para segregar e discriminar outrem.

Logo, tendo em conta os parâmetros limitativos antes expostos, a liberdade de expressão deve ser exercida de forma responsável e levando em conta não apenas sua importância para a autorrealização individual, mas também sua dimensão coletiva.

Manifestar, nesses termos, pensamentos ou opiniões críticas e mesmo contramajoritárias não deve ser, em todos os casos, considerado abuso de direito por supostas

ofensas a direitos de personalidade, nem se deve conferir a estas o caráter de dano moral, com vultosas indenizações, pois isso muitas vezes pode desencadear autocensura – o chamado *chilling effect*, extremamente prejudicial ao pluralismo político e à democracia.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo propôs-se a investigar a restrição imposta à liberdade de expressão pelas condenações por dano moral. Para cumprir esse desiderato, foram necessárias digressões sobre direitos de personalidade, dano moral, liberdade de expressão (suas restrições e sua preferencialidade), censura e *chilling effect*.

Da pesquisa realizada, destacam-se algumas importantes considerações, conforme enumerado a seguir.

1. Na atual fase em que se encontra a Humanidade, o desenvolvimento vertiginoso e constante das tecnologias da informação fez com que a comunicação humana se tornasse cada vez mais dinâmica. Além disso, as mídias sociais, além de darem voz a um número cada vez maior de pessoas, proporcionam que as manifestações de pensamento atinjam um alcance antes inimaginável.

2. Esse fenômeno potencializa os constantes conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, como intimidade, honra e imagem.

3. Direitos de personalidade são aqueles que dizem respeito à pessoa humana, tutelados ao nível das relações privadas, isto é, objetivam a proteção ao corpo, ao nome e à privacidade nas relações dos indivíduos entre si.

4. A ofensa a direitos de personalidade tem aptidão de gerar tutela inibitória ou reparatória; civil ou criminal. Criminalmente, destacam-se as figuras típicas da calúnia, injúria e difamação. Civilmente, a tutela reparatória decorre da responsabilização civil.

5. Dano moral é a ofensa a direitos de personalidade, independentemente da prova da dor ou sofrimento, que são consequências possíveis.

6. A responsabilização civil que gera a possibilidade de condenação por dano moral surge da tanto da violação de uma regra, seja legal ou contratual, quanto do abuso no exercício de determinado direito – daí se falar em responsabilidade contratual ou aquiliana.

7. Tradicionalmente, são quatro os elementos necessários à configuração da responsabilidade civil aquiliana (extracontratual): *i*) ação ou omissão do agente; *ii*) culpa do agente; *iii*) dano; *iv*) nexo de causalidade entre ação e dano. Excepcionalmente, admite-se a configuração da responsabilização independentemente de culpa, o que se denomina responsabilidade civil objetiva.

8. A indenização por dano moral não visa o restabelecimento do estado anterior, porque a dor e o sofrimento humano são imensuráveis. O objetivo é reparar a ofensa e evitar a reincidência.

9. A liberdade de expressão é um direito polifacetado, que abrange a livre manifestação de ideias e pensamento, o direito de informar, ser informado e informar-se, bem como a liberdade de imprensa.

10. Tendo em conta seus fundamentos filosóficos, defende-se que a liberdade de expressão é um direito preferencial, o que significa afirmar que, no caso de conflito com outros direitos, deve-se atribuir a ela um peso maior. De fato, ela é fundamental tanto ao desenvolvimento do indivíduo, quanto à formação da opinião pública para a consolidação da democracia. Mas é importante frisar que defender ser a liberdade de expressão um direito preferencial não significa atribuir a ela um caráter absoluto.

11. Por essas razões, a Constituição repudia a censura, entendida como uma restrição administrativa prévia à liberdade de expressão.

12. Ainda que seja um direito preferencial, a coexistência no sistema jurídico de diversos direitos, leva à conclusão que também a liberdade de expressão deve ser exercida de modo a não atingir outros direitos. No entanto, em razão de sua importância, embora a doutrina admita restrições prévias, a jurisprudência no Brasil tem dado prevalência às responsabilizações ulteriores, como o dano moral.

13. O problema é que, apesar de tais restrições não impedirem o indivíduo manifeste manifestar publicamente uma ideia ou opinião, a possibilidade de responsabilização civil posterior, com condenação por dano moral pode impedir-lhe exercer esse direito – é o chamado efeito resfriador sobre a liberdade de expressão ou *chilling effect*.

14. Por essa razão, por serem direitos de personalidade e liberdade de expressão normas da espécie princípio, a serem efetivadas da melhor maneira possível, e sem,

portanto, um conteúdo previamente definido, é necessário o estabelecimento de limites claros e racionais.

15. O Ministro Luís Roberto Barroso elenca alguns elementos que devem ser considerados no juízo da ponderação da liberdade de expressão com outros direitos: *i)* a veracidade do fato; *ii)* a licitude da forma de obtenção da informação; *iii)* personalidade pública ou privada da pessoa; *iv)* local do fato; *v)* natureza do fato; *vi)* interesse público na divulgação da tese; *vii)* interesse público na divulgação de fatos relacionados a atuação de órgão públicos; *viii)* preferência a restrições posteriores. Além desses, defende-se que também o direito à igualdade e a vedação da discriminação devem ser avaliados no caso concreto.

16. Por fim, importante considerar que a ideia de proteger a liberdade de expressão de uma maneira forte advém da necessária limitação do poder, da busca da verdade, da formação da opinião pública, do pluralismo político e do fortalecimento da democracia. Em prol desses valores, muitas vezes deve-se tolerar opiniões contramajoritárias e críticas.

## **THE FREEDOM OF EXPRESSION AND THE CHILLING EFFECT OF COMPENSATIONS FOR PERSONAL HARASSMENT**

### **ABSTRACT**

This study is aimed at analyzing the system of restrictions on freedom of expression, a fundamental right that, because of its philosophical foundations, enjoys a preferential position in the Brazilian legal system. Given that the free manifestation of thought is often opposed to personality rights, it is intended to demonstrate that the system of later responsibilities, especially based on compensations for personal harassment, which prevails in Brazilian jurisprudence, when not based on rational and clear criteria, can lead to the chilling of freedom of expression. This work has been structured in three parts: in the first one, the premises of personality rights are demonstrated; in the second, the fundamental right to freedom of expression and its preferential character are analyzed; and finally, in the third part, cases involving tensions between personality rights and freedom of expression are analyzed, and also, in relation to the latter, the possibilities and limitation ways and the risk of the

chilling effect on compensations for personal harassment. This is a bibliographical and jurisprudential research, based on the deductive method.

**KEYWORDS:** Personality rights. Freedom of expression. Personal harassment. Chilling effect.

### REFERÊNCIAS

ADVERSE, Helton. **Parresia e isegoria:** origens político-filosóficas da liberdade de expressão. *In.:* LIMA, Venício A. de; GUIMARÃES, Juarez. (Orgs.). *Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio.* São Paulo: *Paulus*, 2013

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. **Revista Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, 235, jan.- mar., 2004. p. 1-36.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 8.ed. rev. aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF declara inconstitucionais dispositivos da Lei das Eleições que vedavam sátira a candidatos. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382174>>. Acesso em 21 jul. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie:** (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** parte geral. 1. v. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 4.v. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** 4.ed. rev. e atual. Salvador: Juspdvm, 2017.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão:** Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução e prefácio Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

MELO, Hehemias Domingos de. **Dano moral:** problemática do cabimento à fixação do quantum. 2. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade.** Tradução Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. ver. e atual. Salvador: Juspodvm, 2017.

REIS, Clayton. **Dano moral.** 5. ed. atual. e. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** responsabilidade civil. 4.v. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo (Org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico.** Salvador, n. 16, p. 1-39, maio/ago. 2007.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Tradução Beatriz Hennin et al. Montevideo: Fundación Kinrad-Adenauer, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos de personalidade.** 3. ed. rev.e. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Revista do

**CEJUR/TJSC:**

*Prestação Jurisdicional*

ISSN: 2319-0876

ISSN Eletrônico: 2319-0884

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOLLER, Fernando M. **O formalismo na liberdade de expressão**: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. Tradução Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010.