

O JULGAMENTO POLÍTICO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Adriana Freisleben de Zanetti

"Se liberdade significa alguma coisa,
é o direito de dizer às pessoas o
que elas não querem ouvir".
George Orwell

Resumo: A recente decisão do Pretório Excelso, na ação de descumprimento de preceito fundamental sobre a denominada "marcha da maconha", representa um marco na história do País, no que tange ao direito de liberdade de expressão. O tema no Brasil ainda se distancia, porém, da amplitude conferida ao conceito pela Suprema Corte Americana. Ademais, é questionável se a decisão da Suprema Corte quis mesmo homenagear a liberdade de expressão, ou se a liberdade de expressão surgiu como recurso argumentativo a legitimar julgamento de cunho político.

Abstract: The recent decision of the Brazilian Supreme Court, referring to what became known as "march of marijuana," represents a milestone in the history of the country, regarding the right to freedom of expression. Brazil is still far, however, from the concept given to the institute by the United States Supreme Court. Moreover, it is questionable whether the Brazilian Supreme Court decided in order to honor freedom of speech, or if freedom of expression has served as a resource to legitimize a political decision.

Na Constituição da República, consta a liberdade de expressão inserida dentre as garantias individuais¹. Trata-se de direito fundamental, portanto.

Segundo a tradicional lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA², as garantias individuais versam prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em prol de uma convivência digna entre as pessoas.

Sob outro aspecto, dado o fato de as garantias individuais se enquadrarem no rol dos direitos fundamentais, tem-se que comandos elaborados sob tal epígrafe revestem-se dos atributos de eficácia plena e de aplicabilidade imediata³.

Cediço, porém, que mesmo os valores constitucionais mais sensíveis comportam ponderação com valores da mesma espécie, fazendo prevalecer, em nosso sistema jurídico, a regra da "convivência das liberdades públicas"⁴, cuja premissa maior diz que não há direitos absolutos.

Nossa Corte Constitucional tem permitido limitações aos direitos e garantias individuais⁵, desde que as restrições sejam imperiosas a proteger a integridade do interesse social e que sejam necessárias para assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades. O fundamento, segundo o Supremo, é no sentido de que nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros⁶.

¹ Artigo 5º, IV: *é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.*

² Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed Malheiros, São Paulo, 15ª Ed., 1998.

³ Idem.

⁴ Regra citada por vários doutrinadores brasileiros. Aparece, com frequência, em julgados dos Tribunais Superiores.

⁵ "Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros." (**MS 23.452**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.).

⁶ "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 impliquem ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (CF, art. 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

Nesse contexto, cumpre analisar a recente decisão do STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, cujo objeto ficou popularmente conhecido como “marcha da maconha”.

Invocando a liberdade de reunião e de expressão, os Ministros votaram no sentido de que a manifestação em prol da liberalização do uso da maconha é perfeitamente compatível com a ordem constitucional vigente.

Em termos práticos, a decisão assegurou o direito de participar em movimento na defesa da ideia da descriminalização do uso da maconha, sem que os manifestantes corressem o risco de serem enquadrados nos delitos tipificados nos artigos 286 e 287 do Código Penal⁷.

Nos debates travados durante a discussão da causa, os Ministros fizeram referência a decisões da Suprema Corte Americana, esta, de longa tradição no sentido de assegurar a liberdade de expressão de forma bastante ampla, nos moldes como garantida na primeira emenda à Carta dos Estados Unidos.

Deve-se atentar, porém, que nossa Corte Constitucional, a despeito da decisão referida, ainda se distancia, tanto em extensão quanto em profundidade, do significado que a Suprema Corte dos Estados Unidos confere à garantia da liberdade de expressão.

Com efeito, analisando algumas decisões emblemáticas, chega-se à conclusão de que, nos Estados Unidos, a garantia encontra proteção em termos quase absolutos. Vejamos.

Em 1969, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por unanimidade, no caso *Bradenburg v. Ohio*⁸, que a mera manifestação abstrata do pensamento, sem correlação direta com ameaça iminente aos direitos dos possíveis ofendidos, não caracteriza crime; prevalecendo, pois, no caso, o direito à livre manifestação do pensamento.

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." (**HC 82.424**, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.).

⁷ Artigo 286 – *Incitação ao Crime: Incitar, publicamente, a prática de crime. Pena: detenção, de 3 a 6 meses, ou multa.* Artigo 287 – *Apologia de crime ou criminoso. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime. Pena: Pena: detenção, de 3 a 6 meses, ou multa.*

⁸ 395 U.S., 1969.

No caso, um líder da Ku Klux Klan havia sido condenado na instância inferior a dez anos de prisão, porque havia feito comentários, em um encontro do grupo, no sentido de que os negros deveriam retornar à África, e os judeus, para Israel; além de incitar uma marcha ao Congresso na defesa de idéias similares. Referida manifestação, filmada por jornalista convidado ao evento, chegara ao conhecimento das autoridades públicas de Ohio após a transmissão do conteúdo em sistema de televisão local.

A Corte Constitucional americana decidiu o caso forte no princípio de que só seria punível o excesso expressivo que representasse perigo real e iminente ao Estado e a suas instituições democráticas, o que não foi verificado no caso concreto. Tampouco se verificou ofensa individualizada, a caracterizar eventual delito ofensivo à honra.

No mesmo sentido, a decisão no caso *Hess v. Indiana*⁹. A Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu condenação de um manifestante que em “marcha antiguerra” realizada no campus da Universidade de Indiana foi preso por um policial que havia liberado uma rua tomada por manifestantes, logo depois de *Hess* ter se dirigido a eles, em discurso inflamado, dizendo à multidão para que não se preocupassem, eis que eles tomariam a “*f...k street*” em outro momento.

Entendeu-se que *Hess* não teve a intenção de incitar os demais a desrespeitarem a ação do agente público, já que as palavras foram proferidas de forma direcionada à multidão, não ao policial. No Brasil, fatos similares certamente seriam classificados como desobediência ou desacato.

Em outro caso, *Texas v. Johnson*¹⁰, a Suprema Corte dos Estados Unidos reputou inconstitucionais todas as leis estaduais que puniam como crime a conduta de atentar contra a bandeira americana. O tema foi levado àquela instância após a condenação, com supedâneo em lei local, de manifestante (Johnson) que em “marcha contra a administração do Presidente Reagan” queimou a bandeira dos Estados Unidos, à vista da multidão.

À época do julgamento, em 1989, havia tipos penais para atos atentatórios daquele símbolo nacional vigente em 48 dos 50 Estados americanos. Na decisão, a Corte Estadunidense afirmou que a liberdade de expressão é ampla, abrangendo atos para além da palavra escrita ou falada. Tal

⁹ 414 U.S. 105, 94 S. Ct. 326, 38 L. Ed. 2d 303 (1973).

¹⁰ 491 U.S. 397 (1989).

liberdade, segundo o julgado, admite a faculdade de o cidadão destruir, como forma de expressão, qualquer símbolo nacional, desde que o ato, em si, não coloque em risco a segurança de outras pessoas.

No caso *Snyder v. Phelps*, julgado pela Suprema Corte Americana em 02/03/2011, reafirmou-se, mais uma vez, a amplitude do princípio. Eis os fatos: ao longo dos últimos 20 anos, a congregação "Westboro igreja Baptista" vinha realizando protestos em funerais militares, propagando mensagens no sentido de que Deus não tolera a homossexualidade no âmbito castrense. No caso concreto o fundador Fred Phelps viajou a Maryland com outros seis associados, para protestar durante o enterro de Snyder, morto em ação militar no Iraque.

O protesto consistiu na exibição de cartazes com dizeres como: "obrigada, Senhor, pelos soldados mortos", "padres estupram crianças", "você irão para o inferno", dentre outros semelhantes. O pai do militar ingressou com ação contra os manifestantes, pleiteando indenização por danos morais. Na primeira instância, o júri considerou abusiva a manifestação, fato que levou à condenação de Westboro ao pagamento de milhões de dólares em danos.

A congregação apelou, invocando o direito à liberdade de expressão garantido pela primeira emenda. A Corte Distrital reduziu a multa, mantendo a conclusão do júri. Em segunda instância, o julgamento foi revertido em favor dos manifestantes. No mesmo sentido, o julgamento da Suprema Corte.

O caso causou estranheza mesmo à sociedade americana, já acostumada à largueza do conceito de "freedom of speech" adotada pela Corte Suprema dos Estados Unidos. Antes do julgamento, a mídia sinalizava que a Corte poderia restringir o direito, em juízo de ponderação com outros direitos fundamentais.

A Suprema Corte americana, porém, contrariando a suposta expectativa popular¹¹, entendeu que, no caso, não houve intenção de ofensa a nenhum indivíduo particular, mas protesto genérico contra a existência de homossexuais em quadros militares. Entendeu, ainda, que a "ocasião" não pode ser confundida com a "personificação" da ofensa, vez que o intuito do grupo liderado por Phelps não era de ofender os parentes do morto, mas de atrair a atenção da sociedade para o reclamo.

¹¹ Assim noticiado nos principais jornais americanos.

No Brasil, um caso como o de *Phelps* certamente encontraria solução diversa, tanto em função dos exageros que levam à classificação engessante e vinculante do que é considerado "politicamente correto" pelos formadores de opinião, quanto em face dos projetos de lei tendentes a incriminar a homofobia.

Depreende-se, assim, dos exemplos mencionados, que a liberdade de expressão, nos moldes como interpretada pela Suprema Corte Americana, encontra-se bastante distante da interpretação que vem sendo dada à garantia, ao longo dos anos, pelo Supremo Tribunal Federal.

Em 2003, o STF manteve a condenação do editor Siegfried Ellwanger imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de racismo, por ter ele publicado um livro, cujo teor não foi admitido como desdobramento do direito de manifestar livremente o pensamento.

Prevaleceu o entendimento de que "as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (CF, art. 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 jurídica¹²".

De perceber-se, pois, que em nosso País é arriscado dizer o que se passa pela mente, ainda que isso não represente perigo concreto a nenhum outro cidadão. Corre-se o risco de incorrer em conduta criminosa, mesmo que dolo não tenha havido em relação à miríade de tipos penais à disposição da ferocidade punitiva do Estado.

Consigne-se que no julgado referido houve uma voz contra o encolhimento da garantia Constitucional. Um dos Ministros¹³ vencidos defendeu o direito à liberdade de expressão e à manifestação individual de pensamento, entendendo que a intenção do escritor era a de fazer uma revisão histórica, afirmando:

¹² HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.

¹³ Ministro Marco Aurélio de Mello

"Há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto. As pessoas simplesmente não são obrigadas a pensar da mesma maneira (...) Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas idéias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo "morte aos judeus", "vamos expulsar estes judeus do País", "peguem as armas e vamos exterminá-los". Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos".

Ainda que a decisão na "marcha da maconha" tenha dado ao artigo 287 do Código Penal interpretação conforme a Constituição, de modo a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização de defesa da legalização das drogas, resta pouco crível que marcha similar, por exemplo, eventual "marcha da cocaína" contasse com proteção idêntica do Estado.

Questiona-se, nesse ponto, se o julgamento quis mesmo homenagear a liberdade de expressão, ou se a liberdade de expressão surtiu como argumento conveniente para legitimar a ação, pois que notório que a descriminalização do uso da maconha é assunto recorrente, defendido por intelectuais e políticos.

Fonte inspiradora aos sistemas jurídicos universais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XIX, estabelece que todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão, o que engloba a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

A Declaração Americana Sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, estatui que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Tal direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem restrição por vias ou meios diretos ou indiretos. Referido Pacto foi aprovado

pelo Congresso Nacional, sancionado pelo presidente da República e promulgado via Decreto em novembro de 1992.

A assinatura de compromissos internacionais pode levar a consequências para além do âmbito interno dos países, sendo cada vez mais frequentes as punições efetuadas pelos Tribunais Internacionais aos países signatários, quando descumpridas proposições adredemente acordadas.

Recentemente, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (conhecido, ainda, como Corte de Estrasburgo) puniu a Espanha, ao fundamento de ter violado o direito à liberdade de expressão de cidadão condenado pela Suprema Corte Espanhola a um ano de prisão por proferir "injúrias graves contra o Rei".

Os fatos ocorreram em fevereiro de 2003, ocasião na qual o rei espanhol inaugurou uma central elétrica. Depois da visita, Arnaldo Otegi, em conferência à imprensa, indagou como determinada pessoa teria se deixado fotografar ao lado do rei, pessoa que qualificou de chefe "supremo do exército espanhol e responsável pelos torturadores".

No julgamento, a Corte de Estrasburgo entendeu que a pena de um ano de prisão foi desproporcional, classificando como "precioso" o direito à liberdade de expressão. Alegou-se que o fato de o rei ocupar posição de neutralidade no debate político não o põe ao abrigo de críticas relacionadas ao exercício de suas funções oficiais. Afirmou-se, ainda, que a pena de prisão imposta por uma infração cometida no terreno do discurso político não se afigura compatível com a liberdade de expressão garantida pelo artigo 10 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Já a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, de caráter vinculante a todos os signatários do Tratado de Lisboa¹⁴, reza, em seu artigo 11, que todos têm o direito à liberdade de expressão, explicitando o direito nos exatos termos da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O conteúdo e alcance da liberdade de expressão, porém, tem sido alvo de intenso debate jurídico e político, não encontrando definição segura.

¹⁴ O Tratado de Lisboa, que confere personalidade jurídica à União Européia, entrou em vigor a 1/12/2009. Ele emenda o Tratado da União Europeia (TUE, *Maastricht*; 1992) e o Tratado que estabelece a Comunidade Europeia (TCE, *Roma*; 1957).

Como exemplo da instabilidade do alcance do conceito, aponto a recente legislação francesa que proibiu o uso do véu nas escolas e a controvérsia relativa aos crucifixos pendurados nos colégios italianos¹⁵.

No Brasil, o Ministério Público Federal move uma ação civil pública pedindo a retirada de símbolos religiosos em locais de amplo acesso de prédios públicos federais no Estado de São Paulo. A questão que se coloca é se a liberdade de expressão inclui ou exclui a livre manifestação do pensamento, em sentido amplo, relacionada à religião.

Parece que a exegese que mais se coaduna com os objetivos da pluralística sociedade brasileira é a que homenageia a tolerância. Vale dizer, não ofende a liberdade de religião a ostentação de símbolos diversos que decorram do direito de expressão daqueles que professem a crença.

De outra via, é de se frisar que a própria Constituição limita a liberdade de expressão, ao assegurar a inviolabilidade do direito à intimidade, à vida privada e à honra.

De tal orientação não divergem os documentos internacionais. O artigo 10 do já mencionado texto da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, após definir em que consiste o direito¹⁶, prevê que o exercício de tal liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

¹⁵ No dia 3 de novembro, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu o pedido de Soile Lautsi, cidadã italiana de origem finlandesa, e determinou que a Itália retirasse o crucifixo, símbolo do catolicismo, de todas as instituições públicas de ensino do país. A Itália foi condenada, ainda, a pagar cinco mil euros de indenização por danos morais. A decisão teve como base o argumento de que a presença do crucifixo é uma violação à liberdade de religião dos alunos e fere o princípio da laicidade do Estado.

¹⁶ Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

Previsão de tal ordem, de fácil entendimento no plano abstrato, revela-se, no mais das vezes, de difícil elucidação em casos concretos de colisão entre direitos fundamentais e outros direitos sensíveis, também com assento Constitucional.

Bastaria utilizar o bom senso, cuja roupagem científica recebe o nome de *juízo de proporcionalidade*? E se, como dizia ALESSANDRO MANZONI¹⁷, o bom senso existir, mas restar escondido, por medo do senso comum?

Também FRIEDRICH MÜLLER, em 1979, demonstrava preocupação com a possibilidade da prática da “ponderação” levar a juízos subjetivos de uma justiça do caso¹⁸.

E a hipótese é factível, haja vista que o julgador, ao decidir, não se separa do complexo de formações ideológicas que habitam seu ser; ou, como denominou MICHEL PECHEUX¹⁹, não se desvencilha ele de seu “interdiscurso”. Não logra separar-se de todo aquele conjunto de experiências e impressões que já estavam lá introjetados em sua alma, antes de o caso concreto surgir. Ademais, a distinção entre o fato e o juízo de valor e entre o real e a valoração humana do real não é de fácil percepção.

Métodos e teorias não faltam para fornecer subsídios ao julgador.

Juízos de proporcionalidade²⁰, lógica do razoável²¹, interpretação zetética²², até mesmo a teoria dos jogos²³, são opções que fornecem amparo técnico a equilibrar o subjetivismo daqueles eleitos pela sociedade a apontarem qual bem deve prevalecer.

¹⁷ Escritor e poeta italiano, neto do criminalista Cesare Beccaria.

¹⁸ *Die Einheit der Verfassung*, op. cit. em LARENZ, KARL, *Metodologia da Ciência do Direito*.

¹⁹ Fundador da escola francesa da “Análise de Discurso”, a qual teoriza sobre a materialização da ideologia na linguagem.

²⁰ Modelo construtivista de racionalidade pragmática, difundido pelo jurista alemão Robert Alexy.

²¹ A lógica do razoável defende que o Direito funciona segundo a interação interna de suas práticas discursivas e a de outros sistemas da sociedade complexa. Vide SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofía Del Derecho*. 4ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, S.A.: 1970.

²² A distinção entre a zetética (conjunto de preceitos para resolver um problema ou investigar a razão de uma coisa) e a dogmática foi estabelecida pelo jurista alemão Theodor Viehweg. A doutrina foi difundida em nosso país pelo professor Tercio Sampaio Ferraz Jr.

²³ A teoria dos jogos foi desenvolvida pelo matemático suíço John Von Neumann no início do século XX. Versa a forma como agentes econômicos ou sociais definem a atuação no mercado, considerando as possíveis ações e estratégias dos demais agentes econômicos. Vide BAIRD, Douglas G., Gertner, Robert H. and Picker, Randal C., *Game Theory and the Law*. Cambridge-MA: Harvard University Press, 1998. A teoria foi aprimorada por John Nash, que incluiu variáveis de cooperação e competição nos jogos.

Apesar da miríade de soluções científicas de plantão disponíveis, verifica-se que o sistema jurídico brasileiro ainda é incipiente em relação a atributos de previsibilidade e estabilidade, qualidades essas componentes do bem intangível mais valioso de qualquer ordenamento: a segurança jurídica.

Sob outro aspecto, faz-se necessário reconhecer que o julgamento político é realidade. Não representa, porém, *per se*, algo nocivo à sociedade, eis que pode constituir mero desdobramento da “verdade consensual” preconizada por HABERMAS²⁴ e, assim, revelar-se a solução efetivamente mais benéfica para a coletividade. O importante é não haver descolamento entre o discurso interno do julgador e as razões lançadas para justificar a escolha.

Mestranda em Direito Internacional Comparado pela Universidade de Samford/EUA – Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros - Juíza Federal Substituta na 3ª Região.

*** O texto publicado não reflete necessariamente o posicionamento do IAB**

²⁴ O conceito de verdade expresso por Habermas não se refere à adequação do sistema teórico discursivo à realidade, mas ao consenso criado entre os falantes acerca da veracidade das questões problematizadas. Vide HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.