

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação em Direito

Leonardo Sette Abrantes Fioravante

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ÂMBITO DA ATIVIDADE DO SERVIDOR
PÚBLICO: (in) constitucionalidade das limitações à liberdade de pensamento e
de opinião exercidas pelo servidor público em hipótese não elencada
expressamente como dever funcional na Lei nº 8.112/1990 à luz do caso da
Covaxin**

Belo Horizonte
2022

Leonardo Sette Abrantes Fioravante

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ÂMBITO DA ATIVIDADE DO SERVIDOR
PÚBLICO: (in) constitucionalidade das limitações à liberdade de pensamento e
de opinião exercidas pelo servidor público em hipótese não elencada
expressamente como dever funcional na Lei nº 8.112/1990 à luz do caso da
Covaxin**

Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo.

Área de Concentração: Teoria do Direito.

Linha de pesquisa: Fundamentos Filosóficos do Conceito de justiça e sua Aplicação na Compreensão do Estado Democrático de Direito.

Belo Horizonte

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F518l	Fioravante, Leonardo Sette Abrantes Liberdade de expressão no âmbito da atividade do servidor público: (in) constitucionalidade das limitações à liberdade de pensamento e de opinião exercidas pelo servidor público em hipótese não elencada expressamente como dever funcional na Lei nº 8.112/1990 à luz do caso da Covaxin / Leonardo Sette Abrantes Fioravante. Belo Horizonte, 2022. 173 f. : il. Orientador: Marcelo Campos Galuppo Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito 1. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). 2. Liberdade de expressão. 3. Direitos fundamentais. 4. Servidor público - Legislação - Brasil. 5. Democracia - Brasil. 6. Pluralismo jurídico. 7. Coronavírus. 8. COVID-19. I. Galuppo, Marcelo Campos. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. CDU: 342.727
-------	---

Leonardo Sette Abrantes Fioravante

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ÂMBITO DA ATIVIDADE DO SERVIDOR
PÚBLICO: (in) constitucionalidade das limitações à liberdade de pensamento e
de opinião exercidas pelo servidor público em hipótese não elencada
expressamente como dever funcional na Lei nº 8.112/1990 à luz do caso da
Covaxin**

Tese apresentada ao Programa de Pós
Graduação em Direito da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais, como
requisito parcial para obtenção do título de
Doutor em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito.

Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Lucas de Alvarenga Gontijo – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado - UEMG (Banca Examinadora)

Dra. Electra Maria de Almeida Benevides (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 18 de outubro de 2022

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, pelo amor e pela incondicional generosidade. Por ter me dado força durante o árduo caminho que percorri para chegar até aqui e concretizar este sonho.

Aos meus pais, exemplos de profissionalismo, de integridade, de caráter e determinação, agradeço pelo amor, pelo carinho, e por não medirem esforços em prol da realização dos meus sonhos.

Aos meus irmãos, Alexandre e Gabriel, por serem meus melhores amigos, cúmplices na vivência de tantos momentos preciosos.

À minha vó Ana, a quem vejo nos meus sonhos quase todos os dias, por ter me ensinado que na vida é preciso ter fé, paciência e perseverança.

Ao meu saudoso vô Antônio, que me inspira todos os dias com sua frase “trabalhar não mata ninguém”, por todas as lições de vida e memórias afetivas.

À minha esposa, Thaiane, pela compreensão, incentivos, pelos ensinamentos e por todo amor e cumplicidade.

Ao meu filho, Pedro, que mesmo tendo apenas um ano de idade, já é fonte de sublime inspiração, com seu sorriso e simplicidade.

Aos funcionários do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, pelo companheirismo, profissionalismo e apoio de sempre.

Aos amigos e colegas do grupo de estudos da UFMG e das disciplinas cursadas no Doutorado, pelas discussões, reflexões e aprendizagens.

Ao Professor Marcelo Campos Galuppo, especialmente, agradeço por toda orientação, paciência, atenção e por acreditar que eu conseguiria. Professor, saiba que jamais esquecerei de todos os seus ensinamentos, conselhos e apoio incondicional para que eu chegasse até aqui. Marcelo é professor, é pai, é amigo e muito mais!

Por fim, a todos aqueles que, mesmo não nomeados aqui, de alguma forma, contribuíram para a elaboração deste trabalho, para o depósito desta tese de doutorado para a obtenção do título de Doutor em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, o meu sincero muito obrigado!

“[...] A Constituição de 1988, sem prejuízo de outras considerações, representou a superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder. Como reação eloquente à prática histórica da cesura política, ideológica e artística no país, o constituinte dedicou especial ênfase à liberdade de expressão – aí compreendidas a liberdade de manifestação do pensamento e de criação (art. 5, IV e IX) – e ao direito à informação (art. 5, XIV) [...]” (Luís Roberto Barroso).

BARROSO, Luís Roberto. Cigarro e liberdade de expressão. In: **Temas de Direito Constitucional**, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 647- 650.

RESUMO

Filiada à linha de pesquisa “Fundamentos Filosóficos do Conceito de Justiça e sua Aplicação na Compreensão do Estado Democrático de Direito”, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, a presente tese trata da intrínseca relação estabelecida entre liberdade de expressão e democracia, tema relacionado à filosofia, que faz parte da Teoria Geral do Direito. A liberdade de expressão é um dos direitos amplamente garantidos pelos princípios, dispositivos e jurisprudência nacional e internacional, sendo considerado parte essencial para o bom funcionamento dos sistemas democráticos nas sociedades contemporâneas. À luz dessas teorias, toma-se como objeto de estudo e análise o caso Covaxin, em que, conforme relatado na CPI de COVID 19, os irmãos, Luis Ricardo Miranda, então servidor público federal, e Luis Miranda, então, deputado federal, teriam reportado ao Presidente da República o suposto caso de irregularidades na compra da vacina Covaxin, da Bharat Biotech, tornando, além disso, públicas as informações sobre o caso. Tendo em vista que, diante de decisões em prol da defesa do direito à liberdade de expressão, existem situações ainda não enfrentadas pela Suprema Corte Brasileira, especialmente sobre a proteção ao exercício da liberdade de expressão pelo servidor público federal brasileiro, que não envolva hipótese de dever funcional elencada nos artigos 116 e 117 da Lei Federal nº 8.112/1990, interroga-se inicialmente: em que medida é constitucional a restrição à manifestação de pensamento e de opinião pelo servidor público, em hipótese não prevista como dever funcional, tendo em vista a garantia constitucional da liberdade de expressão assegurada a todas as pessoas indistintamente? Nesse sentido, o presente estudo direciona-se aos servidores públicos estatutários da Administração Pública federal brasileira, regidos pela Lei Federal nº 8.112/90, tendo em vista a existência de normatizações específicas às variadas espécies de agentes públicos, uma vez que o próprio texto constitucional confere tratamento específico para as diferentes carreiras públicas, seja de magistrado, defensor público, promotor de justiça, militares, agentes políticos, os quais não se incluem no objeto desta pesquisa. A presente pesquisa lança mão do método hipotético-dedutivo, objetivando colmatar as lacunas do problema em investigação, ciente de que o conhecimento existente acerca do assunto parece até

aqui insatisfatório. Apresenta ainda uma análise do conceito de liberdade de expressão, com o objetivo de identificar a sua correta compreensão, visando à construção de propostas reflexivas para concretizar o Estado Democrático de Direito, notadamente, a liberdade de expressão no exercício da atividade do servidor público. Sendo uma pesquisa bibliográfica, o procedimento técnico, manejado neste trabalho, foi norteado pela análise e leitura de textos especializados, compostos por uma coletânea das principais obras e artigos científicos escritos, além de pesquisas realizadas via coleta de jurisprudência, recursos que certamente atenderam às demandas investigativas. Nesse debate, por meio da exploração das bases filosóficas que justificam a proteção ao exercício da liberdade de expressão e da interpretação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto ao conteúdo e amplitude da liberdade de expressão, verifica-se que a liberdade de manifestação do pensamento e de opinião pelo servidor público deve ser plena e livre de qualquer interferência estatal, pelo menos enquanto não existir colisão com outros valores fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a honra, a imagem e a privacidade, sendo que o ordenamento jurídico assegura a responsabilização, tanto na esfera civil quanto no âmbito penal, quando configurado o exercício abusivo desse direito.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Supremo Tribunal Federal. Servidor Público. Dever funcional. Democracia. Pluralismo.

ABSTRACT

Affiliated to the research line “Philosophical Foundations of the Concept of Justice and its Application in the Understanding of the Democratic State of Law”, from the Pontifical Catholic University of Minas Gerais, this thesis deals with the intrinsic relationship established between freedom of expression and democracy, a theme related to the philosophy, which is part of the General Theory of Law. Freedom of expression is one of the rights widely guaranteed by national and international principles, provisions and jurisprudence, being considered an essential part for the proper functioning of democratic systems in contemporary societies. In the light of these theories, the Covaxin case is taken as an object of study and analysis, in which, as reported in the CPI of COVID 19, the brothers, Luis Ricardo Miranda, then federal public servant, and Luis Miranda, then federal deputy, would have reported to the President of the Republic the alleged case of irregularities in the purchase of the Covaxin vaccine, from Bharat Biotech, also making the information about the case public. Considering that in the face of decisions in favor of defending the right to freedom of expression, there are situations not yet faced by the Brazilian Supreme Court, especially regarding the protection of the exercise of freedom of expression by the Brazilian federal public servant that does not involve a hypothesis of functional duty listed in articles 116 and 117 of Federal Law No. 8.1128/1990, it is initially questioned: to what extent is the restriction on the expression of thought and opinion by the public servant, in a hypothesis not foreseen as a functional duty, in view of the constitutional guarantee of freedom of expression guaranteed to all people without distinction? In this sense, the present study is directed to statutory public servants of the Brazilian federal Public Administration, governed by Federal Law No. provides specific treatment for the different public careers, whether of magistrate, public defender, prosecutor, military, political agents, which are not included in the object of this research. The present research makes use of the hypothetical-deductive method, aiming to fill the gaps of the problem under investigation, aware that the existing knowledge on the subject seems so far unsatisfactory. It also presents an analysis of the concept of freedom of expression, with the objective of identifying its correct understanding, aiming at the construction of reflective proposals to materialize the Democratic State of Law, notably, freedom of expression in the exercise of the activity of the public servant. Being a

bibliographic research, the technical procedure handled in this work was guided by the analysis and reading of specialized texts, composed of a collection of the main works and scientific articles written, in addition to research carried out through the collection of jurisprudence, resources that certainly met the investigative demands. In this debate, through the exploration of the philosophical bases that justify the protection of the exercise of freedom of expression and the interpretation of the jurisprudence of the Federal Supreme Court, regarding the content and breadth of freedom of expression, it appears that the freedom of expression of thought and opinion by the public servant must be full and free from any state interference, at least as long as there is no collision with other fundamental values, such as human dignity, honor, image and privacy, and the legal system ensures the accountability, both in the civil sphere and in the criminal sphere, when the abusive exercise of this right is configured.

Keywords: freedom of expression; Federal Court of Justice; Public server; functional duty; Democracy; Pluralism.

Lista de Quadros

QUADRO 1 - Fundamentos constitucionais suscitados em favor de uma <i>fairness doctrine</i> no ordenamento brasileiro.....	p. 92
---	-------

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	–	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH	–	Convenção Americana de Direitos Humanos
CEDH	–	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CF	–	Constituição Federal do Brasil
COVID	–	Corona Vírus Disease
CPI	–	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPB	–	Código Penal Brasileiro
EUA	–	Estados Unidos da América
PUC	–	Pontifícia Universidade Católica
PRH	–	Práticas de Recursos Humanos
SINAIT	–	Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais do Trabalho
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
STF	–	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	FUNDAMENTOS TEÓRICOS, POLÍTICOS E MORAIS DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	17
2.1	Liberdade negativa e positiva segundo Isaiah Berlin	25
2.2	Formas discursiva (verbal) e não discursiva (não verbal) do direito à liberdade de expressão	50
2.3	Teorias da liberdade de expressão	50
2.3.1	<i>O contrato social</i>	51
2.3.2	<i>A busca da verdade</i>	64
2.3.3	<i>A democracia</i>	74
2.3.4	<i>o argumento da autonomia</i>	79
2.3.5	<i>o argumento constitutivo</i>	87
3	LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DEMOCRACIA E PLURALISMO, NO ÂMBITO COMUNICATIVO	88
3.1	Democracia, Pluralismo e Liberdade de Expressão no Ordenamento Brasileiro	93
3.2	Fundamentos teóricos da limitação ao direito à liberdade de expressão a partir da compreensão das restrições aos direitos fundamentais	96
3.2.1	<i>Teoria externa</i>	98
3.2.2	<i>Teoria interna</i>	102
4	LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ÂMBITO DOS SERVIDORES PÚBLICOS	107
4.1	Agentes públicos e servidores públicos	108
4.2	Limitações ao exercício de direitos fundamentais do servidor público a partir do vínculo funcional com a Administração Pública	114

4.3	A responsabilidade do servidor público e o exercício da liberdade de expressão no âmbito da vida privada	133
4.3.1	<i>Princípio da legalidade administrativa</i>	134
4.3.2	<i>Princípio da impessoalidade</i>	136
4.3.3	<i>Princípio da moralidade administrativa</i>	139
4.3.4	<i>Dever de lealdade funcional do servidor público</i>	142
4.3.5	<i>O bom nome e a reputação da Administração Pública</i>	143
4.3.6	<i>Princípio da proporcionalidade</i>	146
5	Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia: o caso <i>Covaxin</i> e o exercício da liberdade de expressão do servidor público federal	149
5.1	Histórico do relatório publicado no site oficial do Senado Federal sobre a compra do imunizante Covaxin	151
5.2	Depoimento do servidor público Luis Ricardo Miranda.	154
6	CONCLUSÃO	158
	REFERÊNCIAS	161

1 INTRODUÇÃO

Os seres humanos estão ligados ao Estado em sua base de formação, seja em prol da segurança, seja para que tenham asseguradas as suas liberdades. Contudo, torna-se paradoxal o fato de o mesmo Estado que diz proteger, também carecer de proteção, o que abre espaço para amplas e profundas reflexões.

Os meios pelos quais os órgãos institucionalizados do Estado e da Sociedade Civil se desenvolvem, legitimam a maneira pela qual cada indivíduo deles participa, o que remete ao direito à livre manifestação de pensamento, de opinião, de comunicação e de informação.

De acordo com as teorias filosóficas, ligadas à Teoria Geral do Direito, a liberdade de expressão é um dos direitos amplamente garantidos pelos princípios, dispositivos e jurisprudência nacionais e internacionais, sendo considerado essencial para o bom funcionamento dos sistemas democráticos, nas sociedades contemporâneas.

Em relação aos sistemas democráticos, é importante ressaltar que a democratização é pensada, nesta pesquisa, sob as perspectivas quantitativa e, mais especialmente, qualitativa. Isso porque, por meio de um estudo sistematizado da liberdade de expressão, envolvendo seu conceito, sua abrangência, suas origens, seu desenvolvimento e suas consequências - especialmente no que tange a sua interligação com as atividades dos servidores públicos -, torna-se viável a compressão da constitucionalidade e dos limites à correta aplicação no âmbito da utilização da liberdade de expressão pelos referidos agentes públicos.

Tendo em vista que, mesmo diante de decisões em prol da defesa do direito à liberdade de expressão, existem situações ainda não enfrentadas pela Suprema Corte, especialmente sobre a proteção ao exercício da liberdade de expressão pelo servidor público federal brasileiro, que não envolva hipótese de dever funcional elencada nos artigos 116 e 117 da Lei Federal nº 8.112/1990, esta tese visa à reflexão sobre o direito à liberdade de expressão a partir de um caso concreto, ocorrido em 2021.

Nesse sentido, no presente estudo, o direito à liberdade de expressão será confrontado por meio da análise do caso envolvendo a CPI da Pandemia de COVID 19, em que, conforme relatado na própria CPI, Luis Ricardo Miranda, servidor

concursado do Ministério da Saúde, juntamente com seu irmão, o deputado federal Luis Miranda, teriam levado ao conhecimento de autoridade competente, no caso, o Presidente da República, a informação de suspeitas de irregularidades na compra da vacina Covaxin, da Bharat Biotech, tornando, além disso, públicas as informações sobre o caso.

De acordo com o inciso VI, do artigo 116, da mencionada legislação, é dever do servidor público levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo. Então, num primeiro momento, sem adentrar no mérito do caso, é possível inferir a hipótese de que o referido servidor e seu irmão tenham atuado com amparo do dever funcional. O que, por tal razão, descabe a análise da liberdade de expressão, visto que ninguém é livre para dizer ou fazer algo para o que não tem alternativa.

Ocorre que, além de, supostamente, conforme relato, ter reportado as irregularidades à autoridade superior, em questão, o servidor público também fez tornar pública a informação obtida em razão do exercício do cargo público, hipótese não elencada como dever funcional.

Diante disso, interroga-se inicialmente: Em que medida é constitucional a restrição à manifestação de pensamento e de opinião pelo servidor público em hipótese não prevista como dever funcional, tendo em vista a garantia constitucional da liberdade de expressão assegurada a todas as pessoas indistintamente?

A fim de responder ao questionamento investigativo supracitado, definem-se os seguintes objetivos, geral e específico, respectivamente:

- a) Propor uma reflexão sobre o conceito de liberdade de expressão, por meio de uma revisão de literatura, tendo como foco a promoção da dialogicidade teórica.
- b) Refletir sobre a aplicabilidade do conceito de liberdade de expressão no âmbito do exercício atividades do funcionalismo público, a partir do caso Covaxin, ocorrido em 2021 – sendo essa a particularidade da tese que, de forma específica, objetiva a investigar a conceituação e a aplicação do conceito de liberdade de expressão em hipótese não elencada como dever funcional.

Mais especificamente, o presente estudo direciona-se aos servidores públicos estatutários da Administração Pública Federal Brasileira, regidos pela Lei Federal nº 8.112/90, tendo em vista a existência de normatizações específicas às variadas espécies de agentes públicos, uma vez que o próprio texto constitucional confere tratamento específico para as diferentes carreiras públicas, seja de magistrado, defensor público, promotor de justiça, militares ou agentes políticos.

Inúmeras são as questões envolvendo o direito à liberdade de expressão na seara dos servidores públicos, e a investigação sobre o tema somente se torna possível no âmbito da Teoria do Direito, uma vez que o instrumental técnico do Direito Administrativo é insuficiente e inapropriado, visto que, usualmente, não engloba o estudo e a aplicação de temáticas pertinentes à Teoria do Direito, como, por exemplo, o aprofundamento na compreensão do direito à liberdade de expressão. E, mais, os notórios reflexos da globalização - manifestados, dentre outros aspectos, na intensificação dos meios de comunicação e informação - potencializaram o surgimento de problemas de toda ordem, impondo novos desafios para o desenvolvimento de propostas apropriadas para compatibilização da liberdade de expressão pelos servidores públicos.

A relevância desta pesquisa se dá em três âmbitos: jurídico, acadêmico e socioeconômico. No âmbito jurídico, a relevância constitui-se pelo fato do tema relacionar-se intimamente com a Teoria do Direito, considerando a análise de diferentes institutos jurídicos.

Quanto à esfera acadêmica, a pesquisa apresenta um tema adequado para uma tese de doutorado, por colocar o pesquisador frente a uma temática inédita, sendo fundamental o estudo da liberdade de expressão para construção de propostas relativas tanto a formas de pensar, como de concretizar o Estado Democrático de Direito e, notadamente, para a correta aplicação de tal direito na seara dos servidores públicos.

Por fim, no que diz respeito ao campo socioeconômico, trata-se de um tema que se refere a questões diretamente relacionadas ao desenvolvimento social, por envolver suspeita de desvio de verbas públicas.

Salienta-se, então, a seriedade da temática, visto que não há estudos amplos sobre a problemática ora proposta, sendo certo, ainda, a total pertinência com a linha de pesquisa “Fundamentos Filosóficos do Conceito de Justiça e sua Aplicação na

Compreensão do Estado Democrático de Direito”, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Considerando as diferentes vertentes referentes à noção de liberdade de expressão, o marco teórico desta pesquisa baseia-se no desenvolvimento do conceito de liberdade de expressão. Serão referenciadas, como ponto de partida, as teorias adotadas por John Stuart Mill e John Hart Ely, nas obras *On Liberty* e *Democracy and Distrust*, respectivamente.

Visando a sistematizar a compreensão sobre o tema geral, são utilizadas ainda, como suporte, a classificação elaborada por Michel Rosenfeld, de que ao longo da história foram desenvolvidos quatro diferentes argumentos para justificar o direito à liberdade de expressão sendo: o contrato social, a busca da verdade, a democracia e a autonomia individual.

Essa é a base teórica que fundamenta a pesquisa, por meio da qual, ressalta-se a necessidade de se estabelecer parâmetros para uma compreensão sistematizada da liberdade de expressão na sociedade atual, de modo a melhor organizar e aprimorar a sua utilização no âmbito jurisdicional e, em última análise, visando à garantia da efetivação de um acesso democrático à justiça.

Para viabilizar a realização da pesquisa, utilizou-se o método exploratório, de forma que o objeto foi estudado por meio de revisão crítica de literatura, envolvendo capítulos teóricos, artigos acadêmicos e legislações.

Quanto ao tipo de investigação, foi aplicado o histórico-jurídico, uma vez que foi analisada a evolução de determinado instituto jurídico, a Teoria do Direito, pela compatibilização de espaço e tempo. É importante ressaltar que o fenômeno histórico-jurídico está inserido em redes socioculturais dinâmicas, contraditórias e cada vez mais complexas, o que é observado na análise das teorias do direito.

Por fim, foram utilizadas fontes diversas quanto ao seu tipo, como fontes diretas e primárias (normas referentes à liberdade de expressão e literaturas especializadas no tema), e indiretas (obras no campo da Psicologia, da Ciência Política, da Teoria Geral do Estado e da Antropologia), tendo em vista a forte conexão destas com o tema principal.

Para finalizar a apresentação da metodologia de pesquisa, destaca-se o estudo epistemológico realizado, uma vez que a epistemologia é uma área da filosofia que se ocupa do conhecimento humano.

A pesquisa busca investigar a intrínseca relação estabelecida entre a liberdade de expressão e a democracia, sendo necessário averiguar a validade e a compatibilização da liberdade de expressão ao ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, pretende-se, quiçá, servir como fundamentação para construir uma nova sistematização no âmbito da atividade do servidor público, pautada em uma nova interpretação de tal direito fundamental.

Para melhor organização e apresentação do estudo, a tese foi dividida nas seguintes partes, além deste capítulo introdutório, no qual buscou-se delinear a problemática e apresentar o objeto de estudo e a fundamentação teórico-metodológica da abordagem: Capítulo 2, intitulado **Fundamentos teóricos, políticos e morais do direito à liberdade de expressão**, que apresenta uma análise dos fundamentos teóricos, políticos e morais relativos ao direito fundamental e à liberdade de expressão; capítulo 3, intitulado **Liberdade de expressão, democracia e pluralismos, no âmbito comunicativo**, no qual são analisados a liberdade de expressão, a democracia e o pluralismo no âmbito comunicativo; capítulo 4, intitulado **Liberdade de expressão no âmbito dos servidores públicos**, cujo tema é a liberdade de expressão no âmbito do funcionalismo público; capítulo 5, intitulado **Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia: o caso *Covaxin* e o exercício da liberdade de expressão do servidor público federal**, que apresenta o estudo do caso *Covaxin*, ocorrido em 2021, e propõe reflexões acerca do exercício da liberdade de expressão do servidor público federal, por meio da análise dos documentos que integram a Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia; por fim, apresenta-se, no capítulo 6, a conclusão, com uma análise crítica dos resultados.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS, POLÍTICOS E MORAIS DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Quando pergunto [...] “O que é justiça?” “A justiça é objetiva e absoluta?” ou ainda “Como ter certeza que tal ação é justa?”, não existe à mão nenhum método óbvio de esclarecer estas questões. Uma das marcas mais seguras de uma pergunta filosófica – pois é isso que todas estas perguntas são – é que nos sentimos perplexos desde o início, que não há nenhuma técnica automática, nenhum conhecimento especializado universalmente reconhecido para tratar dessas questões. Isaiah Berlin em Ainda Existe a Teoria Política?¹

O tema da liberdade é de suma importância para a teoria política contemporânea². Defende-se que a compreensão do conceito de liberdade é capaz de organizar sistemas teóricos e de embasar propostas para a vida em sociedades contemporâneas e plurais. Assim, pensar o debate teórico acerca da liberdade é pensar questões fundamentais para a teoria política.

Sobre a importância do conceito de liberdade, afirma Isaiah Berlin:

Quando perguntamos por que um homem deve obedecer, estamos pedindo explicação do que é normativo em noções como autoridade, soberania, liberdade e a justificação de sua validade em argumentos políticos. Essas são palavras em nome das quais ordens são dadas, homens são coagidos, guerras são travadas, novas sociedades são criadas e antigas destruídas – expressões que continuam a desempenhar um grande papel em nossas vidas hoje em dia.³

Consistindo num direito fundamental presente na Constituição de 1988, a liberdade de expressão possui uma grande extensão quanto ao seu significado, sendo elemento base para outros diversos direitos e garantias, como o direito à informação e à liberdade de imprensa.

Em termos conceituais, a liberdade de expressão pode ser entendida como:

¹ BERLIN, Isaiah. “Ainda existe a teoria política?”. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a.

² A mencionada afirmação pode ser confirmada por meio de uma rápida pesquisa em periódicos e livros do campo da ciência política, tais como: John Dryzek; Bonnie Honig; Anne Phillips (orgs). **The oxford hand book to political theory**. Oxford Press, 2006; GOODIN, Robert E.; PHILLIP, Pettit (Orgs). A companion to contemporary political philosophy. Blackwell companions to Philosophy. 1995 ou Jonathan Wolff e Michel Rosen. **Political Thought**. Oxford Readers, 1999.

³ BERLIN, Isaiah. “Two Concepts Of Liberty,” in **Four Essays on Liberty** (Oxford, England: Oxford University Press, 1969. p.105.

Direito de expressar as suas idéias e opiniões livremente através da fala, da escrita e outras formas de comunicação, mas sem causar deliberadamente danos a outrem em seu caráter e/ou reputação, por meio de falsas ou enganosas declarações. A liberdade de imprensa é parte da liberdade de expressão.⁴

Guillaume Lécuyer⁵ aborda a definição do direito à liberdade de expressão, tomando por base a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos e de que sua relativização deve ser apreendida como um limite normativo, explícita ou implicitamente, quando de sua aplicação:

A definição do conteúdo da liberdade de expressão permite fixar os limites que lhes são inerentes. O que importa dois aspectos. De um ponto de vista científico, o conceito determina os elementos sobre os quais se apoia a reflexão trazida sobre os limites impostos a essa liberdade pelas regras da responsabilidade. De outro, de um ponto de vista positivo, no bojo da hipótese da proteção de sua fundamentabilidade, seria preciso entender seu impacto [...]. Expressar-se consiste em enviar ao mundo exterior uma mensagem qualquer, pouco importando sua qualidade ou conteúdo. Portanto, objeto da liberdade de expressão é um conteúdo imaterial, portador de sentido, cujas informações ou opiniões são das mais variadas formas. (Tradução nossa).⁶

As conclusões acima podem ser extraídas dos diversos conceitos de liberdade de expressão que foram objeto de normatização, consoante a contextualização histórica apresentada a seguir.

Destaca-se que a importância da liberdade de expressão já era preconizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Tal documento, desde o ano de 1789, dispõe que “a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente [...]”⁷.

⁴ LAW, Jonathan. **A dictionary of business and management** (Oxford Quick Reference). Apr 18, 2016.

⁵ LÉCUYER, Guillaume. **Liberté d'expression et responsabilité**. Nouvelle Bibliothèque de Thèse. Paris/França: Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 2004. v. 56.

⁶ La définition du contenu de la liberté d'expression permet de déterminer les limites qui lui sont apportée. Cela importe doublement. D'un point de vue scientifique, la définition détermine les éléments sur lesquels doit s'appuyer la réflexion portant sur les limites apportées à cette liberté par les règles de responsabilité. En outre, d'un point de vue positif, dans l'hypothèse d'une protection de la fondamentale, elle devrait préciser l'entendue de son rayonnement. [...] S'exprimer consiste à envoyer au monde extérieur un message quelconque, peu importe sa qualité ou son importance. L'objet de la liberté d'expression est donc un contenu immatériel, porteur de sens, dont l'information ou l'opinion ne sont que des variétés.

⁷ FRANÇA. Declaração de Direitos dos Homens e do Cidadão. In: **Textos básicos sobre derechos humanos**. Trad. Marcus Cláudio Acqua Viva. Madrid: Universidad Complutense, 1973. n. p.

A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, no ano de 1791, estabeleceu que “o congresso não deverá promulgar qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa [...]”.⁸

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, previu, em seu artigo 19, que “todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.⁹

Ainda no diapasão da positivação deste direito, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)¹⁰, de 1950, ao tratar da liberdade de pensamento, consciência e de religião, previu em seu art. 9º o direito a qualquer pessoa à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, bem como a sua manifestação. Ademais, a referida convenção define, da seguinte forma, a liberdade de expressão:

Art. 9º (Liberdade de pensamento, de consciência e de religião)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

Art 10. (Liberdade de expressão)

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito inclui a liberdade de ter opiniões e de receber e transmitir informações e ideias sem interferência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. Este artigo não impede que os Estados submetam o licenciamento de empresas de radiodifusão, televisão ou cinema.

2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências

⁸ USA. First Amendment – **US Constitution**. Disponível em: <<http://constitution.findlaw.com/amendment1.htm>>. 1791. Acesso em: 17 maio 2022.

⁹ ONU, Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 217 (III Sessão) A (Paris, 1948). Disponível em: <https://ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations_por.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2022.

¹⁰ CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2022.

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 protecção da saúde ou da moral, a protecção 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.¹¹

Apesar do Brasil não estar vinculado aos ditames dessa Convenção, ela também serve como parâmetro para a demonstração da tendência mundial de proteção à liberdade de expressão. Da leitura dos citados artigos, verifica-se que, via de regra, foi vetada a restrição a esse direito, exceto se necessário à manutenção de uma sociedade democrática para a proteção à segurança pública, à ordem, à saúde e à moral pública ou aos direitos e liberdades de outrem.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, declarou em seu artigo 19 que

toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.¹²

A liberdade de expressão também foi garantida no direito constitucional da maioria dos países europeus, seguindo o modelo francês, a exemplo da experiência portuguesa, com previsão expressa no artigo 37º da Constituição da República Portuguesa.¹³

Seguindo o panorama de proteção ao direito fundamental à liberdade de expressão, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, declarou em seu artigo 5º, incisos IV e IX, e em seu artigo 220, que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; “é livre a expressão da atividade intelectual,

¹¹OEA. European Convention on Human Rights. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma, 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2022.

¹²ONU, Assembleia Geral. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. XXI Sessão. Nova Iorque, 1966. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>. Acesso em: 12 jun. 2022.

¹³art. 37º CRP: “1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura. 3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei. 4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos”. Disponível em: <http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=842630>. Acesso em: 25 jun. 2022.

artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; “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”.¹⁴

O Brasil também ratificou os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, que no art. 13, ao tratar da liberdade de pensamento e de expressão, estendeu a todas as pessoas o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Essa Convenção rejeitou expressamente a censura prévia, assegurando, contudo, a posterior responsabilização, com o fito de assegurar o respeito aos demais direitos, além da proteção à segurança nacional, à ordem pública, ou à saúde e à moral públicas. Proibiu, ainda, a restrição à liberdade de expressão por vias ou meios indiretos, e autorizou a restrição desse direito no caso de apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Verifica-se que, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América e em outros países, a liberdade de expressão ocupa uma posição de grande destaque no sistema constitucional brasileiro. Segundo afirma Rui Barbosa, “de todas as liberdades, a do pensamento é a maior e a mais alta. Dela decorrem todas as demais. Sem ela todas as demais deixam mutilada a personalidade humana, asfixiada a sociedade”.¹⁵

O conjunto desses direitos evidencia que a liberdade de expressão possui duas facetas principais no ordenamento pátrio: a que assegura a liberdade de expressão do pensamento e a que assegura o direito dos demais indivíduos de receber, sob qualquer forma ou veículo, a manifestação do pensamento de outrem.

Verifica-se, portanto, que a liberdade de expressão constitui um direito fundamental¹⁶ assegurado tanto pelo texto constitucional brasileiro, quanto pelas

¹⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2022.

¹⁵BARBOSA, Rui. **República teoria e prática**: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana. Petrópolis: Vozes; Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. p. 100.

¹⁶Nas palavras do mestre português, José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: “(1) *constituem, num plano jurídico- objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo*

normas infralegais, sendo bastante consolidado nos sistemas jurídicos dos Estados Democráticos de Direito, imbuídos por princípios que visam a conferir aos cidadãos direitos e garantias fundamentais, assim como limitar o poder do Estado.

Salientando a importância da liberdade de expressão, principalmente para a manutenção de uma sociedade democrática, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, no julgamento da ADI 4.451, sob sua relatoria, consignou o seguinte:

A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. [...].¹⁷

Apesar da liberdade de expressão encontrar ampla proteção jurídica, principalmente nos países ocidentais, constantemente, presencia-se situações que parecem confrontar com essa importante franquia constitucional. A título de exemplo, cita-se o caso, ocorrido em 2021, envolvendo a CPI da Pandemia COVID 19, em que Luis Ricardo Miranda, servidor concursado do Ministério da Saúde, juntamente com seu irmão, o deputado Luis Miranda, levou ao conhecimento da autoridade competente a informação de suspeitas de irregularidades na compra da vacina Covaxin, da Bharat Biotech, tornando, além disso, públicas as informações.

De acordo com o inciso VI do artigo 116, da mencionada legislação, é dever do servidor público levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo. Então, num primeiro momento, sem adentrar no mérito do caso, é possível inferir que o referido servidor, juntamente com o seu irmão,

*fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). Assim, por ex., o art. 37 da CRP garante subjectivamente: (a) direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (liberdade positiva); (b) direito de a liberdade de expressão e informação ser feita sem impedimentos ou discriminações por parte dos poderes públicos (liberdade negativa). Além disso, impõe-se objectivamente aos poderes públicos a proibição de qualquer tipo ou forma de censura (Art. 37º/2).” (In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 407-408).*

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.451/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília. Julgado em 21 jun. 2018. **Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 6 mar. 2019**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

tenha atuado com amparo no dever funcional e, por essa razão, descabe a análise da liberdade de expressão, visto que ninguém é livre para dizer ou fazer algo para o que não tem alternativa.

É nesse contexto que o tema ganha relevância social, política e jurídica, sendo que, para percorrer o objetivo do estudo proposto nesta tese de doutorado, mostra-se relevante a compreensão dos estudos desenvolvidos pela tradição político-filosófica liberal, desenvolvida desde a obra *On Liberty*, de John Stuart Mill¹⁸, e posteriormente tratada por Ronald Dworkin¹⁹, entre outros estudiosos, tendo em vista ser a responsável pelo estudo teórico de alguns dos mais relevantes fundamentos político-morais do direito à liberdade de expressão. Essa tradição tem demonstrado grande apreço pela impossibilidade de imposição de limites ao exercício do direito à liberdade de expressão, senão quando esta implicar efetiva violência.

A despeito de, numa rápida análise, ser possível destacar o conceito de liberdade como essencial ao pensamento político contemporâneo, fato é que entender o debate em torno desse tema não é exatamente uma tarefa simples. Isso porque a definição de liberdade, assim como muitos outros temas e conceitos importantes para a teoria política, possui diferentes significados e tem sido objeto de divergência teórica entre diferentes estudiosos.

Nesse aspecto, torna-se importante o aprofundamento e o domínio das teorias filosóficas e sociológicas, de modo a não só compreender conceitos, origens e atributos da liberdade de expressão, mas também a aplicar tais conceitos e, ao confrontar-se com a conjuntura contemporânea de utilização de tal direito, no âmbito da atividade do servidor público, ser possível averiguar em que medida é in(constitucional) a imposição de limitações à liberdade de pensamento e de opiniões exercidas fora das atribuições do cargo público. E, com isso, pensar em soluções práticas que, respaldadas em tais teorias, possam contribuir com a aplicabilidade da liberdade de expressão em tal contexto.

Não restam dúvidas sobre a importância da investigação desses parâmetros teóricos tanto para que haja melhor compreensão dos atuais caminhos conduzidos na utilização da liberdade de expressão, no recorte contextual selecionado para este estudo, quanto para que, ao final, haja um despertar para novo tratamento à matéria.

¹⁸MILL, John Stuart. **On Liberty**. [s.l.]: Cosimo Classic, 2005.

¹⁹DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão Fernando dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Destarte, tendo como base o entendimento dos espeques teóricos da origem, da exteriorização e dos limites do uso da liberdade de expressão, os envolvidos na utilização de informações oriundas do exercício do cargo público fora das suas atribuições, seguramente, serão qualificados como sujeitos com maior substrato e maiores técnicas das problemáticas que lhe serão submetidas.

Cumprе ressaltar que o objetivo do presente capítulo não é fazer uma história dos diferentes significados do termo liberdade, mas sim realizar uma discussão no campo da teoria política, tendo em vista que esta tese se insere no campo da Teoria Política Normativa e tem como tema o estudo do debate sobre o conceito de liberdade de expressão e a sua aplicabilidade no âmbito do exercício das atividades dos servidores públicos.

Duas questões frequentes na discussão sobre a liberdade são: A diferenciação, muitas vezes controversa, entre liberdade negativa e liberdade positiva, e os diferentes argumentos que se prestam a justificar o direito à liberdade de expressão.

No que tange ao estudo da liberdade negativa e positiva, tal distinção ora se revela como um tema de acirrada disputa entre teóricos, ora se apresenta apenas como pano de fundo para as suas posições; mas o fato é que adentrar no debate contemporâneo sobre a liberdade passa pela diferença entre uma definição positiva e uma definição negativa de liberdade.

Nesse sentido, propõe-se, no tópico seguinte, analisar os conceitos de *liberdade como não interferência*, de Isaiah Berlin²⁰ e de *liberdade como não dominação*, de Philip Pettit²¹. Além disso, analisa-se também a ideia de *liberdade construtivista*, de Nancy J. Hirschmann²², visando, assim, a uma melhor compreensão do conceito de liberdade de expressão.

Após a análise dos conceitos de liberdade, no tópico subsequente, são abordados os quatro diferentes argumentos que se prestam para justificar o direito à liberdade de expressão, tomando por base a classificação adotada por Michel Rosenfeld²³, quais sejam: o contrato social, a busca da verdade, a democracia e a

²⁰DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão Fernando dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²¹PETTIT, Philip. **Republicanismo**: una teoria sobre la libertad y el gobierno. Barcelona: Paidós, 1999.

²²HIRSCHMANN, Nancy J. **The subject of liberty**: toward a feminist theory of freedom. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2003.

²³ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. *Pensamiento Constitucional. Cardozo Law Review*. Año XI, n. 11, p. 164, abr. 2003.

autonomia individual.²⁴ Essa classificação também coincide muito com aquela proposta por Frederick Schauer, em sua obra *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982).²⁵

Salienta-se que esta tese se propõe a pensar sobre o tema da liberdade e, para isso, mobiliza diferentes autores, tendo como foco a promoção da dialogicidade entre constructos teóricos diversos. Portanto, este não é um estudo que se pretende alinhar ao discurso “liberal” ou “republicano” ou “feminista”. Trata-se, assim, de uma tese de teoria política normativa, que tem a pretensão de colocar em diálogo teorias diversas sobre um mesmo tema.

Ademais, não se objetiva oferecer uma versão completa desse diálogo, mas sim indicar possibilidades de comunicação entre as diferentes construções teóricas, para então ampliar o entendimento sobre o que é ser livre.

Considerando os pressupostos estabelecidos acima, passa-se a analisar os aspectos pertinentes à liberdade de expressão, iniciando-se pela compreensão do conceito de liberdade, observado o atual contexto social e o ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Liberdade negativa e positiva segundo Isaiah Berlin

É pública e notória a dificuldade enfrentada pelos teóricos para perscrutar o conteúdo e o alcance da liberdade, quer porque envolve, sobremaneira, bases filosóficas, quer porque o seu sentido epistemológico evolui a partir do contexto sociohistórico e político, respondendo às exigências de determinados grupos sociais e da própria sociedade, em determinada época.²⁶

Ao preconizar a historicidade dos direitos humanos, Norberto Bobbio²⁷ asseverou que os direitos humanos constituem uma classe variável, como a história desses últimos séculos demonstra suficientemente²⁸. Isso significa que, assim como

²⁴PETTIT, Philip. **Republicanism**: una teoria sobre la libertad y el gobierno. Barcelona: Paidós, 1999. p. 163.

²⁵SCHAUER, Frederick. **Free Speech**: a Philosophical Enquiry. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

²⁶BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18.

²⁷BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18.

²⁸Nas lições do autor “O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes

o direito fundamental à liberdade continua evoluindo a partir das mutações das condições históricas, também o seu estudo não pode estar dissociado das transformações históricas, econômicas, políticas e sociais que o engendram.

A par disso, antes de adentrar na análise do conceito e das teorias sobre liberdade de expressão, pretende-se compreender o significado do vocábulo liberdade, termo fundamental ao vocabulário político do mundo contemporâneo. Tal empreitada se faz, no entanto, despida de qualquer pretensão de esgotar tema tão profícuo à seara da metafísica, porquanto o propósito, neste capítulo, é muito mais modesto, cingindo-se trazer ao debate a heterogeneidade conceitual da liberdade, sendo certa ainda a difícil tarefa de formulação conceitual.

Para tanto, adota-se como ponto de partida a afirmação de Hannah Arendt²⁹, que em seu ensaio “*What is freedom?*”, destaca a angústia do humano contemporâneo que pensa a liberdade. Nas lições da mencionada autora, é como se

contradições e antinomias muito antigas estivessem espreitando a mente para forçá-la em dilemas de impossibilidade lógica de forma que, dependendo a que aspecto do dilema você se apegar, torna-se tão impossível conceber a liberdade ou seu oposto quanto entender a noção de um círculo quadrado. (Tradução nossa)³⁰

Na tentativa de investigar o significado original de liberdade, Hannah Arendt volta-se para a *pólis grega* e *res publica* romana, concluindo que a liberdade era entendida como ato da criação, da invenção do que é novo, ou seja, o movimento exato que traz à existência aquilo que não existe.³¹

do poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable* foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas.” (In: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18).

²⁹ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**. New York: The Viking Press, 1961. p. 151.

³⁰Trata-se de tradução nossa, sendo no original: “It is as though age-old contradictions and antinomies were lying in wait to force the mind into dilemmas of logical impossibility so that, depending which horn of the dilemma are you on holding to, it becomes as impossible to conceive of freedom or its opposite as it is to realize the notion of a square circle”. (ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**. New York: The Viking Press, 1961. p. 143).

³¹“The freedom to call something into being which did not exist before, which was not given, not even as an object of cognition or imagination, and which therefore, strictly speaking, could not be known.” (ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**. New York: The Viking Press, 1961. p. 151.)

A autora afirma, ainda, que Platão daria um destaque mais poético ao termo, apontando que “o começo é como um deus que enquanto reside entre os homens salva tudo”.³²

Verifica-se, portanto, que nesse contexto a liberdade pode ser entendida como uma condição para realização das ações criadoras, sendo equacionada a elas, tendo em vista que agir politicamente é ser livre.

A liberdade grega era realizada e atualizada por meio da ação, ao mostrar que um ser pode agir mediante as incertezas e as oportunidades do futuro. Desse modo, a liberdade seria não um poder que se possui, mas uma conjuntura que é notável quando ela é criada, como efeito de uma ação política.

O exercício político, por sua vez, pode ser visto como resultado da deliberação de um ser no mundo entre outros seres no universo, o que pressupõe que o ser humano necessita reconhecer a si mesmo como parte de uma comunidade, onde ele possa interagir com outros seres humanos por meio da linguagem e da ação, ou seja, mediante o rompimento do que se repete no cotidiano através da criação do novo.

Cumprе salientar que o “reino do político”, ao qual se reporta Hannah Arendt, é um mundo diferente, constituindo uma espécie de palco, “espaço público-político” em que cidadãos se reúnem, podendo “apresentar suas diferentes perspectivas sobre o mundo comum entre eles”³³. É, portanto, um espaço de relações, a exemplo da ágora grega, e que se diferencia pelo destacamento em relação ao “mundo da necessidade”, de modo que um ser livre é desimpedido de várias restrições que a vida cotidiana lhe impõe como exigências para a sobrevivência.

Ressalta-se, também, que o “desimpedimento” não é suficiente para tornar o ser humano livre, sendo necessária a situação relacional, no “palco” do reino político, com base em um conjunto de relações interpessoais.

Partindo desses pressupostos, pode-se inferir, a título de exemplo, que nas relações domésticas e nas sociedades tribais não existe liberdade em sentido grego, haja vista a ausência de política nesses tipos de vida. Hannah Arendt assinala que “onde os homens vivem juntos, mas não formam um corpo político”, tem-se que “os fatores que comandam suas ações e condutas não são liberdade, mas as

³²Tradução nossa, sendo no original: “The beginning is like a god which as long as it dwells among men saves all things” (ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**. New York: The Viking Press, 1961. p. 18.)

³³ZILIO, Lara Bethânia. **O agonismo no pensamento político de Hannah Arendt**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, 2014. p. 29.

necessidades da vida e a preocupação por sua preservação”. Para que a liberdade tenha “realidade no mundo” é preciso que o mundo dos homens se torne “cenário para ação e discurso”.³⁴

Acrescenta-se que a liberdade, para Hannah Arendt, não é uma característica da vontade ou do intelecto humano, mas uma questão de “princípios”. “O objetivo de uma ação varia e depende de acordo com as circunstâncias mutáveis do mundo”, afirma ela e, além disso, “reconhecer o objetivo não é uma questão de liberdade, mas uma questão de julgamento certo ou errado”.³⁵

Dessa forma, a liberdade se realiza no mundo quando princípios, como honra, glória, amor à igualdade, são atualizados: “o aparecimento da liberdade, como a manifestação dos princípios, coincide com a ação [*performing act*]. Os homens são livres — o que é diferente de possuir o dom da liberdade — enquanto agem, nem antes nem depois, porque ser livre e agir são a mesma coisa”.³⁶

O conceito de liberdade grega concretiza-se dentro de um contexto sociocultural que, para os gregos, possui um significado peculiar de participação política, de modo que a liberdade se origina dos princípios.

Num dado momento, tomando por base todas essas considerações, pode-se indagar: quanta liberdade um ser humano possui? Quão livre alguém é? Para responder a tais questionamentos, é preciso entender que o conceito de liberdade é diferente da definição de vontade. Para Hannah Arendt, a vontade seria ainda outra capacidade humana, que não se relaciona com a liberdade, sendo que o poder de fazer algo tem a ver com força ou fraqueza, não com liberdade. Esta, por sua vez, é uma questão de princípios.

Hannah Arendt trabalha, pois, com um sentido de liberdade extraído da antiguidade clássica, constituindo, antes de tudo, um atributo daquele que pode criar e, ao mesmo tempo, existindo no próprio ato criativo. Então, pode-se afirmar que o ser humano capaz de criar é aquele que transcende a necessidade, ou seja, é necessário que seja um dono de posses e de escravos³⁷, pois caso não o fosse ainda

³⁴ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**. New York: The Viking Press, 1961. p. 148-149.

³⁵ARENDT, Hannah. **Between past and future**. New York: The Viking Press, 1961. p. 152.

³⁶Tradução nossa; no original: “The appearance of freedom, like the manifestation of principles, coincides with the performing act. Men are free — as distinguished from their possessing the gift of freedom — as long as they act, neither before nor after; for to be free and to act are the same” (ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**. New York: The Viking Press, 1961. p. 152-153).

³⁷Não sendo essas as únicas características requeridas para a integral participação no mundo da política. Dentre outras, podemos citar o gênero.

estaria preso ao ciclo vitalício de necessidades. O dono de escravos é capaz de exercer a criação, o *agere* romano³⁸. O escravo, por outro lado, é aquele que, estando sob legítimo poder de alguém, por conseguinte está preso à necessidade e dessa não é livre.

A transformação do conceito de liberdade advém, em parte, da antiguidade greco-romana, a partir da influência da filosofia e do cristianismo, conforme preceitua Hannah Arendt, segundo a qual, “não há preocupação alguma com a liberdade em toda a história da grande filosofia desde os pré-socráticos até Plotinus, o último filósofo antigo”.³⁹

Portanto, foi a partir da noção cristã de liberdade que a filosofia pôde pensá-la, sendo que antes a liberdade era um tema puramente político e passou a ser algo que ocorre “no intercurso entre eu e eu mesmo”⁴⁰, por meio da interação entre vontade e pensamento quando se considera apenas a pessoa, solitária, sem interações.

Salienta-se que o autocontrole e o autoconhecimento eram condições para a liberdade, de modo que o ter vontade e o ter possibilidade eram feitos para se coincidir o máximo possível, sendo que Platão chegou a afirmar que apenas aqueles que sabiam como governar a si mesmo poderiam ter o direito de governar os outros, libertando-se da obrigação da obediência⁴¹. Em síntese, verifica-se que a vontade, para os gregos, se subordina a uma noção do que significa ser livre.

Ocorre que, com base na interpretação filosófica, tem-se que a vontade não significa simples força de vontade, sendo preciso que o ser humano comande a si mesmo, de modo a unificar a própria vontade, ou seja, ter domínio sobre o próprio eu. Essa seria a liberdade propriamente dita, como interpretada pela filosofia. Sobre o tema, importante lembrar os comentários de Isaiah Berlin:

Eu possuo razão e vontade; eu concebo objetivos e os desejo; mas se não posso obtê-los eu não me sinto mais no comando da situação. Eu posso estar impossibilitado de fazê-lo pelas leis da natureza, ou acidentes, ou pelas atividades dos homens, ou pelo efeito, na maioria das vezes não planejado, das instituições humanas. Essas forças podem ser demais para mim. O que posso fazer para evitar ser consumido por elas? Devo me libertar de desejos

³⁸ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**. New York: The Viking Press, 1961. p. 165.

³⁹Tradução nossa; no original: “There is no preoccupation with freedom in the whole history of great philosophy from pre-Socratics up to Plotinus, the last ancient philosopher. And when freedom made its first appearance in our philosophical tradition, it was the experience of religious conversion — of Paul first and then of Augustine — which gave rise to it.” (ARENDT, Hannah. **Between past and future**. New York: The Viking Press, 1961. p. 145).

⁴⁰ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**. New York: The Viking Press, 1961. p. 158.

⁴¹ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**. New York: The Viking Press, 1961. p. 148-149.

que eu sei que não posso realizar. Eu desejo ser mestre do meu reino, mas minhas fronteiras são longas e inseguras, portanto eu as contraio para reduzir ou eliminar a área vulnerável. [...] ‘Minha perna está ferida. Existem dois métodos para me libertar da dor. Um é curar a ferida. Mas se a cura é muito difícil ou incerta, eu posso me livrar da ferida ao cortar minha perna. Se eu me treinar para não querer nada para o que a posse da minha perna seja indispensável, eu não vou sentir falta dela.’⁴²

Feitas essas breves considerações, é preciso salientar ainda que a discussão acerca da liberdade, contemporaneamente, costuma estar baseada numa dicotomia⁴³ proposta por Isaiah Berlin, qual seja: liberdade positiva e liberdade negativa.⁴⁴

Tal afirmação é conformada por aqueles que estudam o tema da liberdade, como, por exemplo, Philip Pettit⁴⁵, John Christman⁴⁶, Quentin Skinner⁴⁷ e Nancy J. Hirschmann⁴⁸, que enxergam na diferenciação entre liberdade positiva e liberdade negativa, feita por Isaiah Berlin, um foco de intensa análise e debate de filósofos políticos.

Dessa forma, pode-se afirmar que a distinção elaborada por Isaiah Berlin contribui, pelo menos, de duas maneiras diferentes para o debate sobre a liberdade. A primeira contribuição diz respeito à defesa e ao conteúdo relativos às visões de liberdade; e o segundo ponto a ser destacado é que, ao fazer a distinção entre as duas visões de liberdade, Isaiah Berlin cria um campo no qual a discussão acerca da liberdade passa a ser organizada.⁴⁹

Certamente, os conceitos e discussões sobre a liberdade não surgem com o ensaio de Isaiah Berlin. Mas esse teórico desenvolveu uma classificação que se torna referência, e é isso o que se entende quando se afirma que o filósofo estabelece um “terreno de discussão”. Mesmo autores que não utilizam essa

⁴²BERLIN, Isaiah. “Two Concepts Of Liberty,” in **Four Essays on Liberty** (Oxford, England: Oxford University Press, 1969).

⁴³Ressalta-se que apesar da consagrada dicotomia, existe, como assevera Philip Pettit, uma terceira possibilidade – um pouco esquecida, principalmente pelos liberais - de conceituação da liberdade presente na tradição republicana: a liberdade como não-dominação que também será abordada ao longo deste capítulo.

⁴⁴PETTIT, Philip. **Republicanism**: una teoria sobre la libertad y el gobierno. Barcelona: Paidós, 1999. p. 35.

⁴⁵PETTIT, Philip. **Republicanism**. A theory of freedom and government. Oxford, Oxford University Press, 1997a.

_____. “Freedom with Honor: A Republican Ideal.” **Social Research**, New York, v. 64, n. 1, p. 52-76, 1997b.

⁴⁶CHRISTMAN, John. “**Saving positive freedom**”. *Political Theory*, v. 33, n. 1, p. 79-88, 2005.

⁴⁷SKINNER, Quentin. **A liberdade antes do liberalismo**. São Paulo: Ed. Unesp, 1999.

⁴⁸HIRSCHMANN, Nancy J. **The subject of liberty**: toward a feminist theory of freedom. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2003.

⁴⁹BERLIN, Isaiah. “Two Concepts Of Liberty,” in **Four Essays on Liberty** (Oxford, England: Oxford University Press, 1969. p. 229.

distinção como estruturante de suas teorias, deparam-se com essa dicotomia, que é, sem dúvida, bastante difundida na teoria política normativa.

Em “Dois conceitos de liberdade”, Isaiah Berlin⁵⁰ desenvolve o argumento que trata a liberdade de maneira dicotômica. É importante ter em mente que Isaiah Berlin não está fazendo análise linguística ou semântica dos dois conceitos de liberdade:

Não proponho discutir a história dessa palavra ou seus mais de duzentos sentidos registrados pelos historiadores das ideias. Proponho examinar não mais que duas de suas acepções – mas elas são centrais, com muita história humana atrás de si, e ousar dizer, ainda por acontecer.⁵¹

As duas acepções, contrastadas por Isaiah Berlin, são a liberdade em seu sentido positivo, caracterizada como domínio sobre outro, e a liberdade em seu sentido negativo, concebida como “não interferência”. Inicialmente, poder-se-ia resumir as diferenças entre as duas concepções da seguinte forma: a liberdade negativa corresponderia a “*estar livre de*”, enquanto a liberdade positiva corresponderia a “*estar livre para*”.⁵²

Enquanto a noção negativa está preocupada em evitar interferência nas ações dos indivíduos e grupos, a noção positiva preocupa-se com questões relacionadas à natureza e ao exercício do poder. Isaiah Berlin descreve a liberdade negativa da seguinte forma:

A liberdade política neste sentido é simplesmente a área na qual um homem pode agir sem ser obstruído por outros. [...] A coerção implica a interferência deliberada de outros seres humanos na minha área de atuação. Só não temos liberdade política quando outros indivíduos nos impedem de alcançar uma meta.⁵³

⁵⁰BERLIN, Isaiah. “Two Concepts Of Liberty,” in **Four Essays on Liberty** (Oxford, England: Oxford University Press, 1969. p. 229.

⁵¹BERLIN, Isaiah. “Ainda existe a teoria política?”. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a. p. 229.

⁵²BERLIN, Isaiah. “Ainda existe a teoria política?”. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a. p. 229.

⁵³BERLIN, Isaiah. “Ainda existe a teoria política?”. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a. p. 229.

De modo ainda mais direto, o teórico afirma que a defesa da liberdade consiste na “meta ‘negativa’ de evitar interferência”⁵⁴. Dessa forma, a liberdade negativa é caracterizada pela *ausência* de algo: de interferência; já a liberdade positiva caracteriza-se pela *presença* – da ação, da participação na tomada de decisões, da autodeterminação; “o sentido ‘positivo’ da palavra ‘liberdade’ provém do desejo que o indivíduo nutre de ser o seu próprio senhor”.⁵⁵

Isaiah Berlin descreve as teorias políticas de autorrealização como aquelas em que se pode ver um indivíduo dividido por dois “eus”. Haveria um “eu” desejoso, impulsivo, e um segundo “eu”, racional e “verdadeiro”. Pensar a liberdade nessa perspectiva de “eus” divididos, historicamente, assumiu duas versões principais. Na primeira versão, é a liberdade encontrada na abnegação, e, na segunda, a liberdade está na identificação com um princípio ou ideal.⁵⁶

A liberdade positiva no primeiro sentido descrito – como abnegação – corresponderia a uma decisão interna de “*não desejar o que não pode ser alcançado*”; ou, como coloca Isaiah Berlin, trata-se de uma “*retirada para a cidadela interior*”. Se o indivíduo não se sente ligado à propriedade, a ameaça desta não o faz curvar-se diante da vontade de quem a ameaça. Isaiah Berlin⁵⁷ ilustra esse pensamento com uma frase de Santo Ambrósio: “o homem sábio, embora escravo, está em liberdade, e disso decorre que, embora governe, o tolo vive na escuridão”.

Nesta perspectiva a liberdade positiva equivale à autoemancipação tradicional dos ascéticos e quietistas, dos estoicos e sábios budistas, homens de religião ou de nenhum credo, que fugiram do mundo e escaparam do jugo da sociedade ou da opinião pública por algum processo de autotransformação deliberada que os torna capazes de já não se importarem com nenhum de seus valores, de permanecerem isolados e independentes, já não mais vulneráveis às suas armas.⁵⁸

⁵⁴BERLIN, Isaiah. “Ainda existe a teoria política?”. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a. p. 229.

⁵⁵BERLIN, Isaiah. “Ainda existe a teoria política?”. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a. p. 236.

⁵⁶BERLIN, Isaiah. “Ainda existe a teoria política?”. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a. p.240.

⁵⁷BERLIN, Isaiah. “Ainda existe a teoria política?”. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a. p.241, nota 21.

⁵⁸BERLIN, Isaiah. “Ainda existe a teoria política?”. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a. p.241.

Isaiah Berlin acrescenta que essa doutrina pode parecer apenas um credo ético, e não político, mas que, no entanto, traz implicações políticas e teria entrado na tradição do individualismo liberal: “Essa literatura se encontrava no âmago do humanismo liberal, tanto moral como político, que foi profundamente influenciado por Immanuel Kant e Jean-Jacques Rousseau no século XVIII”⁵⁹. Segundo essa concepção, o indivíduo autônomo é aquele que age e não sofre a ação, é um ser que é dotado de razão e se esforça para ser governado apenas por ela.

A noção de escravidão à paixão é para aqueles que pensam nesses termos – mais do que uma metáfora. [...] Livrar-me do medo, do amor ou do desejo de me conformar é libertar-me do despotismo de algo que não posso controlar.⁶⁰

A outra forma influente de desenvolver a ideia da liberdade como autorrealização é encontrada nas “literaturas positivas da libertação pela razão”⁶¹. Johann Gottfried Herder, George Wilhelm Friedrich Hegel e Karl Marx são citados como autores de literaturas filosóficas que se encaixam nessa forma de entender a liberdade, pois acreditavam que “compreender o mundo é ser libertado”⁶². De modo geral, essa perspectiva associa a liberdade à razão.

O entendimento racional da vida humana e da vida em sociedade levaria à autonomia do indivíduo. Isso aconteceria, em primeiro lugar, porque a razão levaria os indivíduos a se despojarem de paixões, medos e preconceitos, e, em segundo lugar, porque, ao se libertar de mitos e ilusões, seria possível ao indivíduo planejar uma vida de acordo com a sua própria vontade. Tal raciocínio não implica ser a vida livre, uma vida em que se possa fazer o que convier; ao contrário, implica entender por que não se pode praticar qualquer ação do modo que convier.

Quando compreende-se o porquê de as coisas serem como são, passa-se a desejar que sejam assim; afinal seria um desejo irracional modificar algo que não

⁵⁹BERLIN, Isaiah. “Ainda existe a teoria política?”. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a. p. 243.

⁶⁰BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade” [1959]. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002b. p. 243.

⁶¹BERLIN, Isaiah. “Ainda existe a teoria política?”. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a. p. 248.

⁶²BERLIN, Isaiah. “Ainda existe a teoria política?”. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – Estudos sobre a humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a. p. 246.

pode ser modificado. Isaiah Berlin⁶³ explica essa perspectiva da liberdade como autorrealização da seguinte forma:

Sou livre se e somente se planejo a minha vida de acordo com minha vontade; os planos acarretam regras; uma regra não me oprime, nem me escraviza, se a imponho a mim mesmo conscientemente ou se aceito livremente depois de tê-la compreendido, quer tenha sido inventada por mim, quer por outros, desde que seja racional, isto é, desde que se conforme às necessidades das coisas. Compreender por que as coisas devem ser é querer que assim sejam. O conhecimento não liberta oferecendo-nos mais possibilidade abertas de escolha, mas preservando-nos da frustração de tentar o impossível [...].⁶⁴

A liberdade positiva, entendida como autogoverno racional, no âmbito individual, desenvolve-se para o pensamento sobre o Estado. Um Estado livre é um Estado racional, e tal Estado seria governado por leis que todos os homens racionais aceitariam. “Se o universo for governado pela razão, não haverá necessidade de coerção, uma vida corretamente planejada coincidirá com a plena liberdade – a liberdade da autodireção racional – para todos”⁶⁵. Segundo Isaiah Berlin, tais concepções pressupõem que, apesar dos diferentes desejos e vontades, haveria um “padrão universal e harmonioso” a que se ajustariam todos os seres racionais.

Em *Two concepts of liberty*⁶⁶, Isaiah Berlin também esclarece importantes questões sobre a liberdade positiva, entendendo que:

O sentido "positivo" da palavra "liberdade" deriva do desejo do indivíduo de ser seu próprio senhor. Desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, não de forças externas de qualquer tipo. Desejo ser o instrumento de mim mesmo, não dos atos de vontade de outros homens. Desejo ser um sujeito, não um objeto; ser movido por razões, por propósitos conscientes, que são meus, não por causas que me afetam, por assim dizer, de fora. Desejo ser alguém, não ninguém; um fazedor – decidindo, não sendo decidido, autodirigido e não influenciado pela natureza externa ou por outros homens como se eu fosse uma coisa, ou um animal, ou um escravo incapaz de desempenhar um papel humano, isto é, de conceber metas e políticas próprias e realizá-las. Isso é pelo menos parte do que quero dizer quando digo que sou racional e que é minha razão que me distingue como ser humano do resto do mundo. Desejo, acima de tudo, ter consciência de mim mesmo como um ser pensante, disposto,

⁶³BERLIN, Isaiah. “Two Concepts Of Liberty,” in **Four Essays On Liberty** (Oxford, England: Oxford University Press, 1969. p. 247-248.

⁶⁴BERLIN, Isaiah. “Two Concepts Of Liberty,” in **Four Essays On Liberty** (Oxford, England: Oxford University Press, 1969. p. 229.

⁶⁵BERLIN, Isaiah. “Two Concepts Of Liberty,” in **Four Essays On Liberty** (Oxford, England: Oxford University Press, 1969. p. 251.

⁶⁶BERLIN, Isaiah. “Two Concepts Of Liberty,” in **Four Essays On Liberty** (Oxford, England: Oxford University Press, 1969. p. 105.

ativo, responsável por minhas escolhas e capaz de explicá-las por referências às minhas próprias ideias e propósitos. Sinto-me livre na medida em que acredito que isso seja verdade, e escravizado na medida em que sou levado a perceber que não é. A liberdade que consiste em ser senhor de si mesmo, e a liberdade que consiste em não ser impedido de escolher como faço por outros homens, podem, à primeira vista, parecer conceitos sem grande distância lógica um do outro – não mais do que maneiras negativas e positivas de dizer a mesma coisa. No entanto, as noções "positivas" e "negativas" de liberdade desenvolveram-se historicamente em direções divergentes nem sempre por etapas logicamente respeitáveis, até que, no final, entraram em conflito direto uma com a outra. (Tradução nossa).⁶⁷

A liberdade positiva confunde-se, portanto, com autorregramento. Trata-se, pois, do “status positivus” mencionado por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, com relação ao Estado, que nada mais é que “[...] o estado em que o particular não pode ter a sua liberdade sem o Estado para criação e para a conservação de sua existência livre”.⁶⁸

Tal estado encontra-se conformado e assegurado quando e na medida que sejam os direitos de reivindicação, de proteção, de participação, de prestação e de procedimento. Os autores supracitados advertem também sobre a natureza distinta das legitimações a envolver o direito de proteção, mediante prestações do Estado, no sentido de direito de uma prestação, ou por meio de e em procedimento do Estado, no sentido de um direito de procedimento.⁶⁹

⁶⁷The ‘positive’ sense of the word ‘liberty’ derives from the wish on the part of the individual to be his own master. I wish my life and decisions to depend on myself, not on external forces of whatever kind. I wish to be the instrument of my own, not of other men’s acts of will. I wish to be a subject, not an object; to be moved by reasons, by conscious purposes, which are my own, not by causes which affect me, as it were, from outside. I wish to be somebody, not nobody; a doer--deciding, not being decided for, self-directed and not acted upon by external nature or by other men as if I were a thing, or an animal, or a slave incapable of playing a human role, that is, of conceiving goals and policies of my own and realizing them. This is at least part of what I mean when I say that I am rational, and that it is my reason that distinguishes me as a human being from the rest of the world. I wish, above all, to be conscious of myself as a thinking, willing, active being, bearing responsibility for my choices and able to explain them by references to my own ideas and purposes. I feel free to the degree that I believe this to be true, and enslaved to the degree that I am made to realize that it is not. The freedom which consists in being one’s own master, and the freedom which consists in not being prevented from choosing as I do by other men, may, on the face of it, seem concepts at no great logical distance from each other--no more than negative and positive ways of saying much the same thing. Yet the ‘positive’ and ‘negative’ notions of freedom historically developed in divergent directions not always by logically reputable steps, until, in the end, they came into direct conflict with each other. (BERLIN, I. “Two Concepts Of Liberty,” in **Four Essays on Liberty**. Oxford, England: Oxford University Press, 1969. p. 229).

⁶⁸PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p. 63.

⁶⁹PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. p.63.

Isaiah Berlin chama a atenção para outra abordagem histórica do sentido positivo de liberdade: a reivindicação de homens, grupos, classes e nacionalidades por *status* e por reconhecimento. Nesse sentido, as pessoas não se sentem livres não por não serem reconhecidas como seres humanos que se autogovernam, mas por fazerem parte de um grupo não reconhecido ou não suficientemente respeitado.

A busca do indivíduo pelo respeito e por seu reconhecimento, como membro de uma classe, uma comunidade, uma raça ou uma profissão, pela sensação de “ser alguém no mundo”, é muitas vezes denominada de “liberdade social”. Para Isaiah Berlin, esse termo é desorientador e essa busca por reconhecimento confunde a liberdade com suas irmãs: igualdade, fraternidade e compreensão mútua.

Esse desejo por reconhecimento recíproco é o que, muitas vezes, explica o comportamento de grupos e povos que sofrem privação de direitos humanos elementares: “é que, com toda aparência de sinceridade, afirmam desfrutar de mais liberdades do que quando possuíam uma gama mais larga desses direitos”⁷⁰. Assim, para o teórico, essa busca por reconhecimento não deveria ser identificada nem com a liberdade em seu sentido positivo, nem com a liberdade em seu sentido negativo.

A liberdade negativa, conforme já referida, pode ser identificada pela linguagem da ausência de interferência, e a liberdade positiva como a presença para a ação política. Sobre essa diferença, Isaiah Berlin retoma a explicação dos dois tipos de liberdade dada por Benjamin Constant, no ensaio “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”, de 1819⁷¹. Ao descrever a liberdade dos antigos como a liberdade associada ao ideal de participação direta em uma democracia autogovernada, e a liberdade moderna como a liberdade negativa, isto é, como ausência de interferência, Benjamin Constant aponta para um conflito entre as liberdades individuais e a dimensão “coletiva” da liberdade.

Isaiah Berlin, então, segue a clássica linha postulada por Benjamin Constant, adotando também a dicotomia entre a liberdade dos modernos (negativo) e a

⁷⁰BERLIN, Isaiah. “Two Concepts Of Liberty,” in **Four Essays on Liberty**. Oxford, England: Oxford University Press, 1969. p. 260.

⁷¹CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Discurso pronunciado no Athénée Royal de Paris, 1819. Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada **De la Liberté chez les Modernes**. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980). Tradução de Loura Silveira. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2022.

liberdade dos antigos (positivo). Assim, Berlin explora o pensamento de Benjamin Constant tanto para ilustrar a diferença entre os dois tipos de liberdade. Em linhas gerais:

A liberdade dos modernos é a capacidade de autocondução da vida pessoal sem risco de interferência do Estado. Logo, essa liberdade atua no âmbito da legalidade e assume a condição de liberdade “negativa”, ou seja, um espaço de ação no qual o Estado estaria proibido de interferir na vida privada. De um modo geral, as liberdades primárias, relativas à crença, contratual, de trabalho, ambulatorial se incluem aqui. Por outro lado, a chamada liberdade dos antigos, também conhecida por liberdade positiva, significa essencialmente a participação/contribuição do cidadão nas discussões públicas. De Aristóteles a Habermas essa liberdade é essencial para a configuração da ideia contemporânea de soberania política. Ambas estão consagradas nos planos normativos, interno e internacional, como se pode verificar tanto na Constituição brasileira de 1988 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.⁷²

Tendo-se em vista a liberdade negativa, um aumento da soberania, ainda que o soberano seja o povo, não necessariamente leva a um aumento da liberdade e diminuição da opressão. “A democracia pode desarmar uma dada oligarquia, um dado indivíduo ou conjunto de indivíduos privilegiados, mas ainda pode esmagar indivíduos tão impiedosamente quanto qualquer governante anterior”⁷³. O que as colocações de Benjamin Constant apontam é que a autoridade contida no ideal de participação da liberdade positiva levaria, uma hora ou outra, à opressão. Daí a defesa da liberdade negativa como uma concepção moderna, que proporcionaria um direito ao respeito à vida privada, à dimensão individual, o que a concepção positiva não previa.

Talvez, a apreensão da doutrina de Benjamin Constant por Isaiah Berlin, para ilustrar as diferenças entre as concepções de liberdade, poderia levar à interpretação de que as divergências entre a liberdade positiva, ligada ao direito de participação, e a liberdade negativa, ligada ao direito de não sofrer interferência, poderia representar uma disputa entre as esferas pública e privada da vida.

Não obstante, impede ressaltar que não seja essa a interpretação sobre as diferenças entre as duas visões de liberdade. Mais que isso, acredita-se, neste estudo, que a discussão contemporânea sobre o tema da liberdade possui

⁷²CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MAGALHÃES, Clarissa Aguilar; REZENDE, Sophia Gibas. Liberdade de expressão em tempos de intolerância. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**. Brasília, v. 4, n. 2, p. 296-327, jul./dez., 2017.

⁷³BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade” [1959]. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002b. p. 265.

implicações⁷⁴ que exigem uma visão fluída, e não estanque, sobre as esferas pública e privada da vida.

As observações, segundo a dicotomia proposta por Benjamin Constant, são úteis para delinear algumas características de cada visão de liberdade, porém, é importante ter claro que, apesar de suas críticas à liberdade positiva, Isaiah Berlin não nega sua importância.

Segundo o teórico, a liberdade negativa e a liberdade positiva constituem duas perguntas igualmente legítimas e igualmente necessárias. A primeira pode ser lida em questões como, por exemplo: “*Quantas portas me foram abertas?*”, enquanto a segunda trata de indagações do tipo: “*Quem é responsável aqui? Quem controla?*”⁷⁵. Tais questões se misturam, mas não são idênticas e exigem diferentes respostas. Ainda sobre a autenticidade da visão positiva, Isaiah Berlin⁷⁶ afirma:

A liberdade que consiste em ser seu próprio senhor e a liberdade que consiste em não ser impedido por outros homens de escolher como agir podem parecer, diante das circunstâncias, conceitos não tão distantes entre si do ponto de vista lógico – nada mais do que as formas negativas e positivas de dizer mais ou menos a mesma coisa. No entanto, as noções “positiva” e “negativa” de liberdade desenvolveram-se historicamente em direções divergentes, nem sempre por passos logicamente respeitáveis, até entrarem por fim em conflito direto uma com a outra.⁷⁷

Dessa forma, propõe-se que, se, por um lado, é importante destacar as críticas de Isaiah Berlin à liberdade positiva e, principalmente, ao desenrolar histórico e normativo desse conceito, por outro, é também relevante destacar que o autor não faz uma crítica absoluta a esse ideal.

Uma forma profícua de pensar a ideia de que a liberdade positiva e a liberdade negativa seriam, em alguma medida, versões diferentes da mesma coisa,

⁷⁴BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade” [1959]. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002b. p. 265.

⁷⁵BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade” [1959]. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios / Isaiah Berlin. São Paulo: Companhia das Letras, 2002 apud JOHANBEGLOO, Ramin. **Isaiah Berlin**: com toda liberdade. São Paulo: Editora Perspectiva, Coleção Debates, 1996. p. 237.

⁷⁶BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade” [1959]. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios / Isaiah Berlin. São Paulo: Companhia das Letras, 2002 apud JOHANBEGLOO, Ramin. **Isaiah Berlin**: com toda liberdade. São Paulo: Editora Perspectiva, Coleção Debates, 1996. p. 237.

⁷⁷BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade” [1959]. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios / Isaiah Berlin. São Paulo: Companhia das Letras, 2002 apud JOHANBEGLOO, Ramin. **Isaiah Berlin**: com toda liberdade. São Paulo: Editora Perspectiva, Coleção Debates, 1996. p. 237.

mas que se desenvolveram por caminhos diversos até se tornarem opositoras, é partir da interpretação de Nancy J. Hirschmann sobre a dicotomia de Isaiah Berlin.

Em *The subject of liberty*, Nancy J. Hirschmann afirma que tanto a concepção de liberdade positiva como a de liberdade negativa tratam da capacidade de fazer escolhas, porém, as duas versões divergem quanto ao que seja considerado impedimento para tal.

Como dito anteriormente, uma maneira inicial de distinguir os dois conceitos de liberdade seria partir da diferenciação entre “estar livre de” (liberdade negativa) e “estar livre para” (liberdade positiva), o que, segundo Nancy J. Hirschmann, não revelaria a diferença substancial entre as duas visões de liberdade. Para a autora, uma vez que tanto a liberdade positiva como a liberdade negativa tratam centralmente sobre fazer escolhas, a principal diferença entre as duas concepções está no qual é considerado como uma barreira no processo de escolha dos indivíduos.

Em sua obra *two concepts of liberty*, Isaiah Berlin também esclarece importantes questões sobre a liberdade negativa, destacando que:

Diz-se normalmente que sou livre na medida em que nenhum homem ou grupo de homens interfere na minha atividade. A liberdade política neste sentido é simplesmente a área dentro da qual um homem pode agir sem ser obstruído por outros. Se eu sou impedido por outros de fazer o que eu poderia fazer de outra forma, eu não sou livre; e se essa área for contratada por outros homens além de um certo mínimo, posso ser descrito como sendo coagido ou, talvez, escravizado. Coerção não é, no entanto, um termo que abrange todas as formas de incapacidade. Se eu disser que sou incapaz de saltar mais de três metros no ar, ou não posso ler porque sou cego, ou não consigo entender as páginas mais escuras de Hegel, seria excêntrico dizer que estou nesse grau escravizado ou coagido. implica a interferência deliberada de outros seres humanos dentro da área em que eu poderia agir de outra forma. Você não tem liberdade política ou liberdade apenas se for impedido de atingir um objetivo por seres humanos. A mera incapacidade de atingir um objetivo não é falta de liberdade política. Isso é evidenciado pelo uso de expressões modernas como 'liberdade econômica' e sua contraparte, 'escravidão econômica'. Argumenta-se, muito plausivelmente, que se um homem é pobre demais para pagar algo que não há proibição legal - um pão, uma viagem ao redor do mundo, recorrer aos tribunais - ele tem pouca liberdade para tê-lo como ele seria se fosse proibido por lei. Se minha pobreza fosse, uma espécie de doença, que me impedisse de comprar pão, ou pagar a viagem de volta ao mundo ou fazer meu caso ser ouvido, como a claudicação me impede de correr, essa incapacidade não seria naturalmente descrita como falta de liberdade, muito menos liberdade política. É apenas porque acredito que minha incapacidade de obter uma determinada coisa se deve ao fato de outros seres humanos terem feito arranjos pelos quais eu sou, enquanto outros não são, impedidos de ter dinheiro suficiente para pagar por isso, que penso eu mesmo uma vítima de coerção ou escravidão. Em outras palavras, esse uso do termo depende de

uma teoria social e econômica particular sobre as causas de minha pobreza ou fraqueza. Se minha falta de meios materiais se deve à minha falta de capacidade mental ou física, então começo a falar em ser privado de liberdade (e não simplesmente de pobreza) somente se eu aceitar a teoria. Se, além disso, acredito que estou sendo mantido na miséria por um arranjo específico que considero injusto ou injusto, falo de escravidão ou opressão econômica. “A natureza das coisas não nos enlouquece, apenas a má vontade”, disse Rousseau. O critério de opressão é o papel que acredito ser desempenhado por outros seres humanos, direta ou indiretamente, com ou sem intenção de fazê-lo, em frustrar meus desejos. Por ser livre nesse sentido quero dizer não sofrer interferência de outros. Quanto maior a área de não interferência, maior minha liberdade. (Tradução nossa).⁷⁸

Ainda segundo o mesmo autor, três características sobre a noção de liberdade são importantes, as quais serão aqui citadas em sua integralidade por estarem ligadas ao presente estudo:

Três fatos sobre esta posição podem ser observados. Em primeiro lugar, Mill confunde duas noções distintas. Uma é que toda coerção é, na medida em que frustra os desejos humanos, ruim como tal, embora possa ter de ser aplicada para evitar outros males maiores; enquanto a não interferência, que é o oposto da coerção, é boa como tal, embora não seja o único bem. Esta é a concepção 'negativa' da liberdade em sua forma clássica. A outra é que os homens deveriam procurar descobrir a verdade, ou desenvolver um certo tipo de caráter que Mill aprovasse – crítico, original, imaginativo,

⁷⁸I am normally said to be free to the degree to which no man or body of men interferes with my activity. Political liberty in this sense is simply the area within which a man can act unobstructed by others. If I am prevented by others from doing what I could otherwise do, I am to that degree unfree; and if this area is contracted by other men beyond a certain minimum, I can be described as being coerced, or, it may be, enslaved. Coercion is not, however, a term that covers every form of inability. If I say that I am unable to jump more than ten feet in the air, or cannot read because I am blind, or cannot understand the darker pages of Hegel, it would be eccentric to say that I am to that degree enslaved or coerced. Coercion implies the deliberate interference of other human beings within the area in which I could otherwise act. You lack political liberty or freedom only if you are prevented from attaining a goal by human beings. Mere incapacity to attain a goal is not lack of political freedom. This is brought out by the use of such modern expressions as 'economic freedom' and its counterpart, 'economic slavery'. It is argued, very plausibly, that if a man is too poor to afford something on which there is no legal ban--a loaf of bread, a journey round the world, recourse to the law courts--he is as little free to have it as he would be if it were forbidden him by law. If my poverty were, a kind of disease, which prevented me from buying bread, or paying for the journey round the world or getting my case heard, as lameness prevents me from running, this inability would not naturally be described as a lack of freedom, least of all political freedom. It is only because I believe that my inability to get a given thing is due to the fact that other human beings have made arrangements whereby I am, whereas others are not, prevented from having enough money with which to pay for it, that I think myself a victim of coercion or slavery. In other words, this use of the term depends on a particular social and economic theory about the causes of my poverty or weakness. If my lack of material means is due to my lack of mental or physical capacity, then I begin to speak of being deprived of freedom (and not simply about poverty) only if I accept the theory. If, in addition, I believe that I am being kept in want by a specific arrangement which I consider unjust or unfair, I speak of economic slavery or oppression. 'The nature of things does not madden us, only ill will does', said Rousseau. The criterion of oppression is the part that I believe to be played by other human beings, directly or indirectly, with or without the intention of doing so, in frustrating my wishes. By being free in this sense I mean not being interfered with by others. The wider the area of noninterference the wider my freedom. (BERLIN, Isaiah. "Two Concepts Of Liberty," in **Four Essays On Liberty** (Oxford, England: Oxford University Press, 1969. p. 105).

independente, inconformista até a excentricidade etc. a verdade pode ser encontrada, e tal caráter pode ser criado, apenas em condições de liberdade. Ambas são visões liberais, mas não são idênticas, e a conexão entre elas é, na melhor das hipóteses, empírica. Ninguém argumentaria que a verdade ou a liberdade de auto-expressão podem florescer onde o dogma esmaga todo pensamento. Mas a evidência da história tende a mostrar (como, de fato, foi argumentado por James Stephen em seu formidável ataque a Mill em seu *Liberty, Equality, Fraternity*) que a integridade, o amor pela verdade e o individualismo ardente crescem pelo menos com a mesma frequência em pessoas severamente disciplinadas. comunidades entre, por exemplo, os calvinistas puritanos da Escócia ou da Nova Inglaterra, ou sob disciplina militar, como em sociedades mais tolerantes ou indiferentes; e se for assim, o argumento de Mill a favor da liberdade como condição necessária para o crescimento do gênio humano cai por terra. Se seus dois objetivos se mostrassem incompatíveis, Mill se depararia com um dilema cruel, independentemente das dificuldades adicionais criadas pela inconsistência de suas literaturas com o utilitarismo estrito, mesmo em sua própria versão humana dele. Em segundo lugar, a literatura é comparativamente moderna. Parece não haver quase nenhuma discussão sobre a liberdade individual como um ideal político consciente (em oposição à sua existência real) no mundo antigo. Condorcet já havia observado que a noção de direitos individuais estava ausente das concepções jurídicas dos romanos e gregos; isso parece valer igualmente para as civilizações judaica, chinesa e todas as outras antigas que desde então vieram à luz. A dominação desse ideal tem sido a exceção e não a regra, mesmo na história recente do Ocidente. Nem a liberdade nesse sentido muitas vezes formou um grito de guerra para as grandes massas da humanidade. O desejo de não ser pressionado, de ser deixado a si mesmo, tem sido uma marca de alta civilização tanto por parte dos indivíduos quanto das comunidades. O próprio sentido de privacidade, da área das relações pessoais como algo sagrado por direito próprio, deriva de uma concepção de liberdade que, apesar de todas as suas raízes religiosas, é pouco mais antiga, em seu estado desenvolvido, do que o Renascimento ou a Reforma. No entanto, seu declínio marcaria a morte de uma civilização, de toda uma perspectiva moral. A terceira característica dessa noção de liberdade é de maior importância. É que a liberdade nesse sentido não é incompatível com alguns tipos de autocracia, ou pelo menos com a ausência de autogoverno. A liberdade neste sentido está principalmente preocupada com a área de controle, não com sua fonte. Assim como uma democracia pode, de fato, privar o cidadão individual de muitas liberdades que ele poderia ter em alguma outra forma de sociedade, é perfeitamente concebível que um déspota de mentalidade liberal permita a seus súditos uma grande medida de liberdade pessoal. O déspota que deixa a seus súditos uma ampla área de liberdade pode ser injusto, ou encorajar as mais selvagens desigualdades, se importar pouco com ordem, virtude ou conhecimento; mas desde que ele não restrinja sua liberdade, ou pelo menos a limite menos do que muitos outros regimes, ele atende às especificações de Mill. A liberdade nesse sentido não está, de forma lógica, ligada à democracia ou ao autogoverno. O autogoverno pode, em geral, fornecer uma garantia melhor da preservação das liberdades civis do que outros regimes, e tem sido defendido como tal pelos libertários. Mas não há conexão necessária entre liberdade individual e governo democrático. A resposta à pergunta "Quem me governa?" é logicamente distinto da pergunta "Até que ponto o governo interfere em mim?" É nessa diferença que consiste, afinal, o grande contraste entre os dois conceitos de liberdade negativa e positiva. Pois o sentido 'positivo' de liberdade vem à tona se tentarmos responder à pergunta, não 'O que sou livre para fazer ou ser?', mas 'Por quem sou governado?' ou 'Quem pode dizer o que sou e o que não sou, ser ou fazer?' A conexão entre democracia e liberdade individual é bem mais tênue do que parecia a muitos defensores de ambas. O desejo de ser governado por mim

mesmo; ou pelo menos participar do processo pelo qual minha vida deve ser controlada, pode ser um desejo tão profundo quanto o de uma área livre para ação, e talvez historicamente mais antigo. Mas não é um desejo para a mesma coisa. Tão diferente é, de fato, que acabou levando ao grande choque de ideologias que domina nosso mundo. Pois é isso – a concepção “positiva” de liberdade: não a liberdade de, mas a liberdade de – levar uma forma de vida prescrita – que os adeptos da noção “negativa” representam como sendo, às vezes, não melhor do que um disfarce ilusório para a tirania brutal. (Tradução nossa).⁷⁹

⁷⁹Three facts about this position may be noted. In the first place Mill confuses two distinct notions. One is that all coercion is, in so far as it frustrates human desires, bad as such, although it may have to be applied to prevent other, greater evils; while non-interference, which is the opposite of coercion, is good as such although it is not the only good. This is the 'negative' conception of liberty in its classical form. The other is that men should seek to discover the truth, or to develop a certain type of character of which Mill approved--critical, original, imaginative, independent, non-conforming to the point of eccentricity, and so on-- and that truth can be found, and such character can be bred, only in conditions of freedom. Both these are liberal views, but they are not identical, and the connexion between them is, at best, empirical. No one would argue that truth or freedom of self-expression could flourish where dogma crushes all thought. But the evidence of history tends to show (as, indeed, was argued by James Stephen in his formidable attack on Mill in his *Liberty, Equality, Fraternity*) that integrity, love of truth, and fiery individualism grow at least as often in severely disciplined communities among, for example, the puritan Calvinists of Scotland or New England, or under military discipline, as in more tolerant or indifferent societies; and if this is so, Mill's argument for liberty as a necessary condition for the growth of human genius falls to the ground. If his two goals proved incompatible, Mill would be faced with a cruel dilemma, quite apart from the further difficulties created by the inconsistency of his doctrines with strict utilitarianism, even in his own humane version of it. In the second place, the doctrine is comparatively modern. There seems to be scarcely any discussion of individual liberty as a conscious political ideal (as opposed to its actual existence) in the ancient world. Condorcet had already remarked that the notion of individual rights was absent from the legal conceptions of the Romans and Greeks; this seems to hold equally of the Jewish, Chinese, and all other ancient civilizations that have since come to light. The domination of this ideal has been the exception rather than the rule, even in the recent history of the West. Nor has liberty in this sense often formed a rallying cry for the great masses of mankind. The desire not to be impinged upon, to be left to oneself, has been a mark of high civilization both on the part of individuals and communities. The sense of privacy itself, of the area of personal relationships as something sacred in its own right, derives from a conception of freedom which, for all its religious roots, is scarcely older, in its developed state, than the Renaissance or the Reformation. Yet its decline would mark the death of a civilization, of an entire moral outlook. The third characteristic of this notion of liberty is of greater importance. It is that liberty in this sense is not incompatible with some kinds of autocracy, or at any rate with the absence of selfgovernment. Liberty in this sense is principally concerned with the area of control, not with its source. Just as a democracy may, in fact, deprive the individual citizen of a great many liberties which he might have in some other form of society, so it is perfectly conceivable that a liberalminded despot would allow his subjects a large measure of personal freedom. The despot who leaves his subjects a wide area of liberty may be unjust, or encourage the wildest inequalities, care little for order, or virtue, or knowledge; but provided he does not curb their liberty, or at least curbs it less than many other régimes, he meets with Mill's specification. Freedom in this sense is not, at any rate logically, connected with democracy or self-government. Selfgovernment may, on the whole, provide a better guarantee of the preservation of civil liberties than other régimes, and has been defended as such by libertarians. But there is no necessary connexion between individual liberty and democratic rule. The answer to the question 'Who governs me?' is logically distinct from the question 'How far does government interfere with me?' It is in this difference that the great contrast between the two concepts of negative and positive liberty, in the end, consists. For the 'positive' sense of liberty comes to light if we try to answer the question, not 'What am I free to do or be?', but 'By whom am I ruled?' or 'Who is to say what I am, and what I am not, to be or do?' The connexion between democracy and individual liberty is a good deal more tenuous than it seemed to many advocates of both. The desire to be governed by myself; or at any rate to participate in the process by which my life is to be controlled, may be as deep a wish as that of a free area for action, and perhaps historically older. But it is not a desire for the same thing. So different is it, indeed, as to have led in the end to the great clash of

Portanto, a liberdade negativa é entendida em termos de opções objetivas disponíveis, sendo consideradas barreiras a essa liberdade elementos externos ao indivíduo que escolhe; já a liberdade positiva considera também condições internas – por exemplo: medos, vícios e compulsões – como barreiras à liberdade.

Dessa consideração por elementos internos, decorre a observação de que os indivíduos podem ter desejos de segunda ordem e desejos sobre desejos, aquilo que Berlin chama de “eus divididos”. A consideração de aspectos internos pode, por um lado, ampliar a visão de liberdade e, por outro, levar a uma questão bastante espinhosa: o “second- guessing problem”, ou “problemas de reavaliação”.

Grosso modo, a ideia de reavaliação pressupõe que exista uma vontade genuína, ou até mesmo superior, e que parte do processo de autogoverno é lidar com os desejos conflitantes em prol dessa vontade “autêntica”. Esse é o principal ponto de crítica às visões positivas de liberdade.

Verifica-se que a primeira crítica de Berlin à concepção positiva de liberdade é a de que as ideias de autorrealização e autogoverno confundem a liberdade com outros valores igualmente importantes, como equidade, justiça e cultura.

Contudo, é na defesa do pluralismo e na recusa do racionalismo que reside a principal crítica de Isaias Berlin à liberdade positiva. Para ele, a vida em sociedade é marcada por valores, ideais e bens em conflitos. “Nem todas as coisas boas são compatíveis, muito menos todos os ideais da humanidade”⁸⁰.

Nesse sentido, “admitir que a realização de alguns de nossos ideais é capaz, em princípio, de impossibilitar a realização de outros, é dizer que a noção de realização humana total é uma contradição formal, uma quimera metafísica”⁸¹. Veja-se a opinião do referido filósofo:

O pluralismo implica que já não é possível darmos uma resposta definitiva às questões morais e políticas, ou em realidade a toda questão de valor, e

ideologies that dominates our world. For it is this--the ‘positive’ conception of liberty: not freedom from, but freedom to-- to lead one prescribed form of life--which the adherents of the ‘negative’ notion represent as being, at times, no better than a specious disguise for brutal tyranny.(BERLIN, Isaias. “Two Concepts Of Liberty”, in **Four Essays On Liberty**. Oxford, England: Oxford University Press, 1969. p. 105).

⁸⁰BERLIN, Isaias. “Dois conceitos de liberdade” [1959]. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaias Berlin – **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios / Isaias Berlin. São Paulo: Companhia das Letras, 2002 apud JOHANBEGLOO, Ramin. **Isaias Berlin**: com toda liberdade. São Paulo: Editora Perspectiva, Coleção Debates, 1996. p. 73.

⁸¹BERLIN, Isaias. “Dois conceitos de liberdade” [1959]. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaias Berlin – **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002b. p. 268, 269.

mais ainda, já que certas respostas dadas pelas pessoas, e que estão autorizadas a fazê-lo, não são compatíveis entre si, é preciso abrir espaço para uma vida na qual os valores possam se revelar incompatíveis, de maneira que, compromissos possam ser obtidos, e um grau mínimo de tolerância, mesmo dado contra a vontade tornar-se-á indispensável.⁸²

No ensaio “Herder e o Iluminismo”, de 1976, Isaiah Berlin examina o pensamento de Johann Gottfried Herder, que desenvolve, entre outras, a ideia de pluralismo. O pensamento de Johann Gottfried Herder é marcado por sua rejeição ao dogma central do Iluminismo, “que via em cada civilização um degrau de subida para mais elevada [civilização], ou uma triste recaída numa prévia e inferior – que dá força, um senso de realidade e um poder persuasivo a seu [de Herder] imenso levantamento panorâmico”⁸³. Berlin observa que o pluralismo de Johann Gottfried Herder possui os seguintes atributos:

[...] a crença não apenas na multiplicidade, mas na incomensurabilidade dos valores de diferentes culturas e sociedades e, ainda mais, na incompatibilidade de ideais igualmente válidos, junto com o corolário revolucionário implícito de que as noções clássicas de um homem ideal e de uma sociedade ideal são intrinsecamente incoerentes e sem sentido.⁸⁴

Portanto, o pluralismo de Isaiah Berlin, além de chamar a atenção para o fato de que as sociedades são marcadas por diferentes valores e ideais, também estabelece a inevitabilidade do sacrifício. Diferentes ideais podem ser igualmente importantes e nem por isso é possível realizá-los totalmente. A realização de um valor pode diminuir a possibilidade de realização de outro. Por exemplo, os valores de liberdade e igualdade, as exigências para a realização da igualdade irão colidir com as exigências do valor da liberdade, e vice-versa, daí a importância da liberdade de escolha.

Assim, a defesa da liberdade negativa e a consequente crítica à liberdade positiva implicam uma crítica ao racionalismo. Isaiah Berlin não crê na possibilidade de haver uma moralidade, um ideal ou um princípio capaz de estabelecer um arranjo

⁸²BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade” [1959]. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios / Isaiah Berlin. São Paulo: Companhia das Letras, 2002 apud JOHANBEGLOO, Ramin. **Isaiah Berlin**: com toda liberdade. São Paulo: Editora Perspectiva, Coleção Debates, 1996. p. 73.

⁸³BERLIN, Isaiah. “Herder e o Iluminismo” [1976]. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002c. p. 439.

⁸⁴BERLIN, Isaiah. “Herder e o Iluminismo” [1976]. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002c. p. 387.

social que harmonize os diferentes valores importantes para o homem. A ideia de Berlin sobre conflito entre bens incomensuráveis é denominada por John Gray⁸⁵ como literatura de pluralismo de valores.

Seguindo a compreensão conceitual de liberdade, torna-se imperioso ressaltar o conceito republicano de liberdade, também denominado neorrepblicano⁸⁶, que veio a ser defendido por dois principais pensadores, em especial, o historiador Quentin Skinner e o filósofo político Philippe Petit.

Os mencionados pensadores propõem que a liberdade envolve não estar sob o poder arbitrário de alguém, de modo que ser livre significa ao menos que ninguém tenha a prerrogativa de interferir arbitrariamente sobre a liberdade que o ser humano tem.

Posto isso, pode-se dizer que a liberdade republicana também é uma questão de status, na medida em que abrange aquilo que se é, não as oportunidades e possibilidades que alguém possui. Nesse sentido, Philip Pettit⁸⁷ entende que ser livre é “não estar submetido à ingerência do outro segundo a sua vontade”, estando “ao abrigo” dessa ingerência; ser livre equivale “ao fato de não ser dominada pelo outro”.

Conscientes de maneiras mais antigas, republicanas de pensar sobre a liberdade política, nós [John Braithwaite e eu] nos perguntamos se seria possível ver [esse] ideal como inerentemente social em caráter — vê-lo como um equivalente à cidadania em uma república — e ao mesmo tempo vê-lo como um valor distintamente subjetivo que permitisse à pessoa que dele gozasse ter uma sensação de segurança psicológica e status. [...] Então percebemos que tal forma de pensar sobre a liberdade se tornava acessível uma vez que se pensasse de duas formas centrais. Primeiro, que há uma grande diferença entre interferência restringida que foi pensada para o bem comum — por exemplo, a interferência de uma lei que ninguém contesta — e interferência arbitrária. E em segundo lugar, que há uma grande diferença entre conseguir por acaso evitar essa interferência arbitrária — por exemplo, porque os poderes estabelecidos gostam muito de você — e ser mais ou menos invulnerável a ela. Torne esses dois conceitos importantes e é muito natural pensar na liberdade como um status social em que se é relativamente

⁸⁵GRAY, John. Isaiah Berlin, Rio de Janeiro: Difel, 2000. p. 57.

⁸⁶Sobre o tema, tem-se que os neorrepblicanos retomam as discussões sobre o republicanismo, daí a adição de “neo” à denominação (RODRIGUES, C. L. Principais aspectos do neorrepblicanismo de Philip Pettit. **Pensamento Plural**, Pelotas, n. 6, p. 36 – 37, 2010. Disponível em: <<http://pensamentoplural.ufpel.edu.br/edicoes/06/02.pdf>>. Acesso em: 9 de jun. 2021). Imperioso ressaltar que nesta tese, pretende-se deixar de lado discussões quanto às diferenças exatas entre a tradição republicana, romana de pensamento político, e sua contraparte contemporânea. Dessa forma, o vocábulo republicano será empregado indistintamente para tratar desse conceito de liberdade trabalhado por Philip Pettit.

⁸⁷PETTIT, P. Liberalismo e republicanismo. In: CANTO-SPERBER, M. (Org.). **Dicionário de Ética e Filosofia Moral**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 57 apud MARÇAL, Jairo. **O jovem Marx e o republicanismo**: a questão da liberdade e da emancipação humana. Dissertação de mestrado — Universidade Federal do Paraná, 2005. p. 36.

à prova de interferência arbitrária dos outros, e em que se pode ter uma sensação de segurança e firmeza entre eles. Essa abordagem pensa a liberdade como não-dominação: como uma condição sob a qual alguém é mais ou menos imune [...] à interferência de forma arbitrária.⁸⁸

De acordo com a referida citação, é importante asseverar que a despeito da dicotomia entre liberdade negativa e positiva, Philip Pettit entende que existe uma terceira possibilidade de definição de liberdade, que se faz presente na tradição republicana: a liberdade como não dominação, conforme explica o autor:

A liberdade como não-dominação pode ser melhor introduzida observando que a taxonomia de liberdade positiva e negativa de Berlin exclui uma terceira possibilidade mais ou menos impressionante. Ele pensa em liberdade positiva como autodomínio e liberdade negativa como ausência de interferência de outros dois. Mas dominância e interferência não são equivalentes. Não existe, então, a possibilidade intermediária de que a liberdade consista na ausência - como quer a concepção negativa -, mas na ausência de dominação por outros, não na ausência de interferência? Essa possibilidade teria um elemento conceitual comum com a concepção negativa – o foco na ausência, não na presença – e um elemento comum com a positiva: a foto na dominação, não na interferência. (Tradução nossa).⁸⁹

Verifica-se que, assim como na perspectiva liberal, a liberdade republicana também é negativa, tendo em vista que caracterizada pela ausência, contudo, diferentemente dessa perspectiva, não pressupõe a interferência como um fator limitador da liberdade, eis que o indivíduo é livre quando não está sujeito ao domínio de outrem.

Nesse caso, a dominação se qualifica pelo poder de interferir arbitrariamente, e não pela interferência pura e simples, podendo-se afirmar que um agente domina o outro quando tem um certo poder sobre este, poder esse de interferir de forma arbitrária em suas eleições. Dito isso, importa questionar: O que pode ser entendido como interferência? Quando esta se apresenta de forma arbitrária?

⁸⁸PETTIT, Philip. **Republicanism**. A theory of freedom and government. Oxford, Oxford University Press, 1997a. p. vii-viii.

⁸⁹El mejor modo de introducir la libertad como no-dominación puede se observar que la taxonomia berliniana de libertad positiva y negativa excluye una tercera posibilidad más o menos llamativa. Él piensa en la libertad positiva como autodomínio y la libertad negativa como em ausência de interferência por parte dos outros. Pero domínio e interferência no son equivalentes. No hay, pues, la posibilidad intermédia de que la libertad consista em uma ausência - como quiera la concepción negativa -, pero en uma ausência de domínio por otros, no en uma ausência de interferência? Esta posibilidad tendría um elemento conceptual em comum con la concepción negativa – el foco em la ausencia, no em la presencia –, y um elemento común com la positiva: el foto em la dominación, no en la interferência. (PETTIT, Philip. **Republicanism**. A theory of freedom and government. Oxford, Oxford University Press, 1997a. p. 40).

Para que se avalie a presença de interferência, esta deverá ocorrer de forma mais ou menos intencional, com o propósito de piorar a situação do indivíduo, podendo ocorrer das seguintes formas: a) por meio de uma coação física corporal – restrição e obstrução; b) por meio de uma coação da vontade – por meio de uma ameaça; ou c) decorrente de uma manipulação – que se opera, geralmente, de forma encoberta, viciando a formação da vontade⁹⁰. Frisa-se que o agente deve ter a capacidade de realmente intervir, e não apenas uma capacidade virtual.

A arbitrariedade diz respeito à interferência que se procede sem levar em conta o interesse e a opinião do afetado⁹¹. Assim, a liberdade, na tradição republicana, é entendida como não-dominação, e não como não-interferência, como o faz a tradição liberal.

2.2 Formas discursiva (verbal) e não discursiva (não verbal) do direito à liberdade de expressão

Ao dissertar sobre o conceito de liberdade de expressão, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug entende que esse direito “engloba a exteriorização do pensamento, ideias, opinião, convicções, bem como de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação”⁹².

Segundo Lucia Santaella, em todos os tempos, no passado e no presente, os grupos humanos constituídos recorreram e recorrem a modos de expressão verbais e não verbais, que contemplam uma enorme variedade de linguagens, que se constituem em sistemas sociais e históricos de representação do mundo.⁹³

⁹⁰PETTIT, Philip. **Republicanism**. A theory of freedom and government. Oxford, Oxford University Press, 1997a. p. 79.

⁹¹PETTIT, Philip. **Republicanism**. A theory of freedom and government. Oxford, Oxford University Press, 1997a. p. 80.

⁹²“A liberdade de pensamento, de opinião, de sentimentos e sensações se exterioriza por meio da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. São formas capazes de difundir o pensamento. Assegura-se o direito de o indivíduo desenvolver todas as suas potencialidades, sejam elas intelectuais, artísticas ou científicas. A liberdade de expressão, de ideias ou opiniões não envolvem apenas o uso de palavras, mas pode dar-se por meio de gestos, expressões corporais, mídias audiovisuais ou símbolos. A proteção à liberdade artística, por exemplo, implica proibição de o Estado vir a impor na atividade de criação os seus padrões estéticos. A Constituição de 1988 estabelece em seu artigo 5º, IX: [...] - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente, de censura ou licença.” (MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: RT, 2009. p. 66).

⁹³SANTAELLA, Lucia. **O que é semiótica**. São Paulo, Brasiliense, 1983.

Portanto, pode-se inferir que a comunicação humana é processada por ao menos duas formas de expressão, quais sejam: as não discursivas (não verbais) e as discursivas (verbais). Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Clarissa Aguilar Magalhães e Sophia Glbas Rezende afirmam que “ambas são expressões de extrema relevância no desenvolvimento de uma sociedade, uma vez que os meios de comunicação permitem à população ter acesso a todo tipo de informação, tornando-se essencial na formação do senso crítico *lato sensu*”.⁹⁴

A liberdade de expressão não verbal é a forma não discursiva que pode ser transmitida mediante três suportes: o corpo, os objetos associados ao corpo e os produtos da habilidade humana. Esse tipo de expressão pode ocorrer de forma involuntária e muitas vezes nem é percebida pelo emissor, podendo ser manifestada por qualquer modo de comunicação de pensamento, ideias, de informações e de expressões não sonoras.

Mark L. Knapp, ao dissertar sobre comunicações não discursivas, propõe uma classificação mais detalhada da conduta não verbal, dividida em sete áreas, de acordo com a literatura e com as investigações científicas. As áreas são: a) movimento corporal ou cinésica (emblemas, ilustradores, expressões de afeto, reguladores e adaptadores); b) características físicas; c) comportamentos táteis; d) paralinguagem (qualidades vocais e vocalização); e) proxêmica; f) artefatos e g) o meio ambiente.⁹⁵

De acordo com Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Clarissa Aguilar Magalhães e Sophia Glbas Rezende, na liberdade de expressão não verbal

[...] de um modo geral, estão incluídas as múltiplas formas de manifestação artística, podendo ocorrer por linguagem corporal, sonora (sapateado) ou não sonora (mímica, dança, música, teatro, charges/desenhos, pintura, escultura, entre outras), como “expressão não discursiva”.⁹⁶

Seja qual for a área envolvida, verifica-se que na manifestação de expressão não verbal, a forma de expressão do indivíduo possui muita relação com a demonstração e com o controle de sentimento e de emoções, sendo extremamente

⁹⁴CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MAGALHÃES, Clarissa Aguilar; REZENDE, Sophia Glbas. Liberdade de expressão em tempos de intolerância. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**. Brasília, v. 4, n. 2, p. 296-327, jul./dez., 2017.

⁹⁵KNAPP, Mark L. **La comunicacion non verbal**: el cuerpo y el entorno. Barcelona, Paidós Ibérica, 1982.

⁹⁶CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MAGALHÃES, Clarissa Aguilar; REZENDE, Sophia Glbas. Liberdade de expressão em tempos de intolerância. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**. Brasília, v. 4, n. 2, p. 296-327, jul./dez., 2017.

importante a atenção ao processo de comunicação, tendo em vista que por trás de gestos e expressões faciais pode-se desvendar a verdadeira intenção do locutor, uma vez que contradições podem ser detectadas entre palavras e gestos.

Nesse sentido, Ana Cristina Limongi França adverte que a utilização da mensagem não verbal exige uma atenção, porque os sinais emitidos nessa comunicação podem ser divergentes da comunicação verbal, ou seja, verbalmente o indivíduo tenta transmitir uma mensagem, mas as expressões e gestos, ao transmitirem outra mensagem, ocasionam um ruído na comunicação.⁹⁷

O direito à liberdade de expressão na esfera não discursiva apresenta diferentes facetas, exigindo a análise específica e detalhada das situações em que é aplicado. Por exemplo, o direito de não se expressar, de se calar, e de não informar, assegurado ao preso pelo artigo 5º, LXIII da CF/88. Outra manifestação da expressão não verbal envolve a dança e as diferentes formas de expressões corporais, que são autorizadas, desde que não apresentem atos atentatórios ao pudor, encontrando ainda limitação no artigo 223 do Código Penal Brasileiro (CPB).⁹⁸

A dimensão discursiva (verbal) do direito à liberdade de expressão pode ser materializada de diversas formas, tais como: textos, poesias, prosas, filmes, letras de música.

No caso envolvendo a vacina Covaxin, objeto desta pesquisa, constata-se o emprego da linguagem discursiva por parte do servidor público Luis Ricardo Miranda, ao relatar o caso ao seu irmão e ao prestar depoimento perante a comissão da CPI da Pandemia COVID 19. Cumpre ressaltar que as questões atinentes ao caso serão retomadas e aprofundadas no quinto capítulo desta tese.

É importante ressaltar ainda que, por mais óbvio que emitir opiniões e lançar críticas sejam atividades que se encontrem na linha de desdobramento natural da liberdade de manifestação e de pensamento, direito constitucional garantido a todos os cidadãos, tal exercício não legitima nenhum ataque nem vulneração à honra, à intimidade, à privacidade e à imagem de ninguém, sem respaldo legal.

Assim, ressalta-se o fato de que o uso da linguagem - quer na forma verbal, quer na forma não verbal - constitui-se como uma das principais ferramentas de

⁹⁷FRANÇA, Ana Cristina Limongi. **Práticas de recursos humanos. PRH** – Conceitos, Ferramentas e Procedimentos. São Paulo: Atlas, 2008.

⁹⁸Art. 233 do Código Penal Brasileiro - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

atuação do servidor público, sendo, portanto, preciso que ele se atente também para não incorrer em abuso na expressão verbal ou não verbal utilizada.

2.3 Teorias da liberdade de expressão

Seguindo o percurso desta pesquisa, após tecer considerações sobre o conceito de liberdade, especialmente quanto a sua visão positiva e negativa, passa-se à análise das principais justificativas e objetivos para a proteção desse direito, questão de considerável importância para a interpretação e para a aplicação das suas disposições aos casos controversos, como o caso relacionado aos servidores públicos, em análise no presente estudo.

Nesse ponto, segue-se a classificação elaborada por Michel Rosenfeld de que ao longo da história foram desenvolvidos quatro diferentes argumentos para justificar o direito à liberdade de expressão, quais sejam: o contrato social, a busca da verdade, a democracia e a autonomia individual⁹⁹. Verifica-se que essa classificação coincide bastante com aquela sugerida por Frederick Schauer, em sua obra *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982).¹⁰⁰

A investigação dessas justificativas mostra-se relevante para verificar, ao final da pesquisa, a possibilidade de serem aplicadas em relação aos problemas reais referentes à liberdade de expressão no âmbito do funcionalismo público, tendo em vista a complexidade de tal direito e as dificuldades práticas de sua interpretação e aplicação.

Para tanto, são exploradas as perspectivas de seus defensores, assim como os desafios enfrentados para sua aplicação.

2.3.1 O contrato social

A justificação do direito à liberdade de expressão por meio do contrato social adota como precedente a tese contratualista desenvolvida por autores como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, elencando, em resumo, que os

⁹⁹ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. Pensamiento Constitucional. **Cardozo Law Review**, Año XI, n. 11, abr. p. 163, 2003.

¹⁰⁰SCHAUER, Frederick. **Free Speech: a Philosophical Enquiry**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

indivíduos, em busca de garantir a sua proteção e a sua segurança, aceitariam se submeter ao domínio do Estado, atribuindo a um governo autoridade para gerir os rumos de uma determinada sociedade nos termos de um pacto inicial.¹⁰¹

Com base nesta justificativa, as instituições políticas fundamentais, necessariamente, devem ser justificáveis a partir de uma determinada sociedade, não havendo possibilidade de exclusão, *ex ante*, de qualquer manifestação de ideia, ainda que radical, desde que ela se preste para justificar a adesão de um determinado indivíduo aos termos do contrato social.¹⁰²

Dessa forma, de acordo com a justificação do direito à liberdade de expressão, por meio do contrato social, seria necessário assegurar a livre manifestação, como forma de garantir a possibilidade de discussão dos “termos” do contrato, ao qual o indivíduo há de se submeter.

Então, de acordo com a perspectiva da justificação da liberdade de expressão com base no contrato social, verifica-se que a liberdade de expressão pode ser considerada um elemento imprescindível à garantia da legitimidade do contrato social e, via de consequência, da autoridade do governo, fundamentada nesse suposto contrato social.

2.3.2 A busca da verdade

A justificação da liberdade de expressão por meio da busca da verdade se baseia na teoria de John Stuart Mill, segundo a qual “o descobrimento da verdade é um processo empírico crescente que se baseia no método de ensaio e erro e que exige uma discussão desinibida”.¹⁰³ De acordo com ele, apenas a proteção ao dano contra outro indivíduo constitui-se como um princípio capaz de justificar a interferência do Estado na liberdade de um indivíduo. Assim, o dano ocasionado pelo indivíduo a

¹⁰¹ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. Pensamiento Constitucional. **Cardozo Law Review**, Año XI, n. 11, abr. p. 164.

¹⁰²ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. Pensamiento Constitucional. **Cardozo Law Review**, Año XI, n. 11, abr. p. 164.

¹⁰³Tradução nossa do original em espanhol: “el descubrimiento de la verdad es un proceso empírico creciente que se basa en el método de ensayo y error y que exige una discusión desinhibida”. (ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. Pensamiento Constitucional. **Cardozo Law Review**, Año XI, n. 11, abr. p. 164).

ele mesmo, no exercício de sua autonomia, não pode ser objeto de tutela do Estado. “Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano”.¹⁰⁴

John Stuart Mill entende que ao se cercear a liberdade de expressão, ao se impedir a manifestação de determinada opinião, impede-se a possibilidade de permitir que uma opinião verdadeira venha à tona ou, ainda que se trate de uma opinião errônea, perde-se a possibilidade de se enfatizar a força da opinião contrária ao confrontá-la com a opinião dissonante. “Nunca podemos estar seguros de que a opinião que procuramos sufocar seja falsa; e, se estivéssemos seguros, sufocá-la seria ainda um mal”.¹⁰⁵ O autor dá vida à tese do mercado livre de ideias com essa frase, porque pressupõe a falibilidade da razão humana, que é capaz sempre de construir opiniões equivocadas. Dessa forma, impedir que uma manifestação seja expressa porque se supõe que a opinião contrária é verdadeira seria, para Mill, um erro absurdo.¹⁰⁶

É preciso ressaltar que John Stuart Mill não exclui a possibilidade de presumir verdadeiro aquilo que se postula ou defende. Para ele, não é uma faculdade, mas um dever daquele que defende uma ideia, presumir a verdade daquilo que postula, estando, com isso, a orientar a própria conduta do autor do discurso. Entretanto, isso não significa dizer em presumir a irrefutabilidade do postulado, de modo a impedir a discussão acerca do tema¹⁰⁷. Isso porque, segundo ele, melhor confiança merece aquela tese que, postulando-se verdadeira, submete-se a toda e qualquer espécie de crítica e as responde, quando falácias, ou as absorve, quando adequadas.¹⁰⁸

Em sua obra, *Ensaio sobre a Liberdade* (1964), John Stuart Mill menciona exemplos de figuras históricas, como Sócrates e Jesus, que, segundo a narrativa ocidental, foram mortos em razão de professar o que entendiam como “verdades”. Dessa forma, o teórico procura demonstrar o prejuízo à censura do discurso, não

¹⁰⁴MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 34.

¹⁰⁵MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 44.

¹⁰⁶MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 45.

¹⁰⁷MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 47-48.

¹⁰⁸MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 49-50.

apenas para o indivíduo que sofre a coerção, mas para a própria sociedade, que se vê privada, ou ao menos postergada da possibilidade de usufruir daquela “verdade”.¹⁰⁹

Compreendidas essas duas possibilidades mencionadas - a de que o debate fortalece a verdade quando a opinião é verdadeira e a de que o debate faz sucumbir a opinião quando falsa, destaca-se que ele também elenca uma terceira possibilidade, qual seja: quando duas opiniões divergentes são apresentadas em um debate e nenhuma das duas são verdadeiras, essas opiniões podem, em debate, se complementar na busca da verdade.¹¹⁰

Segundo a tese do autor, “[...] mesmo que a opinião a que se impôs silêncio seja um erro, pode conter, e muito comumente contém, uma parte de verdade. E, uma vez que a opinião geral ou dominante sobre um assunto é raramente, ou nunca, a verdade inteira, só pela colisão das opiniões contrárias se faz provável que se complete a verdade com a parte ausente”.¹¹¹

O teórico aduz também que não se deve impor limitações ao exercício da liberdade de expressão, ainda que a opinião seja manifestada por meios insidiosos e não cordiais. De acordo com ele, as opiniões contrárias às comumente admitidas só podem conseguir atenção por uma linguagem estudadamente moderada e, pelo mais cauteloso evitamento de ofensas desnecessárias.¹¹²

Assim, por exemplo, se se tivesse de escolher, haveria muito mais necessidade de desencorajar os ataques ofensivos à descrença que à religião. É, entretanto, óbvio que a lei e a autoridade não devem restringir nem uma nem outra. E, à opinião cabe, em cada espécie concreta, determinar o seu veredicto segundo as circunstâncias do caso individual, condenando todo aquele, seja qual for o seu partido no debate, em cujo modo de defesa se manifeste falta de candura, malignidade, hipocrisia, ou intolerância de sentimento. Mas não deve inferir esses vícios do partido tomado, ainda que seja o contrário do nosso.¹¹³

Nesse sentido, de acordo com a perspectiva de John Stuart Mill, a liberdade de expressão deve ser ampla como meio de busca à verdade, entendendo o autor ser

¹⁰⁹MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 67.

¹¹⁰MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 87.

¹¹¹MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 98.

¹¹²MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 100.

¹¹³MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 101.

pertinente uma limitação à liberdade de expressão apenas quando se tratar de incitação à violência.

Ninguém pretende que as ações devam ser tão livres como as opiniões. Pelo contrário, mesmo as opiniões perdem a sua imunidade quando as circunstâncias em que se exprimem são tais que a sua expressão constitui um incitamento positivo a algum ato nocivo. A opinião de que os comerciantes de cereais matam à fome o pobre, ou a de que a propriedade privada é um latrocínio, não devem ser molestadas quando simplesmente veiculadas pela imprensa, mas podem incorrer em pena justa quando expostas oralmente, ou afixadas sob a forma de cartaz, em meio a uma turba excitada, reunida diante da casa de um comerciante de cereais. Atos de qualquer espécie que, sem causa justificável, produzem dano a outrem, podem ser refreados pelos sentimentos desfavoráveis e, quando necessário, pela interferência ativa da coletividade, e, nos casos mais importantes, exigem mesmo tal. A liberdade do indivíduo deve ser, assim, em grande parte, limitada — ele não deve tornar-se prejudicial aos outros.¹¹⁴

Portanto, em caso de mera manifestação de opinião sem emprego da violência, há de se garantir, segundo John Stuart Mill, ampla e absoluta liberdade ao interlocutor.

Mas, se se abstém ele molestar os outros no que lhes concerne, e meramente age segundo a própria inclinação e julgamento, em assuntos que dizem respeito a ele próprio, as mesmas razões que demonstram dever a opinião ser livre, provam também que se lhe deve permitir, sem o importunar, leve à prática as suas opiniões à própria custa.¹¹⁵

Para evitar qualquer dúvida quanto a compreensão da teoria da busca da verdade como argumento para justificar a liberdade de expressão, faz-se também importante entender que John Stuart Mill é favorável ao individualismo, como fonte de evolução da sociedade. Para ele, o impedimento ao individualismo retira a criatividade inerente aos gênios e pode conduzi-los à mediocridade do comportamento costumeiro de determinada sociedade.

Dessa forma, o autor destaca que é de extrema relevância assegurar que seja oportunizada às pessoas o desenvolvimento de sua individualidade, independentemente deste comportamento se adequar ou não aos costumes da sociedade.

¹¹⁴MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 102-103.

¹¹⁵MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 103.

Verifica-se, portanto, que o teórico defende a liberdade, a individualidade e, com isso, a diversidade. Segundo afirma,

Se a resistência aguardar até que a vida quase se reduza a um único tipo uniforme, todos os desvios desse tipo passarão a ser considerados ímpios, imorais, até mesmo monstruosos e contrários à natureza. É imperioso, portanto, que a humanidade valorize a diversidade, antes que se desacostume de vê-la

Se a resistência aguarda quase se reduza a vida a um tipo uniforme, todos os desvios desse tipo virão a ser considerados ímpios, imorais, mesmo monstruosos e contrários à natureza. A humanidade se torna rapidamente incapaz de conceber a diversidade se por muito tempo se desacostumou de vê-la.¹¹⁶

A par dessas ideias, de acordo com John Stuart Mill, é preciso garantir que se imponham limites à interferência do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. O autor afirma que, mesmo que não se parta de uma ideia contratualista de Estado, é certo que o Estado exija determinados comportamentos e contrapartidas do indivíduo, a partir do momento em que lhe oferece proteção, infraestrutura e benefícios, bem como pressupõe a existência de uma sociedade que é constituída por uma diversidade de indivíduos que hão de conviver.

Ainda de acordo com John Stuart Mill, o Estado pode, então, exigir que um indivíduo não ofenda determinados interesses de terceiros, interesses estes juridicamente constituídos como direitos. Todavia, sustenta que um indivíduo pode até adotar condutas que sejam danosas a outros indivíduos, sem que isso implique, entretanto, violação ao direito atribuído a estes indivíduos. Nessas situações, cabe à moralidade pública reprimir tal comportamento e não ao Direito.

Já os atos ofensivos aos outros exigem um tratamento completamente diverso. A usurpação dos seus direitos; infligir-lhes lesão ou dano que os direitos do que lesa ou prejudica não justificam; a falsidade ou duplicidade no trato com eles; o uso ilícito ou mesquinho de vantagens que sobre eles se tenham; mesmo a abstenção egoística de os defender contra injúria — tudo isso são objetos adequados de reprovação moral e, nos casos graves, de retribuição e punição morais. E não somente esses atos, mas as disposições que a eles conduzem, são imorais no sentido próprio, dignas de reprovação, a qual pode ir à aversão.¹¹⁷

¹¹⁶MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 134.

¹¹⁷MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 35-136.

Posto isso, constata-se que John Stuart Mill não verifica a possibilidade de reprovabilidade social a manifestações que, ainda que não facilmente aceitas, prejudiquem apenas o próprio indivíduo. O autor entende que apenas quando existe um prejuízo ao direito estabelecido pelo Estado a outro indivíduo ou à sociedade, o ato individual pode vir a sofrer a devida repreensão. “Em suma, quando se verifica um prejuízo definido, ou existe um risco definido de prejuízo, a um indivíduo, ou ao público, o caso sai do setor da liberdade, e recai no da moralidade ou no da lei”.¹¹⁸

Observa-se, assim, conforme os estudos históricos já delineados até aqui, que a tese de John Stuart Mill, intitulada “mercado livre de ideias”, foi amplamente aderida pela corte constitucional estadunidense, construída em torno da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, destacando *Justice* Oliver Wendell Holmes, dando origem à “jurisprudência do perigo iminente”, adotada atualmente pela Suprema Corte norte-americana¹¹⁹. Com base nessa jurisprudência, assim como para a tese do “mercado livre de ideias”, a liberdade de expressão deveria ser ampla, a não ser em casos de incitação à violência, já que, caso uma ideia seja falsa, o melhor método para combatê-la é o debate amplo, que resultaria em seu falseamento.¹²⁰

Em sua obra, *O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*, Ronald Dworkin explica que, à época dos federalistas, a Primeira Emenda à Constituição norte-americana era interpretada à luz da Teoria da Restrição Prévia, desenvolvida por William Blackstone, segundo o qual, o Estado não poderia proibir a publicação de nenhum conteúdo, mas poderia punir posteriormente a entidade que o publicou caso entendesse que se tratasse de conteúdo ofensivo ou perigoso. O autor, relata que até mesmo o Juiz Oliver Wendell Holmes adotou essa teoria, em julgado datado de 1907.¹²¹

Ainda nessa obra referida, o autor relata que a Tese da Restrição Prévia começou a ser descartada, aos poucos, a partir da I Guerra Mundial, em casos como

¹¹⁸MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 140-141.

¹¹⁹HOLMES, Oliver Wendell apud MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964. p. 140-141.

¹²⁰ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. *Pensamiento Constitucional*. **Cardozo Law Review**. Año XI, n. 11, p. 164, abr. 2003.

¹²¹HOLMES, Oliver Wendell apud DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 314.

Masses (U.S. DISTRICT COURT, 1917)¹²², *Abrams* (U.S. SUPREME COURT, 1919a)¹²³ e *Whitney* (U.S. SUPREME COURT, 1927)¹²⁴, tendo sido substituída pela teoria do perigo iminente, no início da segunda metade do Século XX. Com isso, com base nessa teoria, o Estado apenas pode intervir na liberdade de expressão para evitar ou punir um “perigo evidente e imediato”.¹²⁵

O estudo dos precedentes desenvolvidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos mostra-se importante para demonstrar que a liberdade de expressão é tão antiga quanto os direitos fundamentais, mas suas características e fundamentos são relativamente novos, visto que apenas no início do século XX essas questões foram, de fato, largamente debatidas e tomaram a feição atual.

Antes disso, a regulação da liberdade de expressão era comum e a censura amplamente permitida, em especial quando se defendia os interesses governamentais. Como tratado anteriormente no caso *Masses*, exemplo disso foi a chamada Lei de espionagem (*Espionage Act*), promulgada em 1917, logo após os

¹²²Em síntese, tal caso retrata a situação em que o chefe dos correios de Nova York se recusou a entregar as revistas da empresa “Masses Publishing Co.” que continha charges críticas à guerra, sob o argumento de que referidas charges violariam a “Lei de Espionagem” de 1917, que proibia os cidadãos norte-americanos a fazer declarações que interferissem nas operações militares, estimular insubordinação, motim, ou qualquer forma de obstrução intencional ao recrutamento e ação das forças armadas. Apesar das alegações do chefe dos correios de que as charges críticas promoviam “agitação política”, o Juiz da Corte Distrital de Nova York, Learned Hand, determinou que a Lei de Espionagem não proibisse a publicação das referidas charges que, embora críticas ao governo dos EUA, eram opiniões protegidas pela Primeira Emenda e, portanto, não poderiam ser proibidas (U.S. DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. **Masses Publishing Company vs. Patten**, 244 F, 355 (S.D.N.Y.,1917). Disponível em: <http://www.ericejohnson.com/projects/mass_media_law_compendium/1.0_body/C_05_Masses_v_Patten.pdf. Acesso em: 17 maio 2022.).

¹²³Trata-se de caso em que ao serem pegos distribuindo panfletos de cunho político que faziam uma dura crítica ao governo norte-americano por interferir na Revolução Russa com o envio de tropas e produção de armas objetivando impedir as forças revolucionárias, os réus também foram acusados de violar a “Lei de Espionagem de 1917” por incitar a resistência e promover mobilização contra o governo. Nesse caso, no entanto, ao contrário do *Masses v. Patten*, a Suprema Corte condenou os acusados (com 7 votos favoráveis e 2 contrários), decidindo que “A Primeira Emenda não protege a fala que é projetada a minar os Estados Unidos na guerra, fomentando a insubordinação e a desordem”. (U.S. SUPREME COURT. **Abrams vs. United States**, 250 U. S. 616 (1919a). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>>. Acesso em: 17 maio 2022).

¹²⁴Nesse caso, a ré Charlotte Whitney foi acusada, em 1927, com base na “*California Criminal Syndicalism Act*” de 1919, que criminalizava a associação sindical, por auxiliar a formação do —Partido Trabalhista Comunista da Américall o qual, segundo as acusações, era um grupo destinado a promover a derrubada violenta do governo. Nesse caso paradigma específico, Charlotte Whitney foi condenada pela maioria da Suprema Corte, que decidiu que, “apesar da primeira emenda, um estado pode usar seu poder policial para punir o discurso que prejudica o bem-estar público, incitando a atividade criminosa, perturbando a paz, ou defendendo a derrubada violenta do governo” (U.S. SUPREME COURT. **Abrams vs. United States**, 250 U. S. 616 (1919a). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>>. Acesso em: 17 maio 2022).

¹²⁵DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 315-316.

Estados Unidos aderirem à Primeira Guerra Mundial. Essa legislação passou por diversas modificações, sendo que uma das principais ocorreu em 1918, com a aprovação do Ato de Sedição (*Seditious Act*). O propósito dessa legislação era proibir críticas ao governo e sua participação na guerra.¹²⁶

Com a aprovação e aplicação da Lei de espionagem, criou-se uma imunidade do governo às críticas, na medida em que o povo não tinha mais o direito de questionar e discordar do que era decidido por aqueles no comando do governo.

A partir da aprovação da Lei de espionagem, o governo norte-americano proibiu qualquer manifestação crítica a respeito da guerra ou do recrutamento, independentemente se havia ou não a intenção de causar dano real aos governantes ou a terceiros. Como consequência, a tentativa de causar dano também foi equiparada ao discurso e, com isso, impediu-se a linguagem em si mesma, o que deixou evidente a necessidade de se estabelecer limites ao que o governo poderia fazer em nome do poder e do interesse público.

Em 1919, então, a partir do julgamento do caso *Abrams v. United States*, algumas questões sobre a liberdade de expressão foram delineadas. Jacob Abrams e outros quatro imigrantes russos foram presos e condenados por violação ao Ato de Sedição de 1918. O crime cometido foi o de distribuir pelas ruas de Nova Iorque panfletos que criticavam os EUA por enviarem tropas para a Rússia, além de incentivarem os trabalhadores da indústria de munições a fazer uma greve em protesto contra a campanha norte-americana na primeira guerra.

Depois de serem condenados em primeira instância, os réus apelaram com fundamento na Primeira Emenda, sob o argumento de que seu direito fundamental à liberdade de expressão havia sido desrespeitado. A tese por eles alegada foi de que os atos cometidos seriam irrelevantes, pois a conduta em si estaria protegida pelo direito à liberdade de expressão. Os réus também argumentaram que a própria Lei de sedição deveria ser considerada inconstitucional.

Entretanto, em última instância, a tese defensiva foi negada, tendo o Juiz Oliver Wendell Holmes entendido que a proximidade do dano poderia ser equiparada ao

¹²⁶Tal ponto foi ressaltado por Garret, para quem: "Qualquer um que por sua vontade, profira, escreva ou publique texto desleal, profano, abusivo ou difamatório sobre o nosso governo, constituição, forças armadas ou seus uniformes ou bandeiras, ou texto que pretenda incitar ou encorajar resistência aos Estados Unidos da América ou promover a causa de seus inimigos ou advogar ou defender qualquer um dos atos acima é denunciado pela emenda da Lei de espionagem" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Whitney v. California**, 274 U.S. 357, 375 (1927). p. 71).

crime, baseando-se no julgamento do caso *Schenck v. United States*¹²⁷. No julgamento, a probabilidade de a conduta de Abrams causar dano aos interesses do Estado e à campanha da guerra foi adotada como justificativa para a condenação dos acusados.

Apesar da manutenção da condenação dos acusados, tal decisão marcou a origem do famoso teste do perigo claro e iminente, mais protetivo à liberdade de expressão, se comparado ao seu antecessor, o teste da “*bad tendency*”¹²⁸, que possibilitava grande cerceamento à liberdade de expressão. Então, observando a discricionariedade com que estava sendo aplicado o teste, Oliver Wendell Holmes logo o alterou, indicando que o perigo, além de claro e iminente, deveria ser muito grave.

De forma diversa à decisão do caso *Schenck*, ao julgar o caso de *Abrams*, Oliver Wendell Holmes acabou por avaliar se a Primeira Emenda permitiria ou não a supressão da liberdade de expressão, em um caso de afronta aos interesses do Estado. Tem-se que não se falava mais em punição de condutas influenciadas por palavras, mas da condenação de ideias e, quanto a isso, a Suprema Corte entendeu que a Constituição se baseava na igual relevância de todas as ideias, fossem elas contrárias ou favoráveis ao governo, o que excluiu a possibilidade de criminalização do simples pensar.

A partir disso, Oliver Wendell Holmes propôs uma teoria para justificar a defesa da liberdade de expressão, qual seja: a teoria da verdade. A ideia defendida por Oliver Wendell Holmes está baseada em um experimento social. Um livre mercado de ideias, tal qual imaginado e defendido por John Stuart Mill e por John Milton, conforme já abordado no início do presente capítulo.¹²⁹

¹²⁷O caso *Schenck v. United States* foi julgado em outubro de 1918, e na ocasião os membros do partido comunista foram acusados e posteriormente condenados por terem tentado causar insubordinação no exército e na marinha, além de obstruírem o recrutamento e alistamento entre os recrutados para o serviço militar. Sua conduta: impressão e circulação de um documento instigando a insubordinação. Mantendo a condenação, a Suprema Corte argumentou que a legalidade do ato depende da situação na qual é realizado, pois, em tempos de paz, não haveria de fato crime, no entanto, em tempos de guerra tais palavras têm a capacidade de criar um perigo claro e iminente, trazendo um mal sobre o qual o Congresso tem o direito de prevenir. (GARRETT, G. P. Free. Speech and the Espionage Act. **Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology**, v. 10, n. 1, p.71-75, maio 1919).

¹²⁸STONE, Geoffrey R. The origins of the ‘Bad Tendency’ Test: Free Speech in Wartime. **The Supreme Court Review**, Chicago, v. 2002, p. 411-453, 2002.

¹²⁹MILTON, John. **Areopagitica**. [s.l.]: Independently Published, 2019.

Nessa situação de troca livre de ideias e de visões de mundo, o valor de verdade de um enunciado deve ser aferido pelo resultado do confronto da ideia nele contida com as ideias que lhe são contrárias. Com isso, a livre troca de ideias define, assim, o valor da verdade. Para que uma ideia tenha valor e impacto real, ela deve ser o resultado de reflexão coletiva, pois uma verdade autodeclarada nada mais será do que uma falsa verdade.

Ao analisar essa questão, Robert Post entendeu que, para essa teoria, a verdade política deve ser determinada pelos cidadãos que participam de uma democracia, por meio da defesa de suas crenças e de suas ações e, não pelo governo ou pelo judiciário.

É preciso, por isso, cautela para que não ocorra a censura de ideias minoritárias, pois, ainda que não aceitas, essas ideias fazem parte do livre mercado e, sua censura desvirtuaria o funcionamento do sistema como um todo. A existência da liberdade de expressão e de pensamento só é possível sob esse ponto de vista, quando houver a preservação da liberdade daqueles de quem se concorda e, também, daqueles de quem se discorda.

A par disso, Oliver Wendell Holmes passou a compreender que a limitação dessas liberdades só deve ocorrer em situações em que esteja comprovada uma ameaça imediata, situação em que a interferência na liberdade se mostra necessária para salvar o país ou o direito de terceiros.

Ao mesmo tempo, Oliver Wendell Holmes destacou a existência da dificuldade de se estabelecer a verificação um perigo real. Assim, indagações foram feitas, tais como: A simples intenção de causar dano (*bad intention*) seria suficiente para justificar a proibição? Isso não equivale a proibir ideias perigosas?

Considerando esses pontos, Oliver Wendell Holmes defendeu que havia uma contradição entre o teste do perigo concreto e sua nova teoria para a liberdade de expressão. Diante da possibilidade de o discurso ser censurado apenas por ter uma potencialidade de causar algum tipo de dano, verificou que seria necessária uma maior limitação da regulação estatal à liberdade de expressão.

Segundo Oliver Wendell Holmes, mesmo quando existente uma tentativa da prática de um crime, a punibilidade deveria ser relacionada a situações extremas, não meras perturbações. A defesa de atos criminosos está amparada, portanto, pela

liberdade de expressão, desde que o defensor desses atos não incite diretamente a prática dessa conduta.

As ideias de Oliver Wendell Holmes são complexas e, num primeiro momento, até parecem contraditórias, já que ao mesmo tempo em que busca a proteção da liberdade de expressão, também reconhece a necessidade de impor certas limitações. As decisões de Oliver Wendell Holmes evidenciam que, a seu ver, além de tentar tornar possível o livre mercado de ideias, o judiciário deveria ter uma preocupação com a proteção dos interesses do Estado, motivo pelo qual, ainda que de forma limitada, ele considera necessário que o Estado tenha poder para regular o discurso.

Seu pressuposto geral é de que o contraste de ideias tem o potencial de revelar a verdade. E todos querem conhecer a verdade, pois ela revela como o mundo funciona. Apesar de ser uma meta válida, ao se especificar quais são as ideias relevantes para definir essa compreensão, muitos pontos de vista são deixados de lado, ocorrendo, assim, uma marginalização de discursos, como aqueles que não têm relevância política, ou que assim ainda não tenham sido reconhecidos.

A teoria da verdade abre, portanto, uma brecha, deixando vulneráveis à regulação estatal muitas formas de expressão. Há, como se observa, um juízo de valor sobre quais ideias merecem mais proteção, não se deixando claro quem realizaria essa seleção.

Em meio a essas indagações, é importante questionar: Quais são os requisitos sociais da busca pela verdade? Nesse ponto surge uma distância considerável entre os resultados práticos da teoria do livre mercado de ideias e sua formulação abstrata. Nem todos têm igual acesso a esse mercado.¹³⁰

E aquele que já possui tal acesso tem a tendência de silenciar o seu oponente. É errado pensar que o livre mercado de ideias proteja todo o discurso que transmita alguma ideia. Como todo mercado, esse também é seletivo. Mercados não são neutros, sejam eles de mercadorias ou de ideias.¹³¹

¹³⁰LAURENTIS, Lucas Catib; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análise de casos. **Revista Direito e Praxis**, p. 6, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/Xkt<WwY7WmmmvZg4Q7mgX3G/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 17 maio, 2022.

¹³¹LAURENTIS, Lucas Catib; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análise de casos. **Revista Direito e Praxis**, p. 6, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/Xkt<WwY7WmmmvZg4Q7mgX3G/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 17 maio, 2022.

Assim, a proteção pura e simples do mercado de ideias, não só não protege os grupos minoritários, como também não tende a criar um confronto efetivo de visões de mundo, pois nele sempre prevalecerá a visão do grupo dominante.

O autor Cass Sunstein¹³² também vê a aplicação da teoria do livre mercado de ideias como problemática, visto que as condições ideais para a sua aplicação não existem no mundo real.

Isso pode ser reforçado pelo fato de que não há, na realidade, uma distribuição equitativa e clara de informações adequadas para a tomada de decisão. Além disso, não existe uma garantia de ausência de manipulação da informação, sobretudo quando se considera que a ideia é hoje veiculada por meios eletrônicos que, muitas vezes, não identificam a sua fonte. Ou seja, na realidade da troca de informações eletrônicas, há sempre indivíduos interessados em sustentar o seu próprio ponto de vista, para quem a busca da verdade não passa de um interesse, entre outros, que deve ser atropelado.¹³³

Entretanto, de acordo com Cass Sunstein, ainda que falho, em um sistema em que se valorize o processo deliberativo, os resultados obtidos seriam positivos, pois ao menos parte de um debate seria criado e, a democracia não sobrevive sem debate.

A teoria da verdade apresenta, portanto, importantes limitações, mas indica um fundamento claro e direto da liberdade de expressão: ideias são reguladas e combatidas por meio de outras ideias, não com poder ou força.

Ainda sobre o estudo da teoria da busca da verdade, dada a sua importância para a observação do objeto investigativo em foco nesta tese e, principalmente, pelo aprofundamento da pesquisa quanto a proteção à liberdade de expressão - empreendida por meio do conhecimento dos fatos históricos da liberdade de expressão -, é interessante ressaltar que, a partir do estudo dos precedentes desenvolvidos pela Suprema Corte norte americana, o perigo que possa ensejar a limitação à liberdade de expressão deve ser evidente e imediato, não abrangendo, por isso, as meras declarações que possam ofender, desagradar, humilhar, sem, entretanto, ocasionar em uma ação violenta direta e imediata.

¹³²SUNSTEIN, Cass. **Democracy and the problem of free speech**: with a new afterword. New York: The Free Press, 1993.

¹³³LAURENTIS, Lucas Catib; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análise de casos. **Revista Direito e Praxis**, p. 6, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/Xkt<WwY7WmmmvZg4Q7mgX3G/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 17 maio, 2022.

Por exemplo, no julgamento do caso *National Party vs. Skokie* pela Suprema Corte, nota-se a força praticamente ilimitada da liberdade de expressão na tradição liberal norte-americana, fundada na teoria do perigo iminente. Em síntese, no mencionado caso, a Suprema Corte, em 1977, decidiu pela inconstitucionalidade de uma decisão judicial que impediu o Partido Nacional Socialista de fazer uma passeata de caráter neonazista, com a distribuição de panfletos e a ostentação de suásticas, em um bairro tipicamente judeu da cidade de Skokie, tendo em vista que a decisão judicial contrariava a liberdade de expressão e de reunião prevista na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos.¹³⁴

Para Ronaldo Porto Macedo Junior, da teoria do perigo iminente decorre a necessária diferenciação entre a mera expressão da ideia e a incitação ao preconceito ou à violência:

Incitar não pode ser compreendido como sinônimo de advocacia de ideias (advocacy of ideas), como desde há muito tem entendido a literatura anglo saxã sobre liberdade de expressão. Incitar exige a realização de uma prática discursiva diretamente relacionada à produção de uma ação. Trata-se de um encorajamento a uma ação direta e não a mera defesa de uma ideia que eventualmente, depois de um processo de reflexão e pensamento, poderá produzir uma ação. Incitar um crime envolve um tipo particular de encorajamento que pode ser causalmente decisivo na sua concretização. O exemplo típico é a convocação emotiva e passional para que membros de um grupo participem de um linchamento.¹³⁵

Na obra *Freedom for the thought that we hate*, Anthony Lewis também relata que, nas primeiras décadas de vigência da Primeira Emenda à constituição dos Estados Unidos, vários episódios de cerceamento à liberdade de expressão e de imprensa foram observados nos EUA. Todavia, ressalta que hoje nem mesmo as mais ácidas críticas são objeto de cerceamento pelos tribunais, indicando uma alteração na interpretação da Primeira Emenda.¹³⁶

De acordo com Anthony Lewis, a Primeira Emenda representa importante função exercida pelos juízes na democracia. Para Anthony Lewis, apesar da democracia residir sobre o pilar da soberania popular, as tiranias da primeira metade

¹³⁴U.S. SUPREME COURT. **National Socialist Party of America v. Village of Skokie**. 432. U.S. 43 (1977). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43/case.html>. Acesso em: 17 maio 2022.

¹³⁵MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Nova Lei de migração: protestos nos limites da liberdade de expressão? **Dissenso**, 08 maio 2017.

¹³⁶LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate: a biography of the First Amendment**. New York: Basic Books, 2007. p. X.

do Século XX demonstraram ao mundo que o controle dos direitos fundamentais, baseado na autocontenção da maioria, demonstrou-se infrutífero.

Segundo o autor, é necessário um sistema de democracia constitucional, tal qual o estadunidense, por meio do qual juízes, não atrelados a maiorias eventuais, protejam os valores mais profundos da democracia. Deve haver limites formais à vontade da maioria. A imensa maioria dos países ocidentais adotou este modelo após a Segunda Guerra Mundial, inclusive os países europeus, permitindo o que Anthony Lewis entende como um avanço no campo da liberdade de expressão.¹³⁷

Segundo Anthony Lewis, os valores fundamentais de uma sociedade são consolidados com a sua constitucionalização e com a proteção por uma Suprema Corte, que, por sua vez, é inevitavelmente influenciada pela sociedade. Para ele, “o significado da Primeira Emenda tem sido, e será, moldado por cada geração americana: por juízes, líderes políticos e cidadãos”¹³⁸, mas, independentemente da geração, o direito fundamental à liberdade de expressão (ainda que perturbadora) não está mais em dúvida.¹³⁹

Verifica-se, portanto, que a justificação apresentada a partir da busca pela verdade ganhou terreno fértil, sobretudo nos Estados Unidos, e deu origem a um argumento de segunda ordem: a teoria do perigo iminente.¹⁴⁰

2.3.3 A democracia

Diferentemente da teoria da verdade, que entende a liberdade de expressão como um instrumento para maximizar o acesso à verdade, a justificação defendida a partir da democracia, entende que a liberdade de expressão constitui direito imprescindível no processo de autogoverno democrático. Assim, o discurso político, neste sentido, deve ser protegido, de modo a garantir a livre circulação das ideias.¹⁴¹

¹³⁷LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007. p. XII-XIII.

¹³⁸Tradução nossa do original em inglês: “The meaning of the First Amendment has been, and will be, shaped by each American generation: by judges, political leaders, citizens”. (LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007. p. p. XIV).

¹³⁹MARTINS, João Víctor Nascimento. **Partidismo**, discursos de ódio e liberdade de expressão. Belo Horizonte, 2019. p. 30.

¹⁴⁰MARTINS, João Víctor Nascimento. **Partidismo**, discursos de ódio e liberdade de expressão. Belo Horizonte, 2019. p. 30.

¹⁴¹ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. *Pensamiento Constitucional*. **Cardozo Law Review**. Año XI, n 11, p. 163, abr. 2003.

Sem perder de vista o escopo do entendimento da teoria democrática, é importante ressaltar que muitas pessoas concordam que democracia é um sistema de governo em que o poder é exercido pelo povo. Mas, essa é uma definição tão imprecisa quanto irreal. O povo, de fato, não governa. E os governantes, muitas vezes não estão preocupados com os interesses do povo.¹⁴²

Sobre o conceito de Democracia, James Weinstein assevera que a despeito de os diversos aspectos constituintes de uma democracia variarem de acordo com a cultura e história de cada sociedade, pode-se afirmar que toda democracia exige ao menos o atendimento a dois requisitos, quais sejam: a soberania popular, que exige o controle popular sobre o governo; e o direito de todo cidadão de participar dos processos públicos de tomada de decisão.¹⁴³

Segundo Alexander Meiklejohn¹⁴⁴, a legitimidade de um governo democrático vem do povo e do fato de o poder exercido pelo governo pertencer aos governados, sendo que, esse exercício deve ocorrer sempre com base no consentimento destes.

Alexander Meiklejohn também salienta que há muita incompreensão quanto ao que significa esse consentimento, enfatizando ser preciso diferenciar consentimento de submissão. Nesse ponto, o mesmo autor observa que a submissão vem da obediência de um poder externo. Ela decorre do medo e da falta de alternativa do destinatário da ordem, que não tem opção a não ser seguir o comando¹⁴⁵. É o caso da submissão de um escravo, que apenas obedece às regras impostas pelo seu senhor. Já o consentimento não é imposto. Ele decorre de uma escolha: Ceder um poder que é seu. Nesse caso, não há imposições, mas, sim, direitos.¹⁴⁶

O povo que consente em ser governado tem o direito e obrigação de cobrar uma boa gestão. Essa escolha vem de um acordo, no qual homens livres governam e

¹⁴²LAURENTIS, Lucas Catib; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análise de casos. **Revista Direito e Praxis**, p, 13, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/Xkt<WwY7WmmmvZg4Q7mgX3G/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 17 maio, 2022.

¹⁴³WEINSTEIN, James. Extreme speech, public order, and democracy: lessons from The Masses. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, p. 25, 2013. Reimp.

¹⁴⁴MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper & Brothers, 1948. p. 15.

¹⁴⁵MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper & Brothers, 1948. p. 16.

¹⁴⁶LAURENTIS, Lucas Catib; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análise de casos. **Revista Direito e Praxis**, p, 13, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/Xkt<WwY7WmmmvZg4Q7mgX3G/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 17 maio, 2022. 14.

são governados. Afinal, pessoas livres apenas podem ser controladas por si mesmas. Diz, então, Alexander Meiklejohn: “homens livres não são não-governados. Eles são governados por si mesmos”.¹⁴⁷

Todavia, para que não reine o caos e a anarquia, esse regime de autogoverno não dá ao cidadão autonomia para se negar a cumprir leis ou regras com as quais ele não concorda. Deve haver um entendimento implícito, de que todos concordem: as regras valem para todos. Por meio da autocrítica e de restrições contínuas ao exercício do poder, um governo nunca pode exceder sua força a ponto de oprimir o cidadão. Ou seja, “o próprio governo deve limitar o governo, deve determinar o que pode e não pode fazer. Deve certificar-se de que suas tentativas de libertar os homens não resultem em escravizá-los”.¹⁴⁸

Partindo dessas premissas, pode-se afirmar que o compromisso com a soberania popular exige um respeito ao direito à liberdade de expressão. Isso porque, considerando que o povo é a fonte de autoridade do governo, ele deve ter o direito de debater todas as questões que permeiem o exercício dessa autoridade.¹⁴⁹

Nesse sentido, “como James Madison argumentou mais de dois séculos atrás, uma consequência lógica de um compromisso com a soberania popular é que o poder de censura se dá do povo sobre o governo, e não do governo sobre o povo”.¹⁵⁰

Para James Weinstein, a ideia de democracia também pressupõe, ao menos, um direito a um procedimento formal que garanta a participação de cada indivíduo nos processos de tomadas de decisões públicas.¹⁵¹

Disso decorre que, de acordo com James Weinstein, se o governo impedir qualquer cidadão de participar do processo de tomada de decisão, cerceando a sua liberdade de expressão por entender que as suas ideias são muito perigosas ou

¹⁴⁷MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper & Brothers, 1948. p. 16

¹⁴⁸MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper & Brothers, 1948. p. 15.

¹⁴⁹WEINSTEIN, James. Extreme speech, public order, and democracy: lessons from The Masses. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013, p. 26. Reimp.

¹⁵⁰Tradução nossa do original em inglês: “As James Madison argued over two centuries ago, a logical consequence of a commitment to a popular sovereignty is that the censorial power is in the people over the Government, and not in the Government over the people” (WEINSTEIN, James. Extreme speech, public order, and democracy: lessons from The Masses. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013, p. 26).

¹⁵¹WEINSTEIN, James. Extreme speech, public order, and democracy: lessons from The Masses. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013, p. 26. Reimp.

perturbadoras, a lei criada por meio desse processo será inevitavelmente ilegítima. O governo não seria democrático, mas sim uma “autocracia ilegítima”.¹⁵²

Ainda segundo James Weinstein, a junção desses dois pressupostos demonstra que o discurso público – a liberdade de expressão relacionada à organização e à cultura de uma sociedade – é um requisito para o exercício de um governo democrático.¹⁵³

De acordo com Ronaldo Porto Macedo Júnior:

Nos EUA, que contam com a mais rica e longa tradição liberal sobre o tema, a censura de conteúdo é corretamente entendida como uma violação da liberdade de expressão. Afinal, como fixar, a priori, os conteúdos que seriam aceitáveis? Como definir o que seriam ideias preconceituosas? A quem deveria estar relegada a função de “censor esclarecido” destas questões? A experiência histórica brasileira e internacional é plena de exemplos dos riscos que tais ideias trazem não apenas para a liberdade de expressão, como também para a própria democracia.¹⁵⁴

Para melhor elucidar a relação entre liberdade de expressão e democracia, torna-se valioso citar o caso *Buckley versus Valeo* (U.S. SUPREME COURT, 1976), por meio do qual a Suprema Corte Americana declarou inconstitucional a lei que estipulava um teto de gastos nas campanhas eleitorais após os escândalos do *Watergate*. Como fundamento, a Suprema Corte baseou-se na Primeira Emenda para essa limitação, já que, para ela, limitar os gastos de campanha implicaria impor limites à liberdade de expressão de ideias políticas pelos candidatos, o que violaria a Primeira Emenda.¹⁵⁵

Ao analisar a mencionada decisão, Ronald Dworkin afirma que a concordância ou discordância em relação à decisão proferida pela Suprema Corte, no caso *Buckley versus Valeo*, depende da concepção de democracia adotada pelo crítico. Isso

¹⁵²Tradução nossa do original em inglês: “illegitimate autocracy” (WEINSTEIN, James. Extreme speech, public order, and democracy: lessons from The Masses. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013, p. 26).

¹⁵³WEINSTEIN, James. Extreme speech, public order, and democracy: lessons from The Masses. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013. p. 29. Reimp.

¹⁵⁴MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Nova Lei de migração: protestos nos limites da liberdade de expressão? **Dissenso**, 08 maio 2017.

¹⁵⁵DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 495.

porque, ele poderia adotar uma concepção tradicional (majoritarista) de democracia, ou uma segunda concepção de democracia, à qual atribui o nome de coparticipativa.¹⁵⁶

Segundo o autor, um crítico, que adote a concepção majoritarista da democracia, sustenta que a democracia requer que as decisões do governo correspondam à vontade da maioria da população sujeita ao seu império. Ou seja, um governo é democrático quando respeita a vontade da maioria. Uma perspectiva mais requintada da concepção majoritarista da democracia exige ainda que, aos cidadãos, seja provida a maior possibilidade de acesso à informações para que tomem as suas decisões da forma mais fundamentada possível.¹⁵⁷

Diante disso e da concepção majoritarista, o autor levanta a seguinte questão: “[...] será compatível com essa concepção de democracia permitir restrições legais que diminuam o volume total de discursos eleitorais, quando tais restrições tiverem, como meta, que a opinião pública seja diferente da que seria sem tais restrições”?¹⁵⁸

Adotando-se essa concepção majoritarista de democracia, espera-se que um crítico concorde com a decisão tomada pela Suprema Corte, já que considera inaceitável o controle do governo sobre a liberdade de expressão, pois ela não reflete algo que a maioria da população quer e, também, porque a liberdade de expressão, no caso, se presta a conceder aos cidadãos um maior volume de informações, que se prestarão como subsídio para a tomada de decisão inerente ao exercício do voto. Trata-se da adoção de uma estratégia à qual atribui-se o nome de aposta democrática.¹⁵⁹

Já a concepção coparticipativa de democracia, proposta pelo autor, exige que os cidadãos se autogovernem de forma coletiva, não apenas por meio do sufrágio, mas como parceiros ativos e iguais¹⁶⁰. Para tal concepção de democracia, há três dimensões necessárias, quais sejam: (a) a soberania do povo, que detém efetivamente as rédeas do poder; (b) a igualdade de cidadania, que demanda que cada indivíduo receba a oportunidade de participar em igualdade de condições com

¹⁵⁶DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 501-503.

¹⁵⁷DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 503-509.

¹⁵⁸DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 504.

¹⁵⁹DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 509.

¹⁶⁰DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 510.

os demais deste processo democrático – também nomeada de equidade; e (c) o discurso democrático, que exige a deliberação entre os cidadãos, em situações que oportunizem o convencimento recíproco.¹⁶¹

No que tange à relação entre a dimensão da soberania e a liberdade de expressão, Ronald Dworkin afirma que a liberdade de expressão é meio (caminho, instrumento) para que o povo possa, de fato, exercer o poder democrático. Caso o governo tivesse o condão de cercear a manifestação da opinião popular, necessariamente inviabilizaria o exercício da soberania popular¹⁶². Nesse sentido, o referido autor ressalta que:

A democracia não pode oferecer uma forma genuína de autogoverno se os cidadãos não puderem falar à comunidade em uma estrutura e em um ambiente que incentive a atenção aos méritos do que dizem. Se o discurso público for mutilado pela censura, ou cair em uma briga de gritos e calúnias, na qual cada lado só tenta distorcer o que os outros dizem ou gritar mais alto do que os outros, então não há governo coletivo, nenhum tipo de empreendimento coletivo, mas somente a contagem de votos como uma espécie de guerra.¹⁶³

A despeito da proteção ao exercício da liberdade de expressão, justificadas por meio da teoria da democracia, sustenta-se a possibilidade de regulamentação do discurso político realizado “por meio de comerciais políticos grotescos, que não fazem o debate e não vão além de *jingles* e *slogans* repetitivos”¹⁶⁴, já que este tipo de ação linguística “também compromete o caráter argumentativo do discurso”.¹⁶⁵

Sobre tais limitações, James Weinstein também adverte que o direito à liberdade de expressão não implica o direito de insultar as pessoas, provocando violência e distúrbios à paz (*fighting words*¹⁶⁶). Esse tipo de *fighting words* não é parte

¹⁶¹DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 510-512.

¹⁶²DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 513.

¹⁶³DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 512-513.

¹⁶⁴DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 515.

¹⁶⁵DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 515.

¹⁶⁶De acordo com Daniel Sarmento, a doutrina das *fighting words* foi inicialmente elaborada pela Suprema Corte americana, no caso *Chaplinsky vs. New Hampshire* (315 U.S. 568 (1942)). Ele observa que a *ratio decidendi* da jurisprudência das *fighting words* não é a proteção ao direito das vítimas, mas sim a garantia da ordem e da paz públicas (BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao

essencial de nenhuma expressão de ideias e, com isso, segundo a Suprema Corte Americana, “qualquer benefício que pode derivar delas é claramente superado pelo interesse social na moralidade e na ordem pública”.¹⁶⁷

Para o citado autor, em qualquer sistema democrático, deve haver uma linha separando a defesa profunda dos discursos públicos dos demais discursos, sobretudo aqueles que instigam disputas não relacionadas a questões de interesse público.¹⁶⁸

Salienta-se que na definição constitucional de democracia também se pressupõe que seja imprescindível a defesa da liberdade, enquanto condição necessária ao exercício da democracia. Segundo afirma James Weinstein, “o objetivo que define democracia tem de ser diferente: que as decisões sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”.¹⁶⁹

Então, na análise do tratamento do Estado aos cidadãos sujeitos ao seu domínio, Ronald Dworkin defende que:

O Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (equal concern); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião.¹⁷⁰

Dessa forma, quanto à relação entre liberdade de expressão e à dimensão da igualdade de cidadania, o autor entende que:

A liberdade de expressão também ajuda a proteger a igualdade dos cidadãos. [...]. Devemos permitir a cada cidadão, que pretendemos ter a obrigação de cumprir nossas leis, uma voz igual no processo de produzir tais leis, mesmo quando justamente detestamos suas convicções, ou então perdemos o direito

Professor Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 9).

¹⁶⁷Tradução nossa do original em inglês: “[...] ‘any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality’” (WEINSTEIN, James. Extreme speech, public order, and democracy: lessons from The Masses. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013, p. 35-36. Reimp).

¹⁶⁸WEINSTEIN, James. Extreme speech, public order, and democracy: lessons from The Masses. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013, p. 36. Reimp).

¹⁶⁹DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

¹⁷⁰DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

de lhes impor nossas leis. A liberdade de expressão impõe esse princípio e, assim, protege a igualdade dos cidadãos.¹⁷¹

A despeito de não consistir objeto desta pesquisa, mas apenas para atestar a profundidade e importância do estudo da democracia para a liberdade de expressão, destaca-se, com base na ideia de que esse estudo é, inclusive, contrário à posição daqueles que sustentam a intervenção do governo como forma de proibição aos discursos de ódio. Para Ronald Dworkin, aqueles que defendem essa limitação manifestam o “desejo de uma maioria de cidadãos de silenciar aqueles cuja opinião desprezam”.¹⁷²

Há quem afirme que a expressão de opiniões pejorativas com relação a grupos raciais, étnicos ou sexuais prejudica a igualdade dos cidadãos porque, além de ofender os cidadãos que são seus alvos, também prejudica sua própria capacidade de participar da política como iguais. Diz-se que o discurso racista, por exemplo, — cala as minorias raciais que são seus alvos. A força empírica dessa ampla generalização é incerta: não está clara a extensão do impacto que tal discurso tem e sobre quem. Mas, de qualquer forma, seria um grave mal-entendido da igualdade dos cidadãos, e da concepção geral de democracia co-participativa, supor que permitir a livre circulação até de opiniões políticas psicologicamente danosas ofenda a igualdade em questão. A igualdade dos cidadãos não pode exigir que eles sejam protegidos pela censura, mesmo contra as crenças, convicções ou opiniões que dificultem para eles conquistar atenção para suas opiniões em um concurso político justo, ou que prejudiquem sua própria opinião sobre si mesmos. Não seria possível generalizar um direito a tal proteção — um cristão fundamentalista, por exemplo, não poderia ser protegido de tal forma — sem proibir completamente o discurso e a expressão de opiniões. Precisamos atacar coletivamente o preconceito e a predisposição, mas não assim.¹⁷³

Levando-se em conta estes argumentos, para defender a liberdade de expressão em uma democracia, são possíveis três estratégias: (i) a aposta democrática, estratégia adotada pela concepção majoritária de democracia; (ii) a estratégia balanceadora, que avalia o custo benefício de cada regulamentação da liberdade de expressão a partir do prejuízo que traz a determinada dimensão em

¹⁷¹DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 514.

¹⁷²DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 514.

¹⁷³DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 514-515.

relação ao benefício que atribui a outra dimensão de democracia; (iii) ou um “método mais minucioso que combinasse elementos de ambas as estratégias”.¹⁷⁴

Na explicação da estratégia mais minuciosa, Ronald Dworkin pressupõe inicialmente que “a garantia da liberdade de expressão não pode, em hipótese alguma, ser absoluta”¹⁷⁵. O autor aduz também que, para essa estratégia, não se pode promover uma competição entre as diversas dimensões da democracia, de modo a estipular aquela ou aquelas que devam prevalecer nesta ou naquela situação.

A igualdade dos cidadãos, em especial, é uma questão de direito individual, e não poderíamos justificar as violações a esse direito – censurando os racistas com a justificativa de que isso melhoraria o discurso democrático, por exemplo – por intermédio de qualquer cálculo agregatório. Em segundo lugar, qualquer exceção desse tipo estaria especialmente aberta a abusos: haveria o constante risco de que o governo tentasse aniquilar partidos novos e barulhentos, ou críticos poderosos, em nome do discurso democrático ou da igualdade dos cidadãos, como têm feito os governos totalitários em outros lugares. O Congresso ou um legislativo estadual poderia desqualificar um partido cuja mensagem declarasse perigosa para a soberania popular por ser confusa, por exemplo.¹⁷⁶

Porém, embora a história apoie tanto a plausibilidade desse temor quanto a sensatez de tal estratégia, não podemos mais nos dar ao luxo de ignorar os riscos opostos – principalmente nesta era eletrônica – de um discurso político completamente desregulamentado. Precisamos comparar o risco de uma garantia constitucional menos rígida permitir que um governo engenhoso oculte do povo informações e discussões que deveria divulgar, mesmo que os tribunais estejam vigilantes para evitar tal abuso, com o risco adversário de uma proteção mais rígida permitir à riqueza e aos privilégios um poder flagrantemente antidemocrático, e permitir que o discurso político se torne tão depreciado que perca completamente seu caráter argumentativo.¹⁷⁷

Com isso, Ronald Dworkin afirma que a estratégia minuciosa reconhece os danos potenciais carregados pela liberdade de expressão ilimitada e, “proíbe qualquer legislação do discurso que prejudique perceptivelmente a soberania dos cidadãos ou a igualdade entre eles”¹⁷⁸. O teórico também recusa o arrazoado “de que se deva proibir o discurso racista ou machista para evitar que se “silenciem” os grupos minoritários ou as mulheres, ou para aperfeiçoar o caráter do discurso político”, uma

¹⁷⁴DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 516.

¹⁷⁵DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 516.

¹⁷⁶DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 516-517.

¹⁷⁷DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 518.

¹⁷⁸DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 519.

vez que presume que isso seja “incompatível com a igualdade dos cidadãos”¹⁷⁹. Por outro lado, essa estratégia permite regulamentações à liberdade de expressão que visem a fomentar alguma dimensão da democracia, sem causar nenhum “dano genuíno à soberania dos cidadãos ou à igualdade entre eles”.¹⁸⁰

É importante citar que no desenvolvimento dessa terceira estratégia - denominada, pelo autor, “estratégia minuciosa” - está a fundamentação para a sua plausibilidade. Haja vista que é a partir da ideia de que, se é possível interpretar que o texto da Primeira Emenda à Constituição Americana permite uma limitação à liberdade de expressão para garantir a segurança nacional e a paz, não há razão para que ela não possa ser sujeita à regulamentação em prol da defesa da democracia.¹⁸¹

Ronald Dworkin analisa uma declaração do Juiz Brandeis, no caso *Whitney versus California* (U.S. SUPREME COURT, 1927), e ressalta que, conforme expressado pelo juiz, a liberdade de expressão não objetiva tão somente garantir a manifestação de opiniões, mas também permitir o desenvolvimento dos cidadãos, funcionando como instrumento para alcançar um fim democrático¹⁸². Então, sustenta que a Primeira Emenda “permite uma regulamentação do discurso que aumente sua meta presumida de proteger a democracia, melhorando a igualdade dos cidadãos ou o caráter do discurso político”¹⁸³. Trata-se de uma interpretação a qual vai atribuir a alcunha de interpretação discriminadora.¹⁸⁴

O autor reconhece que essa interpretação está sujeita a certo risco, tendo em vista que o governo pode tentar empregá-la para limitar um discurso que lhe seja desfavorável. Contudo, ele frisa que esse risco é minimizado, à medida que a interpretação discriminadora não permite que as regulamentações aos discursos políticos prejudiquem, de forma notória, a igualdade ou a soberania dos cidadãos.¹⁸⁵

¹⁷⁹DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 519.

¹⁸⁰DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 520.

¹⁸¹DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 522.

¹⁸²DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 523.

¹⁸³DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 531.

¹⁸⁴DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 531.

¹⁸⁵DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 534-535.

Vê-se que Ronald Dworkin adota o pressuposto epistêmico da teoria do mercado livre de ideias, de John Stuart Mill, desenvolvida no tópico anterior. Embora, ele a interprete de outro modo a despeito daquele comum. Em regra, admite-se, a partir das ideias de John Stuart Mill, que, quanto maior o volume de informações recebidas, maior a probabilidade de se alcançar a verdade. Contudo, conforme entendimento do autor, não apenas a quantidade, mas a qualidade dessa informação e a qualidade da estruturação de sua apresentação influenciam na busca pela verdade. “Nessa outra perspectiva, o importante é a mistura cognitiva e emocional do que se apresenta, e não a quantidade em si [...]”¹⁸⁶. Assim, ele defende que esse modelo de interpretação permite que o discurso guarde maiores probabilidades de alcançar a verdade, caso seja estruturado de tal modo que incentive a investigação dos conteúdos das ideias manifestadas.¹⁸⁷

Finaliza-se este tópico, ressaltando também que, a partir da perspectiva de alguns autores e, tomando por plausível esse argumento da democracia, importa afirmar que “se o objetivo primordial é a preservação e o fomento da democracia, o discurso antidemocrático em geral e o discurso de ódio e o discurso político extremista em particular, com toda probabilidade não serviriam a um propósito útil, e, portanto, não justificariam proteção.”¹⁸⁸

2.3.4 O argumento da autonomia

Uma quarta justificação da liberdade de expressão decorre da autonomia individual, com fundamento na ideia de que a autonomia do indivíduo é constituída, entre outros fatores, pela liberdade de manifestar as suas ideias de forma espontânea e não ser sancionado por isso. Em outros termos, consoante essa perspectiva, a

¹⁸⁶DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 536.

¹⁸⁷DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 536.

¹⁸⁸Tradução nossa do original em espanhol: “Si el objetivo primordial es la preservación y el fomento de la democracia, el discurso antidemocrático en general, y el discurso del odio y el discurso extremista político en particular, con toda probabilidad no servirían a un propósito útil, y por lo tanto no justificarían protección” (ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. Pensamiento Constitucional. **Cardozo Law Review**, Año XI. n. 11, p. 163, abr. 2003).

liberdade de expressão é tomada como elemento imprescindível para a afirmação da autonomia do indivíduo.¹⁸⁹

A despeito de na literatura haver autores que entendam que a teoria da autonomia também possa ser chamada de teoria constitutiva, para fins do presente, o argumento da autonomia individual e do argumento constitutivo são abordados em separado, seguindo-se a classificação proposta por Michel Rosenfeld e por Frederick Schauer, já referenciado anteriormente.

C. Edwin Baker justifica a relação necessária entre a liberdade de expressão e a autonomia individual, com base em duas premissas. A primeira sustenta que a legitimidade do Estado depende do respeito à igualdade e à autonomia do povo. A segunda sustenta que, por meio de uma perspectiva puramente formal, o Estado somente respeita a autonomia do povo quando permite que todo indivíduo manifeste as suas ideias livremente, independentemente de quão danosas para outras pessoas sejam essas ideias.¹⁹⁰ Com base nas ideias desse autor, a adoção de políticas públicas que almejem a objetivos mais substantivos, como a defesa da dignidade, deve respeitar a estrutura formal do direito que preserva a autonomia individual.¹⁹¹

Para melhor compreensão, C. Edwin Baker sustenta que a autonomia pode ser classificada como autonomia formal e autonomia material ou substantiva. Segundo o autor, a autonomia formal é aquela provida pelo Estado, quando é criada uma estrutura estatal que permite a cada pessoa manifestar a sua opinião e expressar as suas ideias¹⁹². Por sua vez, de acordo com ele, a autonomia material ou substantiva envolve a capacidade de uma pessoa de tornar a sua vida o mais autogerida possível. Assim, o Estado fomenta a autonomia material de alguém em detrimento da autonomia material de outras pessoas quando cria uma política pública que endossa as suas ideias em detrimento das demais.¹⁹³

¹⁸⁹ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. *Pensamiento Constitucional*. **Cardozo Law Review**, Año XI. n. 11, p. 166, abr. 2003.

¹⁹⁰BAKER, C. Edwin. Autonomy and Hate Speech. In: HARE, Ivan; Weinstein, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013. p. 142. Reimp.

¹⁹¹BAKER, C. Edwin. Autonomy and Hate Speech. In: HARE, Ivan; Weinstein, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013. p. 142. Reimp.

¹⁹²BAKER, C. Edwin. Autonomy and Hate Speech. In: HARE, Ivan; Weinstein, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013. p. 142. Reimp.

¹⁹³BAKER, C. Edwin. Autonomy and Hate Speech. In: HARE, Ivan; Weinstein, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013. p. 143 Reimp.

Segundo o teórico, a legitimidade democrática exige que, ao fomentar a autonomia material de um determinado grupo social, em uma disputa política, o Estado não desrespeite a autonomia formal.¹⁹⁴

Sobre a autonomia, Ronald Dworkin afirma que cada indivíduo deve ter autonomia para decidir quais valores são importantes para si. Em sua obra, *Justice for Hedgehogs* (A raposa e o porco-espinho: justiça e valor, 2014), ele destaca a relevância do direito à liberdade para cada indivíduo da sociedade e demonstra o seu valor por meio de suas diversas facetas ou de seus diversos enfoques.¹⁹⁵

Segundo o autor, tomando-se a liberdade como um valor interpretativo, tradicionalmente, atribuem-se duas interpretações necessárias a ela, a liberdade negativa e a liberdade positiva - que foram amplamente estudadas em tópico anterior neste capítulo, tomando por base a clássica distinção promovida por Isaiah Berlin, em *Quatro ensaios sobre a liberdade* (1981). Como visto, a liberdade negativa constitui uma vedação ao Estado, que está impedido de cercear a liberdade dos indivíduos, enquanto a liberdade positiva, no dizer de Ronald Dworkin, “é o poder de participar das decisões públicas e controlá-las - inclusive da decisão de o quanto se deve restringir a liberdade negativa”¹⁹⁶. Assim:

O primeiro desses sentidos políticos de liberdade individual ou liberdade institucional (farei uso de ambas as expressões para dizer a mesma coisa), o qual (com base em muitos precedentes) chamarei de sentido “negativo”, vem incorporado na resposta à pergunta “Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – deve ter ou receber para fazer o que pode fazer, ou ser o que pode ser, sem que outras pessoas interfiram?”. O segundo, que chamarei de sentido positivo, vem incorporado na resposta à pergunta “O que ou quem é a fonte de controle ou de interferência que pode determinar que alguém faça ou seja tal coisa e não outra?”.¹⁹⁷

É preciso ressaltar, contudo, que Ronald Dworkin afasta a ideia proposta por Isaiah Berlin, sobre a existência de duas liberdades, por entender que ambas são apenas teorias sobre a liberdade. Tal posição deriva de sua teoria sobre a dignidade,

¹⁹⁴BAKER, C. Edwin. Autonomy and Hate Speech. In: HARE, Ivan; Weinstein, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013. p. 143. Reimp.

¹⁹⁵MARTINS, João Víctor Nascimento. **Partidismo**, discursos de ódio e liberdade de expressão. Belo Horizonte, 2019. p. 40.

¹⁹⁶DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 345.

¹⁹⁷DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 345.

que, segundo ele, é formada por dois princípios, a saber: “o respeito por si mesmo, segundo o qual cada pessoa deve levar a sério a sua própria vida”¹⁹⁸ e a autenticidade, segundo o qual, “cada um tem a responsabilidade pessoal e especial de identificar quais devem ser os critérios de sucesso em sua própria vida”.¹⁹⁹

Dessa forma, partindo-se dessa ideia de autenticidade, não há, para Ronald Dworkin, duas liberdades, mas tão somente teorias sobre a liberdade:

Em primeiro lugar, cada qual deve ter a permissão para participar, da maneira correta, das decisões coletivas que constituem o seu governo; e, em segundo lugar, cada qual, deve ser eximido das decisões coletivas naqueles assuntos que a sua responsabilidade pessoal exige que ele decida por si mesmo. Uma vez que a responsabilidade tem essas duas dimensões, a liberdade também as tem. Uma teoria da liberdade positiva vai estipular o significado da correta participação de cada qual – ou seja, ela oferece uma concepção de autogoverno. Uma teoria da liberdade negativa vai descrever quais escolhas devem ser eximidas das decisões coletivas para que a responsabilidade pessoal seja preservada.²⁰⁰

Embora já tenha sido dito expressamente, em linha passadas, vale repetir aqui. Baseado nessa citação, verifica-se que Ronald Dworkin defende, ao contrário dos liberais clássicos, que não há uma necessária contradição entre as duas teorias da liberdade, ou entre a “liberdade negativa” e a “liberdade positiva”, desde que não haja um absolutismo que usurpe a ideia de liberdade positiva para suprimir as liberdades negativas.²⁰¹

Sobre isso, é importante citar que, para Ronald Dworkin, um dos enfoques do direito à liberdade é o direito à liberdade de expressão. Especialmente, em relação a esta liberdade, o teórico entende que ela se encontra protegida tanto pela “liberdade positiva”, quanto pela “liberdade negativa”.²⁰²

Vê-se, pois, que, para tanto, Ronald Dworkin argumenta que tal proteção se explica por dois motivos principais: em primeiro lugar, porque a capacidade de autogoverno do indivíduo somente se constrói mediante igual acesso à informação e à influência política; em segundo lugar, porque a censura, além de danificar o

¹⁹⁸DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 311.

¹⁹⁹DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 311.

²⁰⁰DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 559.

²⁰¹DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 558-559.

²⁰²MARTINS, João Vítor Nascimento. **Partidismo**, discursos de ódio e liberdade de expressão. Belo Horizonte, 2019. p. 40.

autogoverno, no sentido de igual respeito e consideração com as ideias de todos, na hora de construir políticas, pode ferir o direito à independência ética das pessoas.

Além de solapar a liberdade positiva, a censura também pode, como eu já disse, violar o direito à independência ética das duas formas já assinaladas. Pense em como vários fatores interagem quando o governo tenta proibir as expressões de ódio (hate speech). Um tribunal de Ohio condenou criminalmente um líder da Ku Klux Klan porque ele defendera o ódio contra os negros e os judeus. A lei, assim interpretada, violava o seu direito à liberdade positiva, pois o proibia de tentar convocar outros cidadãos a adotar as suas opiniões políticas. Violava o seu direito à independência ética, porque o direito a dar testemunho público das próprias convicções políticas é fundamental e a violência por ele pregada não era iminente. E violava sua independência ética de um outro modo ainda, pois parece provável que o processo não foi motivado pelo medo da violência, mas pela aversão – inteiramente justificada – à baixa estima que ele tinha pela importância de certas vidas.²⁰³

Assim, de acordo com a teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, todos os cidadãos têm o direito à independência ética – enfoque do direito à liberdade, segundo o qual, o Estado não tem o condão de interferir na esfera de liberdade, dos indivíduos, de poder eleger os seus projetos de vida e, sequer, nos valores pelos quais pretendem nortear estes projetos.²⁰⁴

O teórico sustenta também que os fundamentos da dignidade – igual respeito e consideração pelos indivíduos – advêm de conquistas face às políticas governamentais e, com isso, devem ser respeitados, afastando-se a ideia de supremacia do interesse geral sobre o interesse de cada indivíduo.²⁰⁵

Aprende-se, assim, com Ronald Dworkin, que a garantia ampla ao direito à liberdade de expressão é um meio de se resguardar não apenas a democracia, mas, sobremaneira, a autonomia individual, denotando-se igual respeito e consideração por cada um dos indivíduos.²⁰⁶

Portanto, não é possível existir o respeito à igualdade e à democracia se não há, de fato, uma participação de todos na formação do juízo moral da sociedade. A

²⁰³DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 570.

²⁰⁴DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 572.

²⁰⁵MARTINS, João Vítor Nascimento. **Partidismo**, discursos de ódio e liberdade de expressão. Belo Horizonte, 2019. p. 40.

²⁰⁶DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 572.

liberdade de expressão é, por isso, a única forma de garantir igualdade civil em uma sociedade democrática.

2.3.5 O argumento constitutivo

Seguindo a trajetória deste capítulo, com vistas a aprofundar no estudo das principais teorias e argumentos, que historicamente tentam justificar a proteção ao direito à liberdade de expressão, passa-se à compreensão do argumento constitutivo.

A classificação proposta por Michel Rosenfeld e Frederick Schauer, delineada nos tópicos anteriores, conforme se pôde observar, abrange argumentos político morais de quatro ordens para fundamentar o direito à liberdade de expressão, quais sejam: o contrato social, a busca da verdade, a democracia e a autonomia do indivíduo.

Conforme aduz Ronald Dworkin, os três primeiros argumentos compõem a categoria de argumentos de ordem instrumental, salientando ser também importante um argumento de ordem constitutiva²⁰⁷. Segundo o autor, ambas as justificações, instrumental e constitutiva, não são auto-excludentes, mas se completam.²⁰⁸

Com razão, a partir da classificação de Ronald Dworkin, apresentam-se como justificativas de ordem instrumental à liberdade de expressão a já mencionada busca pela verdade, fundada na tese do mercado livre de ideias, segundo o qual: i) é mais provável se encontrar a verdade em um debate quando este é livre de censura; ii) é importante a defesa da democracia, já que a liberdade de expressão permite o autogoverno do povo e; iii) é vultosa a proteção contra a corrupção, já que um governo tende a ser menos corrupto quando não tem o poder de limitar a liberdade de expressão daqueles que o criticam.²⁰⁹

Já a justificativa de ordem constitutiva defende que a liberdade de expressão carrega em si mesma um valor político-moral a ser constitucionalmente protegido, não se valendo apenas como mero instrumento de garantia de outros direitos²¹⁰. Tal

²⁰⁷DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 318.

²⁰⁸DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 320.

²⁰⁹DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 319.

²¹⁰DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 319.

argumento, apesar de intitulado de constitutivo, já que visa a proteger um valor inerente à própria liberdade de expressão, aparenta estar fundado, ainda, no argumento da autonomia.

Nunca é despidendo repetir a lição, assim, de acordo com Ronald Dworkin (2006):

[...] o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou constitutivo de uma sociedade política justa. Essa exigência tem duas dimensões. Em primeiro lugar, as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar as suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la.²¹¹

A responsabilidade moral significa não só a responsabilidade “de constituir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as outras pessoas e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe”²¹². Segundo Ronald Dworkin, “o Estado frustra e nega esse aspecto da personalidade moral quando impede que certas pessoas exerçam essas responsabilidades, justificando o impedimento pela alegação de que as convicções delas as desqualificam”.²¹³

Em conformidade com essa perspectiva, na mesma medida em que o Estado exerce o domínio político sobre uma pessoa e exige dela a obediência política, o governo não pode negar nenhum desses dois aspectos de responsabilidade moral da pessoa, por mais odiosas que sejam as opiniões que esta decida ponderar ou propagar. Não pode fazê-lo do mesmo modo pelo qual não pode negar-lhe o direito de votar.²¹⁴

²¹¹DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 319.

²¹²DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 320.

²¹³DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 320.

²¹⁴DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 320.

Apesar de não entender as motivações instrumentais (a teoria da verdade, por exemplo) da liberdade de expressão como necessariamente falsas, Ronald Dworkin defende que a teoria constitutiva é mais forte, pois é mais ampla e estável. Enquanto as justificativas instrumentais focam no discurso político, a justificativa constitutiva abrange todo o discurso, seja qual for a esfera discursiva em que esteja ancorado ou mesmo qual seja seu conteúdo.

Esse contraste de perspectivas pode ser observado ao se analisar a teoria da verdade, que tem como objetivo proteger o discurso capaz de revelar a verdade. Fica, por isso, excluído da proteção o que não se encaixa neste critério. Robert Post, por isso, afirmou que

[...] é impreciso inferir que a teoria do mercado de ideias exige que a Primeira Emenda proteja toda a fala que comunica ideias. Em vez disso, a teoria requer apenas a proteção de discurso que comunique ideias e que esteja embutida nos tipos de práticas sociais que produzam a verdade.²¹⁵

Ao estender proteção da liberdade de expressão a todo discurso que possibilite a independência moral, a teoria constitutiva abarca também as ideias veiculadas nas artes, em debates sobre questões sociais e pessoais, que de outro jeito ficariam sujeitas a interferência e restrições.

Nesse ponto, Ronald Dworkin defende que sua teoria é também a mais estável, pois, enquanto a justificativa instrumental protege o discurso pelo resultado da proteção, a teoria constitutiva defende o discurso por si, o que impede qualquer forma de ponderação.

Em outros termos, como observou Susan J. Brison, a teoria da autonomia é uma “anti teoria consequencialista”, ao contrário da teoria da verdade e da teoria democrática, já que estas fundamentam a proteção da liberdade de expressão na crença de que a proteção do discurso pode trazer benefícios para a sociedade, enquanto a restrição traz resultados indesejados.

Dessa maneira, nas teorias que têm como base a proteção do discurso pelos seus resultados, ou seja, pelas suas consequências positivas ou negativas, o discurso não tem valor próprio, mas um valor reflexo: seu valor depende do resultado que a regulação ou proteção tem para sociedade.

²¹⁵POST, Robert. “**Reconciling Theory and doctrine in First amendment jurisprudence**”, Yale Law School Scholarship, 2000. p. 236.

Nesse sentido, a ponderação poderia levar à restrição do discurso, caso se entendesse que os resultados dela decorrentes fossem mais benéficos. Ronald Dworkin rejeita essas consequências. Para ele, a liberdade de expressão tem um valor próprio, que é crucial para a definição do agir moral inerente à democracia.

Não é possível construir a igualdade, muito menos a democracia, se não há a participação de todos na formação da conduta moral.

Dessa forma, a liberdade de expressão não se mostra apenas como um instrumento destinado a construir a independência moral dos cidadãos; ela é o fator necessário e constitutivo dessa possibilidade.

Existem, portanto, duas condições para que haja uma sociedade democrática. Primeiro, os indivíduos devem ser agentes morais independentes; segundo, como decorrência direta da primeira condição, o governo deve tratar os cidadãos como agentes morais independentes.

Dessas condições, Ronald Dworkin retira as seguintes consequências: Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes; não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual.²¹⁶

Ou seja, para que haja autonomia e independência moral, as pessoas precisam ser estimuladas a pensar por si mesmas. E o governo não deve interferir nesse processo. Ronald Dworkin destaca, como já observado, que, para possibilitar que os cidadãos sejam agentes morais, o governo deve tratar a todos como agentes independentes.

O governo não deve censurar o discurso, principalmente em relação a questões controversas. É uma escolha individual exercitar esse direito, com independência.

Nesse sentido, Abigail Levin observou que:

[...] depende do indivíduo como, se é que, e até que ponto, ele adota as ideias apresentadas em uma sociedade que protege a liberdade de expressão, e assim, de acordo com o esquema de Dworkin, ao indivíduo cabe definir o quanto ele deseja ser um agente moral.²¹⁷

²¹⁶DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

²¹⁷LEVIN, Abigail. "Pornography, Hate Speech and their challenge to Dworkin". **Public Affairs Quarterly**, v. 23, n. 4, p. 359, 2009. p. 359.

Uma sociedade permanecerá, portanto, democrática mesmo que alguns não exerçam sua liberdade. Mesmo que alguns sejam contrários a essa liberdade. Isso não ocorre quando o governo interfere na liberdade de expressão, já que só é possível a independência moral quando a autonomia é uma opção. Faria, afinal, pouco sentido falar em independência moral sem que houvesse escolhas a serem feitas.

Essa autonomia envolve três esferas distintas: a dos falantes, a dos ouvintes e a dos espectadores involuntários, cada qual com seu interesse.

Na primeira esfera, a proteção da liberdade de expressão funciona como obrigação negativa dirigida ao governo. Ela exige que o Estado não interfira no exercício do direito para que, assim, o indivíduo tenha a chance de partilhar com outras pessoas seu ponto de vista. Mas apesar de, intuitivamente, acreditarmos que o foco da liberdade de expressão seja o direito de falar, uma faceta importante desse direito foca na autonomia do ouvinte, pois o falante, para que possa falar, deve primeiro poder ouvir e se informar. O direito à livre informação é, portanto, um elemento constitutivo da liberdade de expressão.

Na segunda esfera, quando se limita o direito dos ouvintes ao acesso à informação, sua autonomia discursiva fica automaticamente comprometida. Não é possível, portanto, se falar em autonomia enquanto o público não tiver acesso a todos os tipos de ideias. E ocorre uma ofensa à sua autonomia quando o governo restringe o acesso a um discurso, por mais ofensivo ou perigoso que ele seja.

Afinal, essa restrição pressupõe que o indivíduo não tenha a capacidade de se autodeterminar de acordo com ela. E o governo não possa tirar das pessoas a liberdade de julgar por si mesmas o que consideram bom ou ruim.

Enfim, a terceira esfera – a dos espectadores involuntários – diz respeito aos efeitos que o discurso potencialmente causará na realidade. Avalia-se, então, quem e como os diferentes sujeitos são afetados pela expressão. Caso o efeito seja positivo, a limitação poderia ser danosa. Neste ponto, Susan J. Brison salienta que, em sua maioria, os alvos de discurso de ódio são espectadores involuntários.

E dessa forma, um sistema que proteja qualquer tipo de discurso, incluindo discurso de ódio, exige que esses alvos tenham mecanismos de defesa próprios, para que sua autonomia não seja afetada.

Abigail Levin, por sua vez, conquanto reconheça que a teoria da autonomia tenha uma forte sustentação, discorda de Ronald Dworkin quanto às consequências de sua teoria. Como já foi observado, para Ronald Dworkin é inaceitável a ponderação entre direitos, e toda relativização da liberdade de expressão configura, por isso mesmo, uma violação desse direito fundamental. Abigail Levin, no entanto, considera que ao se privilegiar a liberdade de expressão, pode-se chegar a conclusões racistas e sexistas, principalmente quando o direito preterido for o da igual proteção da lei.

Nesse sentido, Abigail Levin argumenta que discursos de ódio e pornográficos impedem que as pessoas atingidas possam exercer a sua autonomia, sofrendo um efeito silenciador e subordinativo. Para ela, tal forma de discurso altera a própria percepção do público, pois a difusão do ódio e do preconceito torna os atores menos sensíveis aos danos causados às minorias.

Seguindo essa linha de pensamento, Abigail Levin conclui que certos tipos de discurso violam a própria igualdade, pois estabelecem oportunidades desiguais, criando ou ampliando um efeito de subordinação. Esses discursos devem ser proibidos para que a igualdade seja preservada.

É o que ocorre com a pornografia, que por si só já é um instrumento de subordinação, pois constrói a imagem de uma superioridade masculina, o que acarreta diminuição do status e da liberdade ideológica das mulheres.

Esse efeito silenciador cria uma base de preconceito e exclusão, que faz com que o discurso das minorias seja desconsiderado, ou mesmo, que não ocorra na prática. O discurso opressor define a opinião sobre as minorias antes que haja sequer a chance de que essas se pronunciem.

Como se pode ver, para Abigail Levin, o discurso não regulado sempre privilegia as classes mais favorecidas, pois permite a elas reafirmar as ideias historicamente construídas de objetificação, de inferioridade e de subordinação. Há, contudo, algumas dificuldades importantes nessa tese.

A primeira delas decorre da disjunção entre discurso e ação. Se é certo que a ação preconceituosa deve ser combatida, pois afronta parâmetros básicos de igualdade, não se sabe ao certo em que medida o discurso gera essa forma de ação.

Judith Butler enfatizou este “gap”, ou seja, este distanciamento entre discurso e ação, chegando à conclusão de que “a possibilidade de uma expressão ser

ressignificada em novos contextos depende, em parte, do gap existente entre o contexto e a intenção originários do enunciado e os efeitos que ele produz”.²¹⁸

Somado à constatação de que todo texto é passível de interpretação e, portanto, está sujeito à contestação, essa disjunção entre expressão e ação é o que torna possível a discussão, o debate, enfim, a assimilação do discurso agressivo pelos diversos atores sociais. Mais uma vez, a pornografia pode servir de exemplo.

É fato, como afirma Abigail Levin, que o discurso pornográfico cria um sistema de opressão, em que a imagem e a autoestima feminina são severamente diminuídas. Trata-se, portanto, de um sistema, com raízes políticas, econômicas e sociais, que tem o efeito perverso de excluir a mulher do debate público.²¹⁹

Porém, a simples censura dessa espécie de conteúdo pode afetar conteúdos com fundo artístico – seria o caso, por exemplo, do livro *Lolita*, escrito por Vladimir Nabokov, ou o filme “A bela da tarde”, de Luis Buñuel –, e, pode impedir que movimentos sociais contestadores da moral estabelecida utilizem o corpo feminino como instrumento de contestação – foi o que ocorreu no ano de 2017, quando uma série de passeatas do movimento feminista foram duramente reprimidas pelo governo russo.

O caminho da censura pode ter início, portanto, com boas intenções, mas a indeterminação do discurso e a impossibilidade de se antever os efeitos das ideias e das palavras gera a possibilidade constante de transformar o adversário político e, também, a minoria contestadora em inimigos da moral pública. Foi o que ocorreu com uma exposição de arte que, em que uma obra de arte que apresentava um homem nu, e com as passeatas que defendem direitos reprodutivos de mulheres. Chegou-se, nesse último caso, a serem condenados os três participantes da passeata realizada no Estado de São Paulo.

E os exemplos e situações poderiam ser multiplicados: A autora que defende o direito ao aborto, ataca pessoas indefesas e afronta o direito à vida? E o pacifista que utiliza palavras fortes, contrárias à campanha de guerra, afirmando inclusive que “soldados são assassinos”, ataca a família de mortos em combate? Esses casos têm

²¹⁸BUTLER, Judith. **Excitable Speech**. A Politics of the Performatives. New York: Routledge, 1997. p. 14

²¹⁹MOON, Richard. **Constitutional protection of freedom of expression**. Toronto: University Press, 1954. p. 105.

um elemento comum. Neles, a busca pela proteção de minorias perseguidas se torna o instrumento de silenciamento do pensamento crítico.

Tais casos também mostram que a indeterminação do conteúdo do discurso e a consequente impossibilidade de se distinguir com clareza os limites entre a crítica ácida, essencial para o debate democrático, e a injúria às minorias excluídas, ato reprovável, podem levar à repressão das mesmas minorias que se pretendia proteger.²²⁰

Esses fatores indicam que a regulação geral e a simples censura do discurso agressivo não é uma alternativa aceitável em uma sociedade democrática. Em termos literários, essa conclusão foi apresentada por Ray Bradbury, para quem a eliminação, por determinação estatal, da expressão de ideias que desagradam, ferem ou até prejudicam, não proporciona mais igualdade ou liberdade, mas, apenas, o silêncio e alienação: “Os negros não gostam de Little Black Sambo. Queime-o. Os brancos não se sentem bem em relação à Cabana do Pai Tomás. Queime-a. Alguém escreveu um livro sobre fumo e o câncer de pulmão? As pessoas que fumam lamentam? Queimemos o livro”.²²¹

Isso quer dizer que a espiral gerada pela censura não tem limites nem volta. Uma vez iniciada, ela elimina o pensamento crítico, a possibilidade de autodeterminação e, enfim, as próprias bases do agir democrático, ponto que foi aprofundado na próxima teoria que fundamenta a liberdade de expressão.

²²⁰WEINSTEIN, James. “Extreme speech, public order, and democracy: lessons from The masses”, in: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 34.

²²¹BRADBURY, Ray. **Fahrenheit 451**. São Paulo: Biblioteca Azul, 2012. p. 83.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DEMOCRACIA E PLURALISMO NO ÂMBITO COMUNICATIVO

Partindo-se de uma perspectiva pluralista do Estado Democrático de Direito, a concepção do direito fundamental à liberdade de expressão deve se dar de forma a permitir uma interpretação à luz do dissenso dos variados interesses presentes na sociedade, como é o caso dessa tese, em discute-se temática de interesse social.

Numa sociedade plural, rompe-se com a ideia de que seja possível afirmar uma única e homogênea concepção acerca daquilo que seja a vida boa em benefício da aceitação de uma pluralidade de projetos sobre o tema. Tais projetos são oriundos de planos individuais e grupais presentes na própria sociedade.²²²

Nas lições de Gisele Guimarães Cittadino (1999):

A identidade não é a marca da sociedade democrática contemporânea. Ao invés da homogeneidade e da similitude, a diferença e o desacordo são os seus traços fundamentais. Diferentemente da modernidade, é possível apreender as sociedades tradicionais, enquanto coletividades “naturais”, com um todo homogêneo, pois, ainda que seja possível analisá-las a partir de um ponto de vista específico - religião, política, economia -, todas estas noções se entrelaçam de tal forma que constituem uma realidade única, orgânica e integrada. O consenso aqui se confunde com a dimensão natural do agrupamento social. A sociedade democrática contemporânea não pode ser apreendida desta forma. A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções de vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta alternativa senão buscar o consenso em meio à heterogeneidade, ao conflito e à diferença.²²³

Versando sobre o mesmo assunto, ensina Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

O pluralismo de ideias consolida fortemente na sociedade o desejo de reconhecer diferenças existentes na comunidade: diferenças culturais, étnicas, religiosas, morais, que exigem respeito, formando um ideal de sociedade mais fraterna.²²⁴

²²²GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

²²³CITTADINO, Gisele Guimarães. **Pluralismo**, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Lumen Juris, 1999, p. 77-78.

²²⁴CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Tecidas essas considerações introdutórias do presente capítulo, passa-se à análise do direito à liberdade de expressão no Brasil, a partir da contextualização histórica sobre a garantia da liberdade de expressão e acesso à informação.

3.1 Democracia, Pluralismo e Liberdade de Expressão no Ordenamento Brasileiro

No ordenamento brasileiro, a vertente democrática da liberdade de expressão ainda é pouco – ou quase nada – explorada. A vasta produção intelectual acerca de temas correlatos à liberdade de expressão e de informação se limita a investigar conflitos clássicos entre a liberdade de manifestação do pensamento, de um lado, e bens de personalidade, de outro. Simetricamente, no âmbito jurisprudencial, a quase totalidade das decisões judiciais versa sobre o caráter libertário da liberdade de informação, sendo certo que qualquer movimento contrário a tal perspectiva, rapidamente, passa a receber o rótulo de “retorno à censura”. A explicação para tal fato é demasiadamente simples, basta um lançar um olhar histórico para esse fato, conforme apresenta-se a seguir.

Nos Estados Unidos da América, o *free speech* foi alçado à esfera constitucional em 1791, com o advento da Primeira Emenda (*First Amendment*), tendo a história da Suprema Corte desenvolvido desde então a construção de uma “posição de preferência” da liberdade do discurso.

Na França, a livre comunicação dos pensamentos e opiniões vigora desde a Declaração Universal de Direitos do Homem, datada de 1789, sendo considerada parte integrante do chamado “bloco de constitucionalidade”.

Na Alemanha, desde o período pós Segunda Guerra, o Tribunal Constitucional se empenha na delimitação de uma liberdade pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, por sua vez, a liberdade de expressão sobreviveu em meio a percalços institucionais, ou seja, teve o seu grau de proteção constitucional oscilado durante golpes e contragolpes que marcaram a história do país. A alternância entre Constituições outorgadas e democráticas não permitiu um livre desenvolvimento do “mercado de ideias”, comum ao ordenamento norte-americano e a outras nações

européias. Soma-se a isso a recente restauração da Constituição ao topo da ordem jurídica, fruto de um movimento de redemocratização após anos de ditadura militar.²²⁵

O passado sombrio dos famosos “anos de chumbo” ainda assusta, e muito, especialmente quando posta em xeque a garantia da liberdade de expressão. A visão tipicamente absenteísta do Estado na esfera comunicativa brasileira se encontra, portanto, amplamente justificada.

Todavia, mais de vinte anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil está diante da necessidade de dar um passo mais à frente. É chegado o momento de, ao lado da visão puramente libertária, desenvolver-se uma concepção democrática da liberdade de expressão no país, vital para regular o funcionamento dos principais interesses constitucionais ligados ao meio comunicativo.

Transportando-se, portanto, o debate, para o cenário brasileiro, entende-se que, com as devidas particularidades do sistema constitucional pátrio, a implantação de uma *fairness doctrine* seria não somente permitida, como adequada aos ditames constitucionais.

Em artigo pioneiro sobre o tema²²⁶, Gustavo Binenbojm externaliza sua posição em defesa de uma “*fairness doctrine*” no âmbito nacional²²⁷. Ao examinar a regulação dos meios de comunicação de massa, à luz da Constituição Federal de 1988, parte o autor das seguintes premissas

(i) em razão da proclamação do pluralismo político (artigo 1º, inciso V) como um dos princípios fundamentais da República, ao lado do seu espectro político

²²⁵BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros** v. 97, p. 181 - 198, 2010. V., ainda, BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil** (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007

²²⁶Cabe assinalar, entretanto, que em texto prefacial na clássica obra de OWEN FISS referente ao tema da *fairness doctrine*, Gustavo Binenbojm já havia identificado o que se chama de “fina ironia do papel do Estado” em relação à liberdade de expressão e de imprensa, destacando a necessidade de busca de um ponto ótimo na intrincada tarefa do Poder Público na esfera comunicativa, ocasião em que exerceria, ao mesmo tempo, um papel de “inimigo mortal e amigo imprescindível dessas liberdades”. Discorrendo, pois, sobre o complexo dilema entre as dimensões defensiva e protetiva da liberdade de expressão, aduz que “[...] qualquer excesso na intervenção pode descambar para um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que qualquer omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa [...]”. (FISS, Owen. **A Ironia da Liberdade de Expressão**. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Trad. e Prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto, p. 4).

²²⁷BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 473 – 497.

partidário, deveria a regulação dos meios de comunicação de massa se pautar pela promoção do pluralismo em sua acepção mais ampla;

(ii) a norma contida no artigo 220, parágrafo 5º, da Constituição da República, proíbe a sujeição dos meios de comunicação social a monopólio ou oligopólio, tendo sido dispensado, pelo texto constitucional, às liberdades de expressão e de imprensa, um tratamento que procura compatibilizar o seu aspecto defensivo (liberdade de) com o seu aspecto protetivo (liberdade para). Assim sendo, deve o agente concretizador da Constituição buscar uma concordância prática entre os valores condensados nos princípios em tela;²²⁸

(iii) algumas normas constitucionais mitigam a dimensão puramente negativa da liberdade de imprensa, como o direito de resposta e o direito de acesso à informação;

(iv) no caso do direito de resposta, previsto no inciso V, do artigo 5º, da Constituição Federal, esse não pode ser compreendido no Brasil como um direito puramente individual, mas como um instrumento de mídia colaborativa (*collaborative media*) em que o público é convidado colaborar com suas próprias versões de fatos e a apresentar seus próprios pontos de vista;²²⁹

(v) o direito de acesso à informação, por sua vez, deve ser visto como um direito difuso da cidadania de ser adequadamente informada sobre assuntos de interesse geral. Nesse sentido, o artigo 221 da Lei Maior já define um conjunto de obrigações positivas a serem observadas na produção e programação das emissoras de rádio e televisão;²³⁰

²²⁸BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 490.

²²⁹BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 491.: “[...] De fato, além de um conteúdo tipicamente defensivo da honra e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre os fatos e questões do interesse de toda a sociedade. Assim, o exercício do direito de resposta não deve estar necessariamente limitado à prática de algum ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas deve ser elástico para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público. Com efeito, algumas notícias, embora lícitas, contêm informação incorreta ou defeituosa, devendo-se assegurar ao público o direito de conhecer a versão oposta [...]”.

²³⁰Essa a redação do artigo 221 da CF: “A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – regionalização da produção cultural, artística e

(vi) haveria, na Constituição de 1988, um mandamento de otimização implícito em todos esses supracitados dispositivos, que impõe um dever para o Estado de reconhecer e promover fenômenos como as rádios comunitárias, cujo papel é o de dar voz a grupos tradicionalmente alijados do debate público e condenados à invisibilidade social.²³¹

Posicionando-se pela constitucionalidade de uma versão nacional da *fairness doctrine*, Gustavo Binimbojm afirma que a Carta de 1988 provê diversos mecanismos de proteção, tanto para a autonomia dos órgãos de imprensa, como para a defesa de interesses de leitores e de outros receptores, razão pela qual as liberdades de expressão e de imprensa possuiriam uma natureza dúplice, apresentando-se, simultaneamente, como garantias liberais defensivas e garantias democráticas positivas. Em suas palavras:

O Estado cumpre papel decisivo e crucial tanto ao respeitar os limites externos da liberdade de expressão, como ao regular o exercício de atividades expressivas com vistas a fomentar a melhoria da qualidade do debate público e a inclusão do maior número possível de grupos sociais e pontos de vista distintos no mercado de ideias.²³²

Na mesma esteira de entendimento, cabe destacar, ainda na literatura brasileira, a concepção de Daniel Sarmento sobre o tema em debate. Em artigo que aborda a adoção do pluralismo na esfera comunicativa, o autor examina com percuciência a tensão existente entre os dois principais valores da liberdade de expressão, quais sejam, a proteção da liberdade individual e a garantia da democracia. Após enfrentar a visão jurisprudencial da liberdade de expressão em sede de Direito Comparado, passa a defender com veemência uma postura ativista do Estado no debate público, sustentando ser indispensável a intervenção estatal na autonomia individual.²³³

jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

²³¹BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 494.

²³²BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 495.

²³³BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: **Direitos Fundamentais:**

Apropriando-se das ideias de Ronald Dworkin²³⁴, afirma o constitucionalista que a capacidade de expressão constitui um dos aspectos centrais da dignidade da pessoa humana, pelo que tornar-se-ia necessário assegurar a possibilidade real de exercício de tal direito. Como sustentáculo jurídico na defesa de uma vertente ativista estatal, Daniel Sarmiento faz referência a diversos preceitos da Constituição de 1988 que protegeriam de forma ampla a liberdade de expressão, tais como o artigo 5º, incisos IV (que prevê a liberdade de manifestação do pensamento) e XIV (que trata do direito ao acesso à informação), artigo 220 (que regula a comunicação social) e o artigo 3º (que enumera os objetivos fundamentais da República). Refutando, pois, uma visão libertária do modelo constitucional brasileiro, expressa que:

[...] A idéia básica é a de que, numa sociedade injusta e desigual, amarrar o Estado e confiar na mão invisível do mercado não é uma boa solução para garantia do respeito à dignidade humana dos mais fracos. Por isso, no sistema constitucional brasileiro, entende-se que o Estado tem obrigações positivas mesmo em relação aos direitos individuais clássicos, que não podem mais ser concebidos como simples direitos de defesa em face dos Poderes Públicos. Assim, é dever do Estado não só se abster de violar estes direitos, como também agir positivamente, seja para protegê-los diante de ameaças representadas pela ação de terceiros, seja para assegurar as condições materiais mínimas à viabilização do seu exercício pelos mais pobres [...].²³⁵

estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 286: “[...] Na nossa opinião, a intervenção estatal visando a democratizar a esfera comunicativa é indispensável. Mais que uma faculdade, ela deve ser concebida como um verdadeiro dever do Estado, sobretudo em sociedades desiguais como a brasileira, em que os meios de comunicação social se encontram excessivamente concentrados nas mãos de uma pequena elite, e o mercado não proporciona aos pobres qualquer acesso real à mídia. Esta intervenção não opera contra, mas a favor da liberdade de expressão, que não deve, portanto, ser concebida como um mero direito negativo a uma abstenção estatal [...]”.

²³⁴Vale-se o autor, nesse ponto, da concepção de DWORKIN no artigo *Why Speech Must be Free*. In: **Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

²³⁵BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 290: “[...] na verdade, o compromisso maior da Carta de 88 não é com a manutenção do status quo, mas com a mudança em direção à construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária. Isto se percebe facilmente, por exemplo, na leitura dos objetivos fundamentais da República, enunciados no art. 3º do texto magno, que devem servir de guia na interpretação dos demais preceitos da Constituição. O constituinte partiu da inquestionável premissa empírica – infelizmente inalterada desde 1988 – de que a estrutura social brasileira é injusta e opressiva em relação aos pobres e integrantes de grupos desfavorecidos, e decidiu que este estado de coisas deveria ser energeticamente combatido pelo Estado. Este claro compromisso com a transformação social tem de ser levado em consideração na interpretação e aplicação dos preceitos da Lei Maior, e, como não poderia deixar de ser, na exegese da liberdade de expressão [...]”.

Corroborando o posicionamento de Gustavo Binenbojm, observa o autor que o texto constitucional relativiza a autonomia editorial da mídia eletrônica, como se infere da leitura dos princípios contidos no já mencionado artigo 221, o que justificaria uma intervenção do Estado na esfera privada para promoção do pluralismo no âmbito da comunicação social.²³⁶

De forma esquematizada, os fundamentos constitucionais suscitados em favor de uma *fairness doctrine* no ordenamento brasileiro poderiam ser assim compendiados:

Quadro 1 - fundamentos constitucionais suscitados em favor de uma *fairness doctrine* no ordenamento brasileiro

Princípio Democrático	Artigo 1º, caput, da CF
Pluralismo Político	Artigo 1º, inciso V, da CF
Princípio da Solidariedade	Artigo 3º, inciso I, da CF
Liberdade de Manifestação do Pensamento	Artigo 5º, inciso IV, da CF
Direito de Resposta	Artigo 5º, inciso V, da CF
Princípio do Acesso à Informação	Artigo 5º, inciso XIV, da CF
Proibição do Monopólio	Artigo 220, §5º, da CF

Fonte: Elaborado pelo autor com dados extraídos da obra de Gustavo Binenbojm.

Os princípios democrático e do pluralismo, prescritos no artigo 1º da Carta de 1988, constituem fundamentos da República, estando estreitamente relacionados por sua estatura axiológica. Por sua vez, o denominado princípio da solidariedade, alçado ao status de objetivo fundamental da República, é comumente utilizado como

²³⁶Após analisar com minúcias o caráter ambíguo da liberdade de expressão, conclui o doutrinador que sua tese “[...] é a de que a Constituição de 1988, devidamente interpretada, dá o norte para o enfrentamento da grave patologia da esfera pública brasileira. Com efeito, infere-se da Carta de 88 o dever constitucional do Estado de agir para tornar efetivos a democracia e a autonomia comunicativa de todos os cidadãos, através da promoção e do controle do pluralismo externo e interno dos meios de comunicação social [...]”. (SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº. 16, maio/jun./jul./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em 05 set. 2021. p. 298).

sustentáculo à aplicação da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*.²³⁷

A liberdade de manifestação do pensamento constitui gênero do qual decorre a liberdade de informação (própria do emissor da mensagem) e o direito de informação (relativo ao destinatário da mensagem), servindo, inclusive, como instrumento limitador da própria liberdade de expressão. Importa esclarecer: ao mesmo tempo em que desempenha um papel de limite à ingerência governamental na esfera comunicativa (ou seja, de direito fundamental perante o Poder Público), vai condicionar a atuação – excepcional - do Estado, nas relações privadas, essencial ao fomento da diversidade de opiniões e, por conseguinte, à proteção da liberdade de expressão de minorias com menor voz ativa na sociedade.

O direito de resposta, a seu turno, se interpretado sistematicamente com o princípio do acesso à informação, desempenha uma multifuncionalidade, assumindo, cumulativamente, importante tarefa de instrumento de pluralismo informativo, meio de proteção dos bens constitucionais de personalidade (tais como honra, reputação e dignidade da pessoa humana) e medida sancionatória.

Problema atualmente enfrentado na jurisprudência, contudo, diz respeito ao reconhecimento da inconstitucionalidade da denominada “Lei de Imprensa” (Lei nº 5.250 de 1967), que regulamentava o instituto em seus artigos 29 a 36. Após o julgamento em definitivo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, pelo Supremo Tribunal Federal, subsiste intensa controvérsia quanto aos processos judiciais em andamento nos Tribunais Superiores. A despeito de não mais existir legislação infraconstitucional perfeitamente aplicável à espécie, certo é que o direito de resposta, na qualidade de mecanismo restritivo de abusos cometidos pela imprensa, ainda pode (e deve) ser invocado, à luz do texto constitucional. Nada obstante, caberá, singularmente, a cada órgão julgador, diante de casos concretos, a difícil tarefa de equacionar as formas de sua implementação.

²³⁷A teoria da eficácia direta (ou imediata) dos direitos fundamentais na esfera privada foi desenvolvida na doutrina estrangeira por HANS NIPPERDEY, que aduz que alguns direitos fundamentais estampados na Lei Fundamental de Bonn vinculariam apenas o Poder Público, ao passo que outros poderiam ser invocados diretamente nas relações privadas (oponibilidade erga omnes), independentemente de mediação do legislador. No ordenamento brasileiro, há quem sustente, com fulcro, entre outros princípios constitucionais, na solidariedade, que a opção do constituinte de 1988 implicaria o reconhecimento da extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares. V., a respeito do tema, por todos, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Não bastassem todos os dispositivos constitucionais acima destacados, é de bom proveito ressaltar que, por meio de uma análise comparativa com a jurisprudência norte americana, os principais fundamentos utilizados pela corrente libertária e ratificados pela Suprema Corte, contrários ao desenvolvimento da fairness doctrine, não seriam merecedores de acolhimento no ordenamento brasileiro. Explica-se.

O argumento central suscitado no Direito norte-americano para a invalidade da aludida literatura repousa no fato de que seria ela incompatível com a Primeira Emenda. Calha repisar: não existe, na Carta de 1787 (e no respectivo Bill of Rights, composto pelas dez primeiras emendas constitucionais), qualquer norma expressa que contemple o pluralismo no campo comunicativo. Distintamente da Constituição Federal Brasileira de 1988, não há, no texto constitucional americano, de viés nitidamente liberal, suportes normativos explícitos hábeis a corroborar a adoção de uma vertente democrática da liberdade de expressão.

Ademais, tampouco mereceria prosperar, no cenário brasileiro, o argumento do denominado “efeito contraproducente” (chilling effect), supostamente causado pela necessidade de apresentação dos mais variados pontos de vista acerca de determinada notícia ou informação. Duas observações, nesse contexto, são dignas de destaque. Primeiramente, além de não existir, do ponto de vista estatístico, qualquer comprovação de que tal necessidade acarretaria, na prática, um “efeito silenciador do discurso”, certo é que, no modelo constitucional brasileiro, existe(m) norma(s) expressa(s) imputando aos meios de comunicação uma missão democrática. Democracia, pluralismo e acesso à informação – e, obviamente, o direito de resposta -, conforme já mencionados, são exemplos de tal posição.

Secundariamente, ao contrário do ocorrido nos Estados Unidos da América, não se pode afirmar a existência, no Brasil, de uma multiplicidade de vozes, ou seja, de uma gama variada e diversificada de instrumentos formadores de opinião. Toma-se o exemplo emblemático da televisão.

A despeito da recente expansão do serviço de televisão a cabo no território nacional, vale lembrar que existem somente sete canais em atividade na televisão aberta, sendo que apenas um (pertencente às Organizações Globo) concentra mais de 70% (setenta por cento) do mercado comunicativo. Na imprensa escrita, o cenário também não é diferente. Não raramente, constata-se que os municípios de regiões menos populosas possuem apenas um periódico em circulação, o que compromete

seriamente direitos constitucionais básicos dos destinatários da mensagem, inclusive o próprio princípio democrático da liberdade de expressão.

Infere-se, portanto, mediante leitura e aplicação do texto constitucional, que a liberdade de expressão no Brasil não tem natureza de mera liberdade pública – correspondente ao denominado *status negativus* - ou seja, de mera proteção dos cidadãos perante os poderes públicos. Trata-se, ademais, de verdadeiro direito *stricto sensu*, correspondente aos chamados *status positivus* e *status activus*, ou seja, direito inerente ao homem como indivíduo ou como participante na vida pública.

3.2 Fundamentos teóricos da limitação ao direito à liberdade de expressão a partir da compreensão das restrições aos direitos fundamentais

Como já visto nesta pesquisa, a liberdade de expressão é um direito fundamental presente na Constituição de 1988 e funciona como um princípio fundamental para a democracia. No entanto, a liberdade de expressão pode sofrer algumas limitações, tornando-se importante discriminar de modo mais sistemático como elas ocorrem.

Nesse sentido, tomando como pressuposto que o tema problema desta tese envolve a investigação da restringibilidade do direito à liberdade de expressão no âmbito de atuação do servidor público, o presente capítulo abordará os fundamentos teóricos a respeito das restrições a direitos fundamentais, elencando preliminarmente algumas considerações gerais sobre o assunto.

A esse respeito, Robert Alexy adverte que “direitos tenham restrições e que possam ser restringidos parece ser uma ideia natural, quase trivial, que encontra expressão na Constituição alemã sobretudo quando se fala expressamente em restrições”²³⁸. Para o autor, “o problema parece não estar no conceito de restrição a um direito fundamental, mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdos e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações”.²³⁹

²³⁸ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277.

²³⁹ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277.

Ainda de acordo Robert Alexy, “apesar dos inúmeros esforços, que levaram a inúmeras e importantes ideias, não se pode dizer que já exista uma sistemática das restrições que seja satisfatória”²⁴⁰. Ou seja, não há consenso acerca da restringibilidade dos direitos fundamentais e tal parece não ser diferente com relação ao exercício da liberdade de expressão, dada a sua natureza de direito fundamental.²⁴¹

Ao tratar das restrições a direitos fundamentais, Dermeval Rocha da Silva Filho afirma que

[...] esse debate está longe de terminar no país, tanto mais porque a nossa Carta Magna não traz uma sistemática das restrições aos direitos fundamentais, o que tem levado o meio jurídico pátrio a defender, ora uma ampla concepção restritiva, ora uma reduzida possibilidade de restrições.²⁴²

No caso do Brasil, o texto constitucional de 1988 adota a técnica de estabelecimento de restrições diretas e indiretas a diferentes direitos fundamentais²⁴³. Os direitos com restrições diretas são aqueles em que o próprio enunciado do dispositivo constitucional impõe diretamente, na definição da garantia, ou em disposição autônoma, um limite expresso ao direito individual assegurado, o que se vê, entre outros, no art. 5º, XVI, que o próprio texto traz o direito de “[...] reunir-se pacificamente, sem armas [...]”, além do art. 5º, XV, que dispõe sobre a liberdade de “[...] locomoção no território nacional em tempo de paz [...] [sem grifo no original]”.

Outras vezes, as restrições são externas, mediatas ou indiretamente constitucionais, quando são promulgadas com fundamento na Lei Maior, como é o caso do sigilo das comunicações telefônicas que somente pode ser suspenso,

²⁴⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 286.

²⁴¹Ao discorrer sobre o direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão, Fernanda Carolina Tôres sustenta que: “Entre os diferentes direitos expressos na Constituição, a liberdade de expressão constitui direito especialmente fundamental, pois sua garantia é essencial para a dignidade do indivíduo e, ao mesmo tempo, para a estrutura democrática de nosso Estado. Primeiramente, no âmbito da dignidade humana, é fácil intuir a necessidade de ser assegurada a liberdade de expressão: não há vida digna sem que o sujeito possa expressar seus desejos e convicções. Viver dignamente pressupõe a liberdade de escolhas existenciais que são concomitantemente vividas e expressadas. Dito de outro modo, viver de acordo com certos valores e convicções significa, implícita e explicitamente, expressá-los. No que respeita à democracia, a liberdade de expressão é direito fundamental diretamente correlato à garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas e ideológicas”. (TÔRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50, n. 200, p. 61, out./dez. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/2000ril_v50_n200_p61.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2022.

²⁴²SILVA FILHO, Dermeval Rocha da. A liberdade profissional na perspectiva das relações especiais de sujeição. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 16, n. 1, p. 4, jan./abr. 2022. Disponível em: <[file:///C:/Users/Admin/Downloads/326-1044-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/326-1044-1-PB%20(2).pdf)>. Acesso em: 6 ago. 2022.

²⁴³MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.286.

mediante ordem judicial, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII). Do mesmo modo, reconhece-se o “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII). [sem grifo no original].

Estabelecidas as premissas da dificuldade teórica quanto a temática, passa-se, nos tópicos subsequentes, à análise das concepções essenciais²⁴⁴ em torno das restrições²⁴⁵ aos direitos fundamentais.

3.2.1 *Teoria externa*

A teoria qualificada externa parte do pressuposto que direito individual e restrições são duas categorias que se podem ser distinguidas²⁴⁶. Ou seja, a base da teoria externa está na distinção entre conteúdo do direito fundamental e seus limites, sendo estes limites externos ao conteúdo.

Ao explicar a teoria externa, Robert Alexy informa que “há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após

²⁴⁴De forma geral, podem-se sublinhar, resumidamente, duas concepções essenciais em torno dos limites dos direitos fundamentais, uma teoria qualificada de interna e outra de externa. Ao dissertar sobre a legitimidade das restrições aos direitos fundamentais, a autora Regina Maria Macedo Nery Ferrari, resumidamente reconhece como restrições internas diretamente constitucionais, aquelas previstas pelo constituinte, “[...] às quais se somam as restrições externas, indiretamente constitucionais, estabelecidas pelo legislador ordinário e sujeitas ao controle da jurisdição constitucional. (FERRARI, Regina Maria Macedo. **Direito constitucional**. São Paulo: RT. 2011. p. 538-541).

²⁴⁵Em sua obra, Robert Alexy menciona a distinção entre os termos “restrição” e “limitação” a partir das ideias do jurista Friedrich Klein, o qual chega a afirmar que, segundo as leis da lógica, não pode existir restrição a direito fundamental, mas, tão somente, um conceito dela. “ Como frequentemente ocorre com conceitos fundamentais, também aqui a primeira impressão de simplicidade é enganosa. Dentre aqueles que ajudaram a destruir essa impressão deve ser mencionado o nome de Friedrich Klein. Klein opõe-se à concepção, “associada ao termo ‘restrição’ a direitos fundamentais [...] a partir de uma perspectiva superficial ‘naturalista’”, segundo a qual “os direitos fundamentais - enquanto algo permanente por força de sua pré-estatalidade ou por força de sua garantia jurídico-constitucional - seriam restringidos (relativizados)”. Uma “tal relação entre o estabelecimento e a restringibilidade de disposições de direitos fundamentais” não poderia existir “nos termos das leis da lógica pura”. “de acordo com a lógica pura [não haveria] restrições das disposições de direitos fundamentais, mas apenas definições dessas disposições”. (KLEIN, Friedrich, “Vorbemerkung”, in: MANGOLDT, Hennann V.; KLEIN, Friedrich. *Das Bonner Grundgesetz*, v. 1, B XV 1 b, p. 1 22). Citado por ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 278.

²⁴⁶Ao tratar das teorias interna e externa aos direitos fundamentais, Robert Alexy assevera que: “o conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277).

a ocorrência de uma restrição, o direito restringido”. Portanto, segundo os adeptos da teoria externa, existe o direito propriamente dito, ilimitado e, com a imposição de restrições, surge outro direito, agora ilimitado.

Com isso, verifica-se que a teoria externa admite a hipótese de colisão²⁴⁷ de direitos e, conseqüentemente, sustenta a possibilidade de restrição deles. A atividade interpretativa constitucional seria composta, então, de duas etapas, quais sejam: a identificação de um conteúdo essencial do direito fundamental em questão²⁴⁸, e o estabelecimento de seus limites externos, decorrentes de outros interesses tutelados no texto constitucional.

Nesse sentido, Robert Alexy apud Dermeval Rocha da Silva Filho, ao escrever sobre a distinção entre as teorias interna e externa, sintetiza que:

A teoria externa admite o convívio de duas coisas distintas: o direito fundamental abstratamente positivado (de um lado) e a restrição sobre esse direito autorizada pela Constituição (de outro lado), remanesecendo desse encontro subsuntivo entre o direito e a restrição, o direito restringido. Aqui os direitos fundamentais trazem comandos *prima facie*, admitindo restrições externas que podem surgir de colisões entre eles e os demais direitos e valores constitucionais, sendo que a constitucionalidade dessas afetações é aferível com recurso ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.²⁴⁹

À vista disso, pode-se verificar a evidente distinção das teorias interna e externa quanto à estrutura²⁵⁰ das normas de direitos fundamentais. Na teoria interna, os

²⁴⁷Para Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento: “O fenômeno da colisão entre normas constitucionais não é incomum, sobretudo no quadro de constituições extensas, de natureza compromissória, e compostas por muitos preceitos positivados em linguagem aberta. Com efeito, a extensão da Constituição amplia a possibilidade de conflitos, pois quanto mais normas existirem, maior é a possibilidade de que haja tensão entre elas. A natureza aberta da linguagem constitucional também caminha na mesma direção, por multiplicar os riscos de que uma mesma hipótese fática possa ser enquadrada, simultaneamente, no campo de incidência de normas diferentes, que apontem soluções distintas para o caso. O caráter compromissório da Constituição tem o mesmo efeito, já que a presença na ordem constitucional de normas inspiradas em ideologias e visões de mundo divergentes aumenta a chance de atritos entre elas.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 495).

²⁴⁸BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 67– 69.

²⁴⁹SILVA FILHO, Dermeval Rocha da. A liberdade profissional na perspectiva das relações especiais de sujeição. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 16, n. 1, p. 4, jan./abr. 2022. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/326-1044-1-PB%20(2).pdf>. Acesso em: 6. ago. 2022.

²⁵⁰Conforme ALEXY, Robert em **teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 279: “saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas

direitos fundamentais são concebidos como razões definitivas²⁵¹, verdadeiros comandos categóricos. Já na teoria externa os direitos fundamentais são vistos como princípios²⁵², que são realizados em graus diversos da melhor forma possível, cujo cumprimento pode ser afastado ou diminuído, são comandos de otimização que suportam restrições. Nesta perspectiva,

[...] “para a teoria externa, a tutela jurídica do direito é decomposta em duas dimensões: sua esfera de proteção constitucional *prima facie* e sua esfera de proteção definitiva. Já para a teoria interna, há apenas um conteúdo constitucionalmente protegido, de modo definitivo e previamente estatuído, não havendo que distinguir-se a esfera de proteção inicial, de sua esfera de proteção final”.²⁵³

Em caso de conflitos entre normas de direito fundamental, para a teoria externa deve-se partir para um procedimento bifásico: em um primeiro momento há a necessidade de se identificar os direitos *prima facie* (categorização). Em um segundo momento, após a identificação dos direitos “*prima facie*” se passaria à fase seguinte, que é a ponderação de interesses, em que esses direitos deverão ser ponderados e

ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser”.

²⁵¹ALEXYY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 280, explica que “uma posição abstrata definitiva é obtida se se combinam o suporte fático e a cláusula de restrição. A posição abstrata definitiva que aqui é relevante consiste no direito do indivíduo a não ter sua liberdade de ação restringida por normas que não façam parte da ordem constitucional, isto é, que não sejam nem formal nem materialmente constitucionais”. Ainda segundo o autor (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281): “mantido o pressuposto da existência apenas de posições definitivas, então, não é correta a suposição de que as liberdades fundamentais podem ser restringidas “[...]“Se se parte exclusivamente de posições definitivas chega-se à conclusão de que posições de direitos fundamentais nunca podem ser restringidas, mas que os bens constitucionalmente protegidos podem”.

²⁵²Conforme, Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281): “a uma conclusão completamente diferente se chega, no entanto, se se pressupõe, nos termos da teoria dos princípios, que aquilo que é restringido não são posições definitivas, mas posições *prima facie*. Ao art. 2º, § 1º, é atribuível um princípio que exige a maior medida possível de liberdade geral de ação. No direito fundamental *prima facie* que corresponde a esse princípio há algo de excedente, que pode ser restringido. Esse excedente não é nem algo externo ao ordenamento jurídico - como, por exemplo, um direito natural, uma liberdade natural ou uma situação natural -, nem algo localizável abaixo da Constituição, mas algo que pertence ao acervo de normas constitucionais. Se se parte do modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma. No modelo de princípios, portanto, é correto falar em restrição a direitos fundamentais. Por conseguinte, nesse modelo vale a teoria externa, e a objeção de Klein não é a ele aplicável”.

²⁵³PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 162.

sopesados, para se identificar qual a solução adequada para o caso concreto apresentado, o que corresponde à “proteção definitiva do direito”.²⁵⁴

Na literatura²⁵⁵ é ressaltado que teoria externa era cabível apenas para princípios, que são mandados de otimização, podendo ser aplicados segundo graus diferenciados, de forma a se adequarem, ou melhor, solucionarem o caso concreto em apreço. Atualmente, a adoção da ponderação já alcança outras espécies normativas²⁵⁶. Nas lições de Luis Roberto Barroso, “é possível cogitar, também, embora em caráter mais excepcional, da ponderação de regras”.²⁵⁷

Segundo Ana Paula de Barcellos²⁵⁸, a ponderação seria a técnica de decisão judicial para solucionar casos difíceis, em que a mera subsunção não seria suficiente para a promoção da pacificação social. Luis Roberto Barroso ressalta que a ponderação seria o instrumento adequado para a solução de conflitos que envolvem *normas constitucionais originárias*, porque nestes casos a mera subsunção (adequação do fato à norma) se vê insuficiente para a solução da controvérsia. Assim a ponderação apresenta-se como instrumento para a hermenêutica jurídica, que hoje é muito empregada pelo Judiciário brasileiro.

Segundo Ana Paula de Barcellos, a ponderação passa por três fases: a primeira diz respeito à identificação, a mais ampla possível, de todos os textos normativos que poderiam ser aplicados na espécie; a segunda atine à verificação de todos os dados do mundo a vida inseridos na disputa, ou seja, à verificação do caso concreto; já a terceira e última fase é relativa à análise judicial, que parte do conflito das normas dentro das necessidades do caso concreto. É na terceira fase que ocorre a densificação das normas, pela atribuição de pesos a elas, de forma que o magistrado se posicione em relação a todos os fatos normativos e reais do caso concreto para enfim lançar sua decisão.

²⁵⁴PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 162.

²⁵⁵Nesse sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira, que assim afirma: “a teoria externa é correlativa do princípio da ponderação e da teoria dos princípios”. (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 151).

²⁵⁶BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 57.

²⁵⁷BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 528.

²⁵⁸BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55

Importante salientar que, conforme adverte Robert Alexy²⁵⁹, “embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições”. Para ele²⁶⁰, “segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente pela exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos”.

Verifica-se, portanto, que a teoria externa admite a colisão e ulterior adoção da ponderação de bens para se definir a prevalência, no caso concreto, de um ou outro direito, podendo o direito fundamental ser restringido de acordo com outros princípios.

Constata-se também que “se é correto falar em restrição a direitos fundamentais tão-somente no âmbito do modelo de princípios, então, aqueles que falam em restrições a direitos fundamentais ou o fazem apenas de forma metafórica, ou pressupõem o modelo de princípios”.²⁶¹

3.2.2 Teoria interna

A teoria interna dos direitos fundamentais parte do pressuposto de que tais direitos não podem ser restringidos por outros direitos, mesmo que da mesma natureza, não se admitindo que eles sofram limitações de origens externas, de forma a rejeitar, com isso, a possibilidade de conflitos entre direitos e, por conseguinte, de haver ponderação de bens²⁶². De acordo com²⁶³ Virgílio Afonso da Silva, “o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele”.

²⁵⁹BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 278

²⁶⁰BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 278.

²⁶¹ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281.

²⁶²ALVES, Cândice Lisboa. Restrições e confrontos aos direitos fundamentais: uma proposta de análise discursiva. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d19-16-restricoes-e-confrontos-aos-direitos-fundamentais-uma-proposta-de-analise-discursiva/#:~:text=Na%20teoria%20interna%20defende%20de,a%20restr%C3%A7%C3%A3o%20aos%20direitos%20fundamentais>. Acesso em: 20 ago. 2022.

²⁶³SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.128.

Robert Alexy²⁶⁴ explica que, segundo a teoria interna, “não há duas coisas - o direito e sua restrição -, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite”.²⁶⁵

Dessa forma, verifica-se que na teoria interna não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, senão um direito individual com determinado conteúdo. A ideia de restrição é substituída pela de limite (restrições imanentes)²⁶⁶. Nesse sentido, é o entendimento de Friedrich Müller.²⁶⁷

Com base na teoria interna, os direitos fundamentais assumem o contorno de *regras*, ou seja, seriam normas jurídicas que delimitam de forma definitiva determinada situação jurídica²⁶⁸ e apenas seriam aplicadas em sua *totalidade*, já que o esteio da análise seria o critério da validade da (s) norma (s) jurídica (s). Nas palavras de Ronald Dworkin²⁶⁹, sobre a aplicação de tais regras deve-se proceder à sua aplicação da forma *tudo-ou-nada*. Com isso, havendo suposto conflito entre regras, uma delas deverá ser declarada inválida e aplicada a outra regra, na sua totalidade.

Para Jane Reis Gonçalves Pereira²⁷⁰, a análise do direito na teoria interna deve ser feita de uma só vez, de forma dogmática, o que significa dizer que os limites imanentes ao direito são projetados sobre este no exato instante em que ele é analisado, não se falando em uma abordagem posterior. Assim, como já referido, não se admite ponderação de valores em tal teoria. Também não se trabalha com a ideia de direitos “prima facie” para, posteriormente ao seu reconhecimento, se afirmar o “direito definitivo”, como ocorre na teoria externa dos direitos fundamentais. O direito,

²⁶⁴ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 278.

²⁶⁵HABERLE, Peter, Die Wesensgehaltgarantie, p. 126 apud ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 278.

²⁶⁶BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais**, democracia e cláusulas pétreas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 248.

²⁶⁷MÜLLER, Friedrich. **Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales – CEPC, 1989. p. 120-125.

²⁶⁸SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.

²⁶⁹SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 201.

²⁷⁰PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.142.

para a teoria interna, se manifesta de uma só vez, com seu conteúdo e suas limitações imanentes.²⁷¹

Ainda, segundo Virgílio Afonso da Silva²⁷², a teoria interna dos direitos fundamentais não afirma que os direitos sejam absolutos, condição que dificilmente poderia sustentar-se. Segundo o mesmo autor, tal teoria admite a possibilidade de *declaração* de um direito que protege ou não-protege a situação concreta. A incidência do direito relaciona-se à análise das “limitações previamente existentes”, que nada mais representa que não os próprios limites imanentes aos direitos.

Nesse sentido, de acordo com Peter Häberle²⁷³, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais contém limites imanentes, insuscetíveis de ponderação. Assim, pode-se inferir que nessa teoria interna não existe, a rigor, restrição a direitos fundamentais

Para Peter Häberle, os direitos fundamentais seriam, num primeiro momento, ilimitáveis, sendo que o seu respectivo conteúdo essencial somente poderia ser delimitado pelo que denomina de limites imanentes. Segundo Peter Häberle, a concretização dos limites admissíveis dos direitos fundamentais não seria um processo que afete tais limites “desde fora”, mas, ao contrário, estariam inseridos “desde o princípio” no texto constitucional.²⁷⁴

Apoiando-se nos ideais da teoria interna dos direitos fundamentais, Peter Häberle entende que a eventual limitação criada pela lei teria sempre uma natureza concretizadora de limites já preestabelecidos na Constituição. Contudo, diversamente

²⁷¹ALVES, Cândice Lisboa. Restrições e confrontos aos direitos fundamentais: uma proposta de análise discursiva. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d19-16-restricoes-e-confrontos-aos-direitos-fundamentais-uma-proposta-de-analise-discursiva/#:~:text=Na%20teoria%20interna%20defende%2Dse,a%20restri%C3%A7%C3%A3o%20aos%20direitos%20fundamentais>. Acesso em: 20 ago. 2022.

²⁷²SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 131.

²⁷³HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales ya la teoría de la reserva de la ley. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2003. p. 62.

²⁷⁴HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales ya la teoría de la reserva de la ley. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2003. p. 52: “[...]. El concepto de los límites inmanentes de los derechos fundamentales es adecuado para ello. Muestra que la concretización de los límites admisibles de los derechos fundamentales no es un proceso que afecte a los mismos desde fuera. Entre los derechos fundamentales y sus límites o los bienes jurídicos protegidos por éstos existe una relación estrecha a la que sólo se puede hacer justicia caracterizándola como conforme a la esencia. Los límites de los derechos fundamentales conforma a la esencia asignan a cada uno de ellos el lugar que ocupa desde el principio en el conjunto constitucional [...]”.

dos demais defensores da teoria interna, Peter Häberle não vem a criticar a ponderação de bens, cujo emprego seria indispensável para a identificação do conteúdo essencial e dos limites aos direitos fundamentais.

[...] Na literatura não é incomum que os limites imanentes sejam apurados através da ponderação das mercadorias. [...]. O legislador que concretiza no campo dos direitos fundamentais os limites de acordo com a essência regula os limites que existem desde o início. Só isso “desde o início” se enquadra na natureza desses limites imanentes dos direitos fundamentais: eles aparecem não como limites suplementares e que atingem o direito fundamental de fora. Os direitos fundamentais são limitados desde o início por aqueles bens jurídicos de grau igual e superior que, como eles, encontraram reconhecimento jurídico-constitucional. A concretização dos limites, e isso vale também para as reservas especiais de lei, não é um processo que afete os direitos mencionados ‘de fora’. Os direitos fundamentais são garantidos desde o início nos limites imanentes a eles da generalidade material do sistema axiológico jurídico-constitucional. [...] Este “desde o início” expressa que os direitos fundamentais só se estendem até onde eles não prejudiquem ou ponham em perigo outros direitos.²⁷⁵

Amparados nas ideias de Peter Häberle, Pedro Serna e Fernando Toller²⁷⁶ entendem que a teoria de limitação exterior dos direitos deve ser substituída pela delimitação interna de seu conteúdo essencial. Segundo os autores, os limites imanentes integrariam o conteúdo essencial de um direito, afirmando que “tal construção se embasaria, pois, na inteligência que pertence ao interior conceitual de um direito fundamental o que não pode ser protegido quando, através de seu

²⁷⁵[...] En la literatura no es raro que se averigüen los límites inmanentes por medio de la ponderación de bienes. [...]. El legislador que concretiza en el ámbito de los derechos fundamentales los límites conformes a la esencia regula límites que existen desde el principio. Sólo este ‘desde el principio’ se ajusta a la naturaleza de estos límites inmanentes de los derechos fundamentales: aparecen no como límites suplementarios y que llegan al derecho fundamental desde fuera. Los derechos fundamentales son limitados desde el principio por aquellos bienes jurídicos de igual y superior rango que, al igual que ellos mismos, han encontrado reconocimiento jurídico-constitucional. La concretización de los límites, y ello vale también para las reservas especiales de ley, no es un proceso que afecte a los mencionados derechos ‘desde fuera’. Los derechos fundamentales son garantizados desde el principio dentro de los límites a ellos inmanentes de la generalidad material del sistema axiológico jurídicoconstitucional. [...] Este ‘desde el principio’ expresa que los derechos fundamentales sólo se extienden hasta donde no lesionen o no pongan en peligro bienes jurídicos de igual o superior rango [...]” (RODRIGUEZ, José Julio Fernandez; HÄBERLE, Peter. La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales ya la teoría de la reserva de la ley. **Teoría y realidad constitucional**, n. 14, p. 53-57, 2004. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/list.php?collection_pid=bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional2004-14>. Acesso em: 20 ago. 2022).

²⁷⁶SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. **La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales**. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 70.

exercício, se ponha em perigo o exercício de direitos fundamentais de terceiros ou bens jurídicos necessários para a estabilidade comunitária”.²⁷⁷

Essa teoria adota o critério da subsunção para a aplicação da norma ao caso concreto. Ela almeja o afastamento da ponderação, e, por consequência, o mínimo de subjetividade nas decisões judiciais, que deveriam se pautar no texto normativo constitucional. Nas palavras de Jane Reis Gonçalves Pereira²⁷⁸, os adeptos da teoria interna almejam “eliminar o caráter extratextual da interpretação, buscando a solução para o problema dos limites dos direitos diretamente no texto constitucional. ”

Portanto, os direitos fundamentais não poderiam ser objeto de restrições por parte do legislador, salvo no caso de autorização expressa do constituinte, impondo ao intérprete e operador do Direito um juízo de adequação, manejado com o fim de se delimitar o campo de incidência de um determinado direito fundamental.²⁷⁹

Jane Reis Gonçalves Pereira²⁸⁰ destaca que pairam várias críticas sobre a teoria interna, tendo em vista a abertura semântica conferida aos direitos fundamentais aliados aos problemas concretos. Segundo o autor tornar-se-ia difícil “de se precisar os contornos dos direitos de forma inequívoca, mediante mero recurso à subsunção”.

²⁷⁷SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. **La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales**. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 70.

²⁷⁸PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.159.

²⁷⁹ALVES, Cândice Lisbôa. Restrições e confrontos aos direitos fundamentais: uma proposta de análise discursiva. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d19-16-restricoes-e-confrontos-aos-direitos-fundamentais-uma-proposta-de-analise-discursiva/#:~:text=Na%20teoria%20interna%20defende%2Dse,a%20restri%C3%A7%C3%A3o%20aos%20direitos%20fundamentais>. Acesso em: 20 ago. 2022.

²⁸⁰PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.160.

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ÂMBITO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Conforme já abordado nos capítulos anteriores, a liberdade de expressão é uma garantia fundamental, assegurada no ordenamento jurídico brasileiro, pela Constituição Federal de 1988, e resguardada por institutos de proteção internacional de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário.

Ao lado dessas proteções, verifica-se que o ambiente virtual, por meio das mídias sociais, tornou-se, nas últimas décadas, um importante espaço de veiculação e de compartilhamento de informações, sendo assim, ambiente propício para o exercício da manifestação do pensamento e de opinião, tendo em vista a possibilidade mais abrangente de divulgação e propagação de conteúdos e de opiniões, por meio de comentários e críticas sobre qualquer assunto.

Apesar disso, não há, ainda, na legislação brasileira, leis que regulamentem com precisão as práticas de divulgação e de compartilhamento de informações nas diversas mídias sociais digitais, fato que tem levado, inclusive, ao surgimento de fenômenos como o das *fake news*, do efeito bolha - que propicia a polarização - e da “viralização” de informações, sejam elas importantes ou banais, verdadeiras ou falsas.

Nesse sentido, não há, no ordenamento jurídico, mecanismos de regulação do comportamento dos cidadãos que transitam nas mídias sociais, seja no âmbito civil ou no âmbito do funcionalismo público, ponto central, nesta tese. A cada cidadão resta adotar princípios da ética como norteadores de suas práticas digitais de uso da linguagem.

A Lei Federal nº 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, elenca como deveres do servidor:

Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

V - atender com presteza:

a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;

b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;

c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de

envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 2011) (grifo nosso).

VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.²⁸¹

Partindo-se dessas premissas norteadoras e, perseguindo o objeto investigativo da presente pesquisa, antes ainda de analisar a (im)possibilidade das instituições públicas em estabelecer limites à manifestação de pensamento e opinião dos servidores públicos - fora do exercício das funções de seus cargos, em situações não abrangidas pelos deveres funcionais aos quais estejam vinculados -, é importante tecer algumas considerações acerca destes agentes públicos e das relações especiais de sujeição a que eventualmente estão inseridos, em razão do vínculo funcional com a Administração Pública.

Para tanto, mostra-se necessário identificar quem são os servidores públicos, dentro do prisma da Administração Pública, e determinar a que espécie de vínculo jurídico estão submetidos.

4.1 Agentes públicos e servidores públicos

A composição administrativa do Estado é integrada por várias pessoas físicas que, de forma definitiva ou transitória, desempenham o exercício de distintas funções para a consecução das funções do Estado, em favor da coletividade. Essas pessoas são denominadas agentes públicos.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, o termo agentes públicos corresponde ao “conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado”, sendo que essa função poderá ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica.

²⁸¹BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília: Senado Federal, 1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2022.

A partir desse conceito, verifica-se que nem todos os agentes públicos são servidores públicos. Assim, parte da literatura considera agente público gênero, do qual seriam espécies os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público.²⁸²

A definição de agente político, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é indissociável à de governo e à de função política, limitada àqueles que exercem típicas atribuições de governo e de mandato, para o qual são eleitos, e àqueles que são de livre escolha do Chefe do Executivo, providos em cargos públicos mediante nomeação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1975a:7 e 2015:251-252) adota um conceito mais restrito: “Agentes Políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.” Para ele, são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores. Esta última conceituação é a preferível.²⁸³

Os direitos e deveres dos agentes políticos advêm diretamente da Constituição, especialmente no que se refere às prerrogativas, às imunidades e aos privilégios não reconhecidos a outros agentes públicos, e, além disso, à responsabilidade política, tendo em vista que o vínculo jurídico que possuem com o Estado tem natureza política e não profissional²⁸⁴. Ademais, os mandatos eletivos dos agentes políticos são caracterizados pela transitoriedade do exercício das funções, sendo que a extinção do mandato encerra automaticamente o vínculo entre agente político e o Estado.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸⁵ define que os servidores públicos são “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”, abrangendo os servidores estatutários, que são os ocupantes

²⁸²As denominações variam entre os autores jurídicos, como se observa na obra de CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 611, que agrupa os agentes públicos nas categorias agentes políticos, agentes particulares colaboradores, servidores públicos e agentes de fato. Assim, para os fins desta tese será adotada a divisão apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017), a qual se baseia na categorização proposta por Celso Antônio Bandeira de Melo.

²⁸³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

²⁸⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 247.

²⁸⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

de cargos públicos vinculados ao regime estatutário, os empregados públicos, ocupantes de emprego público, contratados mediante concurso público, sob o regime da legislação trabalhista e os servidores temporários, aqueles contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme autoriza o artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

Dentro dessa distinção conceitual, cumpre salientar que José dos Santos Carvalho Filho²⁸⁶ entende que os empregados das entidades privadas da Administração Indireta, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado, não são servidores públicos.

Todos são sempre regidos pelo regime trabalhista, integrando a categoria profissional a que estiver vinculada a entidade, como a de bancários, economiários, securitários etc. Além do mais, o art. 173, § 1º, da CF estabelece que empresas públicas e sociedades de economia mista devem sujeitar-se às regras de direito privado quanto às obrigações trabalhistas. São, portanto, empregados normais. Por fim, a própria tradição do Direito brasileiro nunca enquadrrou tais empregados como servidores públicos, nem em sentido lato.²⁸⁷

Dessa forma, considerando a natureza das funções exercidas e o regime jurídico que regulamenta a relação entre o servidor e o Poder Público, José dos Santos Carvalho Filho classifica os servidores públicos em comuns e especiais.

Servidores públicos comuns são aqueles a quem incumbe o exercício das funções administrativas em geral e o desempenho das atividades de apoio aos objetivos básicos do Estado. Formam a grande massa dos servidores, podendo ser estatutários ou trabalhistas. [...]. Servidores públicos especiais são aqueles que executam certas funções de especial relevância no contexto geral das funções do Estado, sendo, por isso mesmo, sujeitos a regime jurídico funcional diferenciado, sempre estatutário, e instituído por diploma normativo específico, organizador de seu estatuto. Pela inegável importância de que se reveste sua atuação, a Constituição contempla regras específicas que compõem seu regime jurídico supralegal. Nessa categoria é que nos parece coerente incluir os Magistrados, os membros do Ministério Público, os Defensores Públicos, os membros dos Tribunais de Contas e os membros da Advocacia Pública (Procuradores da União e dos Estados-Membros).²⁸⁸

²⁸⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 617

²⁸⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 617.

²⁸⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 619.

Segundo leciona Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸⁹, o vínculo de trabalho destes agentes públicos com o Estado, incluídas pelo autor também as entidades da Administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), é de natureza profissional, de caráter não eventual e sob uma relação de dependência.

Em relação aos militares, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹⁰ conceitua como sendo as “pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas - Marinha, Exército e Aeronáutica (artigo. 142, caput, e § 3º, da Constituição) - e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios (art. 42)”. Para a autora, a partir da Emenda Constitucional nº 18/98, tais agentes ficaram excluídos da categoria de servidores públicos

Já o autor José dos Santos Carvalho Filho agrupa os servidores públicos e os militares na mesma categoria - Servidores Públicos Cíveis e Militares. Para ele, a Constituição Federal traçou normas específicas para cada um deles, mas, tanto os servidores cíveis quanto os militares se vinculam às pessoas federativas por relação de subordinação.

A despeito da alteração introduzida pela EC nº 18/1998, que substituiu a expressão “servidores públicos cíveis” por “servidores públicos” e da eliminação da expressão “servidores públicos militares”, substituída por “Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios” (Seção III, mesmos Capítulo e Título, art. 42), com a inclusão dos militares federais no Capítulo das Forças Armadas (Título V, Capítulo II, arts. 142 e 143), o certo é que, em última análise, todos são servidores públicos lato sensu, embora diversos os estatutos jurídicos reguladores, e isso porque, vinculados por relação de trabalho subordinado às pessoas federativas, percebem remuneração como contraprestação pela atividade que desempenham.²⁹¹

Então, tem-se que da mesma forma que os servidores públicos, o vínculo dos militares com o Estado é estatutário, com sujeição ao regime jurídico próprio, auferindo remuneração paga pelos cofres públicos pela atividade que desempenham. Não obstante, as normas relativas aos servidores públicos não lhes são aplicáveis,

²⁸⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 248.

²⁹⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. (não paginado).

²⁹¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 618.

exceto quando houver previsão expressa nesse sentido, como exemplifica o disposto no artigo 142, § 3º, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988.²⁹²

Esclarece-se que o presente estudo se filia ao conceito e classificação de José dos Santos Carvalho Filho quanto aos militares, agrupando os na categoria de servidores públicos, devendo ser observadas as normas específicas de cada instituição, tendo em vista que os militares, igualmente aos servidores públicos, são pessoas federativas e percebem remuneração como contraprestação pela atividade que desempenham em favor da coletividade.

A última espécie de agente público, descrita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, refere-se aos particulares em colaboração com o poder público. Segundo a autora, estes fazem parte das pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sob diversos títulos, sem vínculo empregatício, exemplificados nos seguintes termos:

1. **delegação do Poder Público**, como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os que exercem serviços notariais e de registro (art. 236 da Constituição), os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos; eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos, mas pelos terceiros usuários do serviço;
2. mediante **requisição, nomeação ou designação** para o exercício de funções públicas relevantes; é o que se dá com os jurados, os convocados para prestação de serviço militar ou eleitoral, os comissários de menores, os integrantes de comissões, grupos de trabalho etc.; também não têm vínculo empregatício e, em geral, não recebem remuneração;
3. como **gestores de negócio** que, espontaneamente, assumem determinada função pública em momento de emergência, como epidemia, incêndio, enchente etc.²⁹³

Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho²⁹⁴, alguns destes agentes exercem verdadeiro *munus público*, sujeitando-se a determinados encargos em favor da coletividade a que pertencem, com exercício transitório das suas funções. Segundo o autor, determinados agentes, inclusive, não recebem remuneração, mas uma espécie de compensação, que são benefícios colaterais, como o apostilamento da

²⁹²Art. 142. [...] § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: [...] VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea "c"; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 77, de 2014).

²⁹³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. (não paginado).

²⁹⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 613.

situação nos prontuários funcionais ou a concessão de um período de descanso remunerado após o cumprimento da tarefa.

Vale aqui destacar que, para os fins desta pesquisa, serão abordados apenas os servidores públicos, compreendidos como todos aqueles ocupantes de cargos públicos efetivos ou comissionados, submetidos a regime estatutário e que detêm, em razão do vínculo funcional com a Administração Pública Direta, autárquica e fundacional, relação de natureza profissional.

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹⁵, “a relação jurídica que interliga o Poder Público e os titulares de cargo público, ao contrário do que se passa com os empregados, não é de índole contratual, mas estatutária, institucional”. Nesta vinculação, submetem-se a um conjunto de normas jurídicas de direito público, previamente, estabelecidas por lei.

Dessa forma, no regime jurídico estatutário, os direitos decorrentes da relação profissional e as prerrogativas para que possam exercer suas funções de forma imparcial e eficiente, com vistas à garantia do interesse público, resguardando-os de eventuais ingerências de agentes políticos, bem como os deveres e responsabilidades, são conferidos aos servidores públicos por meio da Constituição²⁹⁶ e das leis, como são os estatutos funcionais.

Ainda, ao contrário do que se observa nas relações contratuais, no regime estatutário pode o Estado, por meio de lei e desde que observadas as disposições constitucionais impeditivas e o interesse público, modificar unilateralmente o regime jurídico de seus servidores públicos, fazendo com que as regras que eram vigentes quando da investidura destes no cargo não tenham mais valor para disciplinar sua conduta a partir de sua alteração, uma vez que a Administração Pública possui posição de supremacia nesta relação.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que a relação estatutária admite que, em certas circunstâncias, o servidor público seja responsabilizado²⁹⁷, perante a Administração, por condutas praticadas no exercício das atribuições do cargo,

²⁹⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 253.

²⁹⁶Salienta-se que as disposições constitucionais sobre os servidores ocupantes de cargos públicos estão previstos nos artigos 39 a 41.

²⁹⁷O tema da responsabilidade do servidor público será explorado em capítulo próprio do presente estudo.

conforme ocorrer uma situação fática que a lei tenha previsto como suporte da responsabilidade.

A responsabilidade se origina de uma conduta ilícita ou da ocorrência de determinada situação fática prevista em lei e se caracteriza pela natureza do campo jurídico em que se consuma. Desse modo, a responsabilidade pode ser civil, penal e administrativa. Cada responsabilidade é, em princípio, independente da outra. Por exemplo, pode haver responsabilidade civil sem que haja responsabilidade penal ou administrativa. Pode também haver responsabilidade administrativa sem que se siga conjuntamente a responsabilidade penal ou civil. Sucede que, em algumas ocasiões, o fato que gera certo tipo de responsabilidade é simultaneamente gerador de outro tipo; se isso ocorrer, as responsabilidades serão conjugadas. Essa é a razão por que a mesma situação fática é idônea a criar, concomitantemente, as responsabilidades civil, penal e administrativa. Se as responsabilidades se acumulam, a consequência natural será a da acumulabilidade das sanções, visto que para cada tipo de responsabilidade é atribuída uma espécie de sanção. No que toca ao servidor público, foi exatamente esse o motivo pelo qual o estatuto funcional federal dispôs que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.”²⁹⁸

Portanto, a investidura no cargo público implica comprometimento do servidor com o aparato estatal, o qual lhe impõe inúmeros deveres no desempenho das atividades, podendo ser responsabilizado, civil, penal e administrativamente, quando não observados os deveres e vedações impostos nos estatutos funcionais.

4.2 Limitações ao exercício de direitos fundamentais do servidor público a partir do vínculo funcional com a Administração Pública

Os direitos fundamentais, neles incluídos a liberdade de expressão e a vida privada, são princípios de aplicação imediata, contudo não são absolutos, tampouco ilimitados. Assim, cumpre investigar acerca da possibilidade de restrição ou limitação desses direitos fundamentais, notadamente em relação à possibilidade de restrição pela condição de o indivíduo ser um servidor público.

Jose Carlos Vieira de Andrade²⁹⁹ assevera a existência de limites internos e externos dos direitos fundamentais. Para o autor, os limites internos estariam relacionados aos conflitos entre valores ligados à dignidade humana, enquanto os externos estariam imbricados com as exigências da vida em sociedade.

²⁹⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 800.

²⁹⁹ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 213 ss.

O mencionado autor também destaca que os limites aos direitos fundamentais poderiam ser classificados em três tipos, a saber:

- (i) *Os limites imanes*: é o limite contido no próprio direito ou valor afetando o seu campo de proteção ao excluir algumas formas ou modos de seu exercício;
- (ii) *As colisões de direitos ou conflitos em sentido estrito*: é a limitação recíproca entre valores ou direitos concorrentes em face de determinadas situações;
- (iii) *As leis restritivas de direitos fundamentais*: é a limitação aos direitos ou valores constitucionais oriundos da regulação normativa ordinária pelo Poder Legislativo, sem que haja a intervenção no direito.³⁰⁰

Dessa forma, de acordo com a literatura jurídica, como em Robert Alexy e Jorge Reis Novais³⁰¹, há casos em que as normas constitucionais, ao abordarem o conteúdo do direito fundamental, prontamente, traçam os limites imanes³⁰², que seriam limites materiais decorrentes da qualidade da norma, intitulados “reserva da qualidade jurídica”. Com isso, os limites internos serviriam de contorno para a própria definição do direito fundamental.

Por exemplo, o artigo 5º, IV, da Constituição Federal, ao mesmo tempo que protege a livre manifestação do pensamento, também, expressamente, exclui de sua abrangência as manifestações realizadas de forma anônima. De acordo com José Carlos Vieira de Andrade³⁰³, tal exclusão seria um limite imane expresso estabelecido pelo texto constitucional.

O citado autor lusitano também destaca a existência de limites que não estão implícitos na constituição, demandando interpretação para estabelecê-los, visto que em relação a determinadas situações, são estas excluídas da esfera de proteção, pela própria Constituição, quando enuncia o direito, domínio de proteção da norma, tornando com que o direito não exista para aquela situação. Tais casos são os denominados limites imanes implícitos. Segundo o autor, essa limitação não

³⁰⁰ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 214 ss

³⁰¹Robert Alexy, em seu livro teoria dos Direitos Fundamentais, p. 310, ao tratar da teoria do alcance material de Friedrich Müller. Tratando da teoria interna dos limites dos direitos fundamentais, v. NOVAIS, Jorge Reis. **“As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição”**. 2. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2010. p. 309 ss.

³⁰²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 241, emprega a terminologia “limites dos limites”

³⁰³ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 215.

descaracterizará os direitos ou valores protegidos, afetando o seu núcleo essencial, visto que o direito não existirá com base no limite imanente.³⁰⁴

Dada a relevância da temática, por envolver restrição de direitos, de acordo com Glória P. Rojas Rivero³⁰⁵, as limitações deverão ser aplicáveis apenas para atingir os fins a que o direito se destina, além disso, devem ser interpretadas restritivamente e devem ser proporcionais aos seus fins legítimos, quando de sua aplicação concreta.

Em relação à segunda classificação, a respeito dos limites aos direitos fundamentais, denominada por José Carlos Vieira de Andrade “colisões de direitos ou conflitos em sentido estrito”, o autor esclarece que a colisão ocorrerá quando dois ou mais direitos ou valores entrarem concretamente em conflito, não sendo lícito sacrificar qualquer um deles em detrimento do outro³⁰⁶, afirmando que deve ser adotada uma solução harmônica que observe a unidade do texto constitucional.

Nesse sentido, o autor destaca os pressupostos do princípio da concordância prática que prevalecem nesse tipo de limite, são eles:

- (i) Não afetar o núcleo essencial de nenhum dos direitos ou valores em conflito, possuindo o legislador um poder vinculado ao conteúdo do direito fundamental;
- (ii) O uso de critério de proporcionalidade com observância do conteúdo de as funções específicas dos valores e direitos para que os sacrifícios destes ocorra dentro do necessário e de forma adequada, exercendo um juízo de ponderação.³⁰⁷

No tocante à terceira hipótese, da classificação adotada por José Carlos Vieira de Andrade, verifica-se que, além das restrições trazidas no bojo do próprio texto constitucional, também existem as restrições legais, limites externos³⁰⁸. De acordo com o autor, é o caso das limitações por intervenção legislativa em matérias atinentes ao direito fundamental, no intuito de regulá-los e concretizá-los por meio de uma melhor adequação descrita do preceito, inclusive de ordem restritiva. A esse respeito, embora não seja a regra, ou condicionante, sem que o ordenamento ordinário disponha dos direitos de forma integral, ou seja, o legislador ordinário poderá prever

³⁰⁴ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 215.

³⁰⁵ROJAS RIVERO, Glória P. **La libertad de expresión del trabajador**. Madrid:Trotta, 1991.p. 21.

³⁰⁶ROJAS RIVERO, Glória P. **La libertad de expresión del trabajador**. Madrid:Trotta, 1991.p. 220 ss.

³⁰⁷ROJAS RIVERO, Glória P. **La libertad de expresión del trabajador**. Madrid:Trotta, 1991.p. 222-223.

³⁰⁸Segundo modelo da teoria externa ou do pensamento de intervenção e limites. NOVAIS, Jorge Reis. **“As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição”**. 2. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2010. p. 359-360.

situações nas quais poderá haver limitação parcial ao direito fundamental, desde que não anule ou afete o núcleo essencial do direito.

Exemplo desse tipo de limitação é o Estatuto dos servidores públicos civis, regido pela Lei Federal nº 8.112/1990, o qual limita parcialmente direitos fundamentais dos servidores, em prol da persecução do interesse público³⁰⁹, conforme será delineado ao longo deste trabalho.

No Brasil, baseando-se na previsão contida no artigo 5º, II, da Constituição Federal³¹⁰, tal hipótese é prescindível de autorização constitucional para a mencionada intervenção legislativa.

Dessa forma, a limitação aos direitos fundamentais pode ocorrer sem expressa previsão legal ou de forma implícita, principalmente, porque essa limitação visa a coibir qualquer forma de abuso no exercício desses direitos, desde que o legislador regulador não extrapole os limites pertencentes ao âmbito de proteção.³¹¹

Como já delineado, os servidores públicos estão ligados à Administração Pública por um vínculo jurídico, o qual lhes confere direitos e obrigações específicas. Diante disso, é concebível que tais indivíduos, a depender da relação funcional que os vincula ao Estado, sejam submetidos a deveres e restrições mais intensas do que aqueles impostos aos particulares em geral, a ponto de sofrer limitações ao exercício de certos direitos.

Nesse sentido, é comum a limitação dos direitos fundamentais dos servidores públicos por lei ordinária, como é o caso do Estatuto do servidor público, inclusive da liberdade de expressão. Desse diapasão, o artigo 29, da DUDH³¹², prevê que os indivíduos apenas se sujeitarão às limitações do exercício de seus direitos e de suas liberdades quando essas limitações forem previstas em lei.

³⁰⁹LIMA, Cintia Cristina Marques. **A responsabilidade disciplinar do servidor em face de sua liberdade de expressão e da vida privada**. Lisboa, 2017. p. 70. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33980/1/ulfd135251_tese.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022.

³¹⁰A autorização geral ou cláusula de reserva legal subsidiária prevista no art. 5º, II, da Constituição estabelece que: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

³¹¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 240

³¹²Art. 29º da DUDH: “II) No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

Os diplomas internacionais autorizam, expressamente, a restrição à liberdade de expressão por lei, sob o fundamento de proteção da reputação da pessoa e para a manutenção da moral pública.³¹³

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco³¹⁴, a limitação aos direitos fundamentais por intervenção legislativa expressa pode ser classificada da seguinte forma:

- (i) Reserva legal simples, quando há a autorização constitucional para a regulação do direito pelo legislador ordinário;³¹⁵
- (ii) Reserva legal qualificada, na qual além da exigência de legislação ordinária para a restrição do direito a Constituição traça diretrizes.³¹⁶

Em caso de restrição a qualquer direito fundamental, o legislador ordinário deve sempre respeitar a unidade da Constituição e a dignidade humana. Além disso, a edição de uma lei de cunho limitador deve ser geral e abstrata³¹⁷, evitando-se com isso privilégios e discriminações.

Cintia Cristina Marques Lima³¹⁸ adverte que “ao aplicador dos direitos fundamentais caberá atentar às circunstâncias do caso concreto para o sopesamento

³¹³LIMA, Cintia Cristina Marques. **A responsabilidade disciplinar do servidor em face de sua liberdade de expressão e da vida privada**. Lisboa, 2017. p. 71. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33980/1/ulfd135251_tese.pdf. Acesso em 26 jun. 2022.

³¹³A autorização geral ou cláusula de reserva legal subsidiária prevista no art. 5º, II, da Constituição estabelece que: “*II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”

³¹⁴MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 232

³¹⁵Alguns exemplos de preceitos constitucionais com reserve legal simples estariam seguintes incisos do art. 5º da Constituição Federal: “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, **na forma da lei**, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;” e “VII - é assegurada, **nos termos da lei**, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;” (grifos acrescentados)

³¹⁶Exemplo da reserva legal qualificada é a previsão constante no art. 5º, XIII, da Constituição Federal, qual seja: “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;**” (grifo acrescentado)

³¹⁷Segundo MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 276 ss, ao observar a proibição de restrições casuísticas ou discriminatórias, proibições esta que visa a prestigiar o princípio da igualdade material. No direito lusitano, ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987., ob. cit., p. 240, comenta a previsão no art. 18, nº 3, da CRP, dos requisitos da lei restritiva dever ser geral e abstrata.

³¹⁸LIMA, Cintia Cristina Marques. **A responsabilidade disciplinar do servidor em face de sua liberdade de expressão e da vida privada**. Lisboa, 2017.p.91 Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33980/1/ulfd135251_tese.pdf. Acesso em: 26 jun. 2022

dos valores densificados, sem deixar de considerar a hierarquia axiológica instituída pela Constituição Federal, mesmo que não haja expressa e prévia autorização de limitação”.

O STF já se pronunciou no sentido de que os direitos fundamentais podem ser mitigados em “razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência”.³¹⁹

A Suprema Corte brasileira também já se manifestou sobre a possibilidade de moderação dos direitos dos servidores públicos, no caso da sua vida privada e pela sua especial condição perante o Estado, para coibir grave lesão à ordem pública.³²⁰

Cintia Cristina Marques Lima³²¹ explica que a liberdade de expressão possui limites extrínsecos e intrínsecos. Estes são derivados da própria natureza do direito e de sua função social, justificados pelo exercício abusivo do direito; já aqueles têm origem na sociedade e nos direitos dos demais cidadãos, como o respeito do direito de terceiros, da moral vigente, da ordem pública e do bem comum. A autora destaca, entretanto, que não se deve perder de vista que a liberdade de expressão é a regra e as limitações ao seu exercício são a exceção.³²²

³¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança nº 23452/RJ. Relator: MELLO, Celso Bandeira de. **Publicado no DJ nº 91, de 12 maio 2000, p. 0020.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 26 jun. 2022.

³²⁰Este foi o entendimento adotado pelo STF na Suspensão de Segurança nº 3.902/SP: “[...] 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Suspensão de Segurança nº 3902 AgR-segundo/SP. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no **DJe nº 189, de 03 out. 2011.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628198>>. Acesso em: 26 jun. 2022.

³²¹LIMA, Cintia Cristina Marques. **A responsabilidade disciplinar do servidor em face de sua liberdade de expressão e da vida privada.** Lisboa, 2017. p. 91 Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33980/1/ulfd135251_tese.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022

³²²LIMA, Cintia Cristina Marques. **A responsabilidade disciplinar do servidor em face de sua liberdade de expressão e da vida privada.** Lisboa, 2017. p. 91 Disponível em:

O STF, inclusive, já decidiu pela preferência da liberdade de expressão em face dos direitos da personalidade, caso estes estiverem em colisão, conforme decidido no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 130, cujo teor da ementa transcreve-se em nota de rodapé, dada a importância da temática.³²³

Conforme destaca Cintia Cristina Marques Lima³²⁴, embora o servidor público seja titular dos direitos à liberdade de expressão e à vida privada, em razão da persecução do bom funcionamento do serviço, do fato de ele estar investido em um cargo público e do prestígio que resulta desta investidura³²⁵, são estendidas à vida privada algumas das obrigações inerentes ao exercício de suas atribuições, em decorrência de sua atuação na qualidade de servidor público. Segundo a autora, tal condição outorga-lhe um tratamento diferenciado quanto à fruição de certos direitos

<https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33980/1/ulfd135251_tese.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022 2017. p. 73.

³²³“Ementa: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Lei de imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência a posteriori do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo a posteriori, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da lei nº 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Relator: BRITTO, Carlos. Publicado no **DJe – 208, de 06 nov. 2009**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 27 jun. 2022).*

³²⁴LIMA, Cintia Cristina Marques. **A responsabilidade disciplinar do servidor em face de sua liberdade de expressão e da vida privada**. Lisboa, 2017. p.91 Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33980/1/ulfd135251_tese.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022 2017. p. 74/75.

³²⁵A autora explica que “não sendo cidadãos comuns ou meros indivíduos, mas sim ostentarem uma especial relação com o poder público”.

fundamentais, ressalta, contudo, que essas limitações devem ser acolhidas com muito cuidado, para que não haja o desrespeito dos ditames constitucionais.

Com isso, o servidor público, ao ser empossado em seu cargo público, voluntariamente, sujeita-se aos ditames estabelecidos no respectivo estatuto normatizado da sua função³²⁶. Então, na lição de Clarissa Sampaio Silva, o servidor público renuncia, parcialmente³²⁷, ao exercício dos direitos fundamentais de forma unilateral³²⁸, sendo que de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, o servidor público desvincula-se temporariamente e parcialmente do exercício de alguns de seus direitos individuais, enquanto cidadão comum, em prol de valores da coletividade e do interesse público.

Segundo Jorge Reis Novais, para que a renúncia aos direitos fundamentais pelo servidor público seja válida, é preciso que ela seja proferida pelo titular do direito de forma voluntária. Nas palavras do autor:

A declaração de vontade só é válida quando emitida consciente e voluntariamente, numa situação em que quem renuncia está em condições de avaliar todas as consequências da sua decisão e decide tanto quanto possível livre de constrangimento, ameaças ou coações, mas, mais ainda, quando as partes da relação jurídica se encontrem numa situação de poder negocial equilibrado, em que, no fundo, a renúncia a uma posição de direito fundamental signifique um exercício autônomo de liberdade e não um mero disfarce de uma restrição heterônoma não admissível.³²⁹

³²⁶Cintia Cristina Marques Lima afirma que, nesse caso, ocorre o que ela intitula de “renúncia ficta, pois ao ingressar no serviço público haverá a presunção da renúncia voluntária e parcial do exercício de alguns direitos fundamentais pelo titular deste direito conforme regulamento na legislação pertinente”. (LIMA, Cintia Cristina Marques. **A responsabilidade disciplinar do servidor em face de sua liberdade de expressão e da vida privada**. Lisboa, 2017. p. 91 Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33980/1/ulfd135251_tese.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022)

³²⁷A renúncia total violaria o ordenamento constitucional, pois prejudicaria o núcleo essencial do direito fundamental. Nesse sentido: “Muitas vezes, a rejeição que a doutrina dominante faz da distinção entre a renúncia ao direito e renúncia ao seu exercício vem acompanhada ou confundida com a distinção entre renúncia total e renúncia parcial a direitos fundamentais, defendendo-se, em geral, que a primeira é inadmissível, por envolver a renúncia ao próprio direito fundamental, enquanto a segunda, a renúncia parcial, implicando apenas a renúncia a algumas modalidades do seu exercício, seria admissível em certas circunstâncias. Note-se, em primeiro lugar, que não deve confundir-se a natureza jurídica do bem que é o objeto de renúncia (a titularidade ou a capacidade de exercício de um direito) com a delimitação puramente quantitativa do objeto de renúncia”. (NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 283).

³²⁸Segundo a autora, ocorre a renúncia unilateral pelo fato de o servidor aderir ao regime fixado unilateralmente pelo poder público. (NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 221).

³²⁹NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 283.

Ainda em relação a tais limitações, de acordo com José Carlos Vieira de Andrade³³⁰, apenas as situações relacionadas ao cargo público exercido pelo servidor são passíveis de sofrer limitações, não abrangendo, assim, aquelas nas quais os indivíduos atuam como pessoas comuns.

Dessa forma, Cintia Cristina Marques Lima³³¹ pontua que as limitações aos direitos dos servidores públicos deverão observar os limites expressamente previstos pela Constituição e a necessidade de regulação da condição especial de servidor público. Ainda segundo a autora, a limitação deverá estar relacionada com os fins da instituição, ser necessária e proporcional, além de manter a preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

De forma exemplificativa, são elencadas, a seguir, algumas previsões estatutárias dos servidores públicos federais, constantes da Lei nº 8.112/90, que limitam os direitos fundamentais da liberdade de expressão e da vida privada, estando implicitamente autorizados pela Constituição Federal:

(a) guardar sigilo sobre assunto da repartição³³²: tal dever está previsto no artigo 116, VIII, limitando a liberdade de expressão com objetivo de evitar que o servidor divulgue indevidamente informações a respeito das atividades internas do órgão em que exerce suas funções, revelando-as a terceiros;

(b) manter conduta compatível com a moralidade administrativa: dever previsto no artigo 116, IX, que amparado no princípio constitucional da moralidade administrativa, impõe que a conduta compatível com a moralidade administrativa não deve ser exigida do servidor apenas enquanto estiver no horário e local de trabalho, mas também no exercício de sua vida particular,

³³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 244.

³³¹ LIMA, Cintia Cristina Marques. **A responsabilidade disciplinar do servidor em face de sua liberdade de expressão e da vida privada**. Lisboa, 2017. p. 76. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33980/1/ulfd135251_tese.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022)

³³² Cumpre destacar que além do dever de sigilo, consta também o dever de atender com presteza ao público em geral prestando as informações solicitadas, com ressalva às protegidas com sigilo, conforme artigo 116, V, “a”, da Lei nº 8.112/90. No Brasil, o acesso à informação é regulamentado pela legislação nº 12.527/2011, a qual prevê outros deveres dos servidores no que concerne ao atendimento de pedidos de informações de qualquer cidadão, além de definir quais os tipos de informações serão amparados pelo sigilo - como as imprescindíveis à segurança do Estado ou da sociedade, nos termos do art. 23 da dita Lei.

desde que essas condutas se relacionem com as atribuições do cargo. Com isso, o servidor deve atuar em consonância com padrões éticos específicos da administração associada ao exercício da função pública, ou seja, com a moralidade administrativa interna;

(c) promover manifestação de apreço ou despreço no recinto da repartição: configura infração disciplinar prevista no artigo 117, V, em caso de perturbação ao bom desenvolvimento do serviço e à ordem no ambiente de trabalho pela manifestação de opiniões quanto a apreço ou despreço de colegas, superiores e subordinados, além dos particulares, acarretando uma verdadeira obstrução do atendimento ao público. Configura, assim, uma hipótese de limitação à liberdade de expressão;

(d) coagir ou aliciar subordinados no sentido de se filiarem a associação profissional ou sindical, ou a partido político: também é uma hipótese de infração disciplinar prevista no artigo 117, VII, que objetiva inibir o abuso do poder hierárquico, por meio de opressão, inclusive ameaça /verbal ou promessas de favorecimentos, para a associação profissional, sindical ou a partidos políticos. Com isso, observa-se que tal previsão estatutária também é um exemplo limitador da liberdade de expressão e da vida privada;

(e) recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado: infração disciplinar estatuída no artigo 117, XIX, em caso de recusa injustificada pelo servidor público de prestação de informação pessoal, o que também implica limitação à liberdade de expressão em seu sentido amplo;

(f) improbidade administrativa: infração disciplinar prevista no artigo 132, IV, que também limita a liberdade de expressão e a vida privada quando o servidor público, agindo com dolo, revela fato sigiloso de que tenha conhecimento em razão do cargo ou função que exerce (artigo 11, III, da Lei nº 8.429/92³³³) e quando ele revela informação sigilosa sobre medida política ou

³³³BRASIL. **Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.ht>. Acesso em: 23 ago. 2022.

econômica que possa influir no mercado (artigo 11, VII da Lei nº 8.429/92). Portanto, constitui um tipo de violação dolosa do dever de sigilo funcional em relação a medidas econômicas ou políticas, antes da divulgação oficial, e que seja capaz de afetar mercado, como divulgação do preço das mercadorias, dos bens e dos serviços;

(g) incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição: infração disciplinar prescrita no artigo 132, V, em caso de desvios comportamentais associados a valores morais e a costumes, como atos de conotação sexual, em cuja conduta escandalosa tenha ocorrido no local de trabalho, sendo que a incontinência pública pode apenas estar relacionada ao exercício das atribuições do servidor e necessariamente ocorrer publicamente. Verifica-se, portanto, que tal previsão legal também limita a liberdade de expressão e a vida privada;

(h) insubordinação grave em serviço: impõe que o servidor público não possa desrespeitar uma ordem direta e pessoal de seu superior hierárquico, desde que essa ordem não seja manifestamente ilegal, sob pena de configurar ilícito disciplinar inserido no artigo 132, VI;

(i) revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo: é um tipo de ilícito disciplinar que objetiva inibir a revelação de segredo obtido pelo servidor, em razão do exercício da função pública, limitando, assim, a liberdade de expressão e a vida privada.

Conforme destacado na introdução desta tese, o objetivo da presente pesquisa é o estudo das limitações à liberdade de expressão previstas no Estatuto dos servidores federais, cumprindo destacar que alguns servidores podem sofrer outros tipos de limitações de seus direitos, sendo comum a previsão de deveres e vedações funcionais, como é o caso do magistrado, do promotor de justiça, do servidor público militar, do advogado geral da União e dos funcionários do Serviço Exterior .

Nas palavras de Cintia Cristina Marques Lima³³⁴, “as limitações dessas liberdades individuais dos servidores justificam-se em face da proteção das obrigações de neutralidade, imparcialidade, lealdade e reserva de assuntos funcionais às quais eles estão sujeitos por força de sua especial sujeição”.

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco denominam essa relação entre o servidor público e o vínculo funcional com a administração de relações especiais de sujeição, conforme asseveram:

Em algumas situações, é possível cogitar de restrição de direitos fundamentais, tendo em vista acharem-se os seus titulares numa posição singular diante dos Poderes Públicos. Há pessoas que se vinculam aos poderes estatais de forma marcada pela sujeição, submetendo-se a uma mais intensa medida de interferência sobre os seus direitos fundamentais. Nota-se nesses casos uma duradora inserção do indivíduo na esfera organizativa da Administração. “A existência de uma relação desse tipo atua como título legitimador para limitar os direitos fundamentais, isto é, justifica por si só possíveis limitações dos direitos dos que fazem parte dela”. Notam-se exemplos de relações especiais de sujeição no regime jurídico peculiar que o Estado mantém com os militares, com os funcionários públicos civis, com os internados em estabelecimentos públicos ou com os estudantes em escola pública. O conjunto de circunstâncias singulares em que se encontram essas pessoas induz um tratamento diferenciado com respeito ao gozo dos direitos fundamentais.³³⁵

Para não fugir ao objetivo desta pesquisa, não será abordado o contexto histórico e evolução da teoria das relações especiais, mas tão somente delineada a ideia central desse instituto, que remonta ao final do século XIX, na Alemanha, e parte do pressuposto da existência de um vínculo diferenciado, caracterizado por uma relação de proximidade entre o titular de um direito fundamental e o Estado, como no caso dos servidores públicos, militares e aprisionados, o que implica restrição do exercício de determinadas garantias fundamentais.

Sobre o tema, Miriam Wimmer³³⁶ explica que a teoria das relações especiais de sujeição “trata-se de uma construção jurídica, que busca justificar a minoração dos

³³⁴LIMA, Cintia Cristina Marques. **A responsabilidade disciplinar do servidor em face de sua liberdade de expressão e da vida privada**. Lisboa, 2017. p. 79. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33980/1/ulfd135251_tese.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022

³³⁵MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2017. - (Série IDP). Ebook. (não paginado).

³³⁶WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Direito Público**, v. 4, n. 18, p. 1, out. - nov. - dez., 2007. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291>>. Acesso em: 13 maio 2022.

direitos dos cidadãos, ou dos sistemas institucionalmente previstos para sua garantia, como consequência de uma relação qualificada com o Poder Público”.

A literatura das relações de sujeição especial, originada na Alemanha do século XIX, surgiu para fundamentar a existência de um poder administrativo especial que legitimaria a imposição de determinadas restrições aos direitos fundamentais de pessoas que se encontram em situações diferenciadas em relação ao Poder Público.³³⁷

De acordo com os autores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco³³⁸, houve momento na História em que, aos indivíduos submetidos à relações especiais, não era dado invocar direitos e garantias em face do Estado, uma vez que o dever de obediência seria incompatível com o sistema de sujeição em que estariam inseridas.

Miriam Wimmer³³⁹ esclarece que a teoria das relações especiais de sujeição passou a ser ressignificada após a segunda guerra mundial, notadamente, em decorrência da evolução da moderna teoria constitucional, em que os direitos fundamentais passaram a ter papel de destaque.

A teoria das relações especiais de sujeição, se compreendida como o fundamento para um poder administrativo autônomo que legitimaria a imposição de restrições aos direitos fundamentais à margem do Direito, é manifestamente incompatível com nosso sistema constitucional. Nesse sentido, a literatura é tranquila: não cabe cogitar do uso da noção de relações de sujeição especial como critério demarcador de um domínio imune aos direitos fundamentais.³⁴⁰

Com base nisso, verifica-se que as relações entre Estado e indivíduo que implicam deveres específicos mais intensos ou, ainda, restrição ao exercício de direitos fundamentais, passaram a ter que observar os valores consagrados na

³³⁷WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Direito Público**, v. 4, n. 18, p. 1, out. - nov. - dez., 2007. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291>>. Acesso em: 13 maio 2022.

³³⁸MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2017. - (Série IDP). Ebook. (não paginado).

³³⁹WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Direito Público**, v. 4, n. 18, p. 1, out. - nov. - dez., 2007. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291>>. Acesso em: 13 maio 2022.

³⁴⁰WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Direito Público**, v. 4, n. 18, p. 1, out. - nov. - dez., 2007. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291>>. Acesso em: 13 maio 2022..

Constituição e na teoria dos direitos fundamentais, os quais possuem aplicabilidade imediata.

De acordo com Pedro Adamy, a restrição a direitos fundamentais, com base nas relações especiais, somente é possível mediante avaliação, na situação concreta, do alcance e da importância dos bens em colisão, bem como da necessidade de relação direta entre a restrição imposta e as finalidades institucionais, determinadas pela Constituição.

[...] pode-se depreender que as restrições impostas somente se justificam caso sejam legitimadas pela situação subjacente à relação especial de sujeição, e que essa restrição seja necessária para a consecução dos objetivos constitucionais. Dessa forma, as relações especiais deverão estar embasadas em situações que tenham como “referência instituições cujos fins e especificidades constituam eles mesmos bens ou interesses constitucionalmente protegidos.”.

[...] As características da relação especial devem exigir que o exercício daqueles direitos seja restringido. Em outras palavras: deve haver o reconhecimento, mesmo que implícito, por parte da constituição, que a relação especial pressupõe a restrição ao exercício do direito fundamental para o seu correto e adequado funcionamento.³⁴¹

Além disso, para que a restrição ao exercício dos direitos fundamentais do indivíduo que se encontre em uma relação especial de sujeição seja legítima, além de limitadas aos fins constitucionais que justificam essas relações, devem estar previstas na lei que defina cada estatuto especial. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco³⁴² lecionam que “faltando a lei, há de se recorrer aos princípios de concordância e de ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial”.

Analisando-se a Constituição Federal de 1988, verifica-se a previsão de diversos dispositivos que, expressamente, restringem ou limitam o exercício de direitos fundamentais por agentes públicos submetidos a uma relação especial com o Estado, notadamente, aqueles que são membros de carreiras estatais, sendo exemplos mais comuns a algumas categorias, como a dos militares, a proibição de greve e a vedação de atuação político-partidária.

³⁴¹ADAMY, Pedro. Direito fundamentais e as relações especiais de sujeição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n° 1, 2018 p. 360-376. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/239/showToc>>. Acesso em: 12 abr. 2020. p. 369-370.

³⁴²MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2017. - (Série IDP). Ebook. (não paginado).

Por exemplo, o artigo 14 § 2º da Constituição Federal de 1988³⁴³ restringe aos conscritos no serviço militar o exercício de direitos políticos, ao elencar que, durante o período do serviço militar obrigatório, estes indivíduos não poderão alistar-se como eleitores.

Outro exemplo de limitação diz respeito aos membros das Forças Armadas, em que o artigo 142, § 3º da Constituição³⁴⁴ restringe aos militares o exercício do direito de sindicalização, do direito de greve e do direito à filiação partidária.

Em relação a essas hipóteses, Pedro Adamy³⁴⁵ afirma que “as limitações ao exercício de variadas garantias fundamentais são justificadas pela finalidade essencial das Forças Armadas - quais sejam: a garantia dos poderes constitucionais, a garantia da lei e da ordem -, bem como por sua estruturação, quais sejam: a hierarquia e a disciplina”.

Outro exemplo de categoria ao qual a Constituição Federal expressamente impõe algumas limitações ao exercício de garantias fundamentais asseguradas aos particulares em geral, diz respeito aos magistrados. O parágrafo único, do artigo 95, da Carta Maior³⁴⁶ restringe aos juízes diversos direitos fundamentais, como a liberdade de exercício profissional, ao vedar que exerçam outro cargo ou função pública, ainda que em disponibilidade, excetuando apenas a função de magistério e, ainda, o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual o magistrado tenha se afastado, antes de decorrido o período de três anos, seja por aposentadoria ou exoneração. O

³⁴³Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

³⁴⁴Art. 142. [...] § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998) [...] IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998) V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

³⁴⁵ADAMY, Pedro. Direito fundamentais e as relações especiais de sujeição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, 2018 p. 360-376. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/239/showToc>>. Acesso em: 12 abr. 2020. p. 366.

³⁴⁶Art. 95. [...] Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária. IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

mesmo dispositivo constitucional também lhes veda o exercício de atividades político-partidárias.

Segundo o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, as restrições impostas, constitucionalmente, aos magistrados se justificam pela necessidade de proteção do próprio Poder Judiciário, de modo a assegurar a isenção e independência para a atuação de seus integrantes, bem como para “garantir que os juízes dediquem-se, integralmente, às funções inerentes ao cargo, proibindo que a dispersão com outras atividades deixe em menor valia e cuidado o desempenho da atividade jurisdicional, que é função essencial do Estado e direito fundamental do jurisdicionado”.³⁴⁷

Semelhantes restrições ao exercício de direitos fundamentais estão previstas pela Constituição Federal de 1988 em relação aos membros do Ministério Público, as quais também visam a assegurar o exercício independente e livre das funções institucionais e das prerrogativas dos membros do Ministério Público.

Da mesma forma que aos juízes são impostas determinadas limitações, também os membros do Ministério Público não podem exercer a advocacia, participar de sociedade comercial, exercer outra função pública, salvo uma de magistério, exercer atividade político-partidária e, ainda, receber quaisquer tipos de auxílios de pessoas físicas ou entidades públicas ou privadas.³⁴⁸

O texto constitucional vigente também cuidou de estabelecer restrição a alguns direitos de agentes políticos, como dos detentores dos mandatos de Deputado e Senador. Tais restrições são tratadas como impedimentos ou incompatibilidades, e visam ao atendimento do princípio da moralidade administrativa, de modo a evitar a prática de desvio de poder, sobretudo, para obtenção de benefício pessoal.

³⁴⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.938. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 24/04/2008. **Publicado no DJE de 12 de set. 2008.** Acesso em: 29 maio 2022. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547219>> Acesso em: 29 maio 2022.

³⁴⁸Art. 128. O Ministério Público abrange: [...] § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: [...] II - as seguintes vedações: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) exercer atividade político-partidária; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Dessa forma, de acordo com o artigo 54, da Constituição Federal³⁴⁹, desde a expedição do diploma, é vedado aos membros do Congresso Nacional firmar ou manter contratos e aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado com entidades públicas e ou empresa concessionária de serviço público. Ademais, desde a posse, tais agentes não poderão, por exemplo, ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que possua contrato com pessoa jurídica de direito público e, nem mesmo, ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

Não menos importante, a Lei Federal nº 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, dentre os deveres do servidor, elenca, no artigo 116, VI, que tais agentes públicos devem levar as irregularidades de que tiver ciência, em razão do cargo, ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para que haja apuração.

Verifica-se, portanto, que existem, no sistema constitucional e legal vigentes, hipóteses expressas em que a imposição de prévia restrição às garantias fundamentais de indivíduos é permitida com base na relação de proximidade que detém com o Estado, decorrente do vínculo funcional, como nos casos dos servidores públicos.

A despeito de tais previsões expressas, Miriam Wimmer³⁵⁰ salienta que é rara, na jurisprudência brasileira, a invocação da teoria das relações especiais de sujeição. De acordo com o autor, em casos envolvendo indivíduos dotados de um “status diferenciado”, a maioria das decisões judiciais utiliza “raciocínios ponderativos e de linhas de argumentação envolvendo a proporcionalidade para justificar a restrição de direitos, a mitigação da legalidade e a menor intervenção do Judiciário”.

³⁴⁹Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior; II - desde a posse: a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada; b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a"; c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a"; d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

³⁵⁰WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Direito Público**, v. 4, n. 18, p. 48, out. - nov. - dez., 2007. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291>>. Acesso em: 13 maio 2022.

Nada obstante, as decisões de nossos tribunais tendem a rechaçar a tese de que seria possível o afastamento da incidência dos direitos fundamentais, do princípio da reserva legal em matéria sancionatória e do controle jurisdicional com fundamento num pretensão “poder especial” da Administração Pública. Na verdade, tem-se entendido que embora em alguns casos sejam admissíveis (i) restrições a direitos fundamentais, (ii) uma menor exigência quanto à densidade normativa da lei e (iii) uma incidência reduzida do controle jurisdicional, a intensidade das restrições ou minorações deve ser razoável e proporcional à luz do nosso sistema constitucional e face aos fatos concretos sob análise.

[...] No âmbito das prisões, as decisões do STF tendem em duas direções. Por um lado, reconhece-se a possibilidade de restrição excepcional aos direitos fundamentais, respeitando-se as leis aplicáveis, com a finalidade de impedir práticas ilícitas. Por outro, reconhece-se um maior dever de proteção do Estado em relação àqueles que se encontram encarcerados, em função do dever constitucional de guarda inscrito no art. 5º, XLIX da Constituição.³⁵¹

As observações acima, apontadas pelo autor, são importantes e decorrem do fato de que na construção da literatura jurídica e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre liberdade de expressão e de informação, sobressai, no ordenamento jurídico, o entendimento de que os direitos e garantias fundamentais não possuem caráter absoluto, podendo, excepcionalmente, e desde que respeitados os preceitos estabelecidos na própria Constituição, sofrer restrição em face de razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades.

A título exemplificativo, cita-se o caso envolvendo a restrição de liberdade de expressão de servidor público ocupante de cargo militar, em que um capitão da Polícia Militar Estadual de Santa Catarina foi punido em processo administrativo disciplinar com a pena de seis dias de prisão por ter concedido, sem autorização do comando, entrevista a respeito do tema de monografia de sua autoria.³⁵²

Ao analisar o recurso, o Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, afastou a punição, considerando a supremacia da Constituição Federal e da liberdade científica diante de normas hierarquicamente inferiores, como o Estatuto dos Policiais

³⁵¹WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. **Direito Público**, v. 4, n. 18, p. 48, out. - nov. - dez., 2007. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291>>. Acesso em: 13 maio 2022.

³⁵²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: **RMS 11.587/SC**. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RMS_11587_SC_16.09.2004.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1656856157&Signature=1Q2b5%2FpGmOUELYIe%2B7SSKKUX0Gk%3D>. Acesso em: 03 jul. 2022.

Militares da PMSC. O STJ considerou ainda que a entrevista não foi ofensiva à corporação, não sendo contrária às finalidades buscadas pelo texto constitucional, conforme se destaca do trecho extraído do voto do Ministro Relator Gilson Dipp:

[...] Primeiramente, à luz do princípio da supremacia constitucional, cumpre salientar que a Carta Magna encontra-se no vértice do ordenamento jurídico, e é a Lei Suprema de um País, na qual todas as normas infraconstitucionais devem buscar o seu fundamento de validade. Logo, reputa-se nula ou inconstitucional lei com ela conflitante. Em suma, as demais regras hierarquicamente inferiores à Constituição não podem fazer restrições onde a Lei Maior não o fez. Se a Constituição Federal garante a todos os brasileiros liberdade de expressão de atividade científica, independente de autorização, lei especial não pode excluir dessa garantia a classe dos militares, em razão de seu peculiar regramento. Diante deste quadro, conclui-se que o ato praticado pelo recorrente não caracterizou transgressão disciplinar. A Lei Maior, que se sobrepõe ao ordenamento militar, assegura a divulgação de trabalho científico, independentemente de autorização, não excluindo dessa garantia os militares. Por outro lado, compulsando-se os autos verifica-se que o autor em sua entrevista não ofendeu a Corporação e sequer se manifestou sobre temas estratégicos militares, restringindo-se tão somente a tecer comentários genéricos acerca da tese exposta em sua monografia, que tratava de fatos notórios a respeito de segurança pública [...].³⁵³

Da leitura do trecho extraído do acórdão supracitado, o Superior Tribunal de Justiça adotou a premissa de que a restrição a garantias fundamentais deve ser razoável e proporcional à luz do sistema constitucional instituído pela Constituição Federal de 1988, face ao exame de fatos concretos.

Mesmo ponderando os posicionamentos adotados pelo STF e STJ de preferência à liberdade de expressão, é importante ressaltar a ressalva feita por Vitor Amaral Medrado, no sentido de que:

A flagrante dissonância entre decisões da Justiça Brasileira evidencia que não há, ainda, uma compreensão adequada da liberdade de expressão no Brasil. Além do mais, no Brasil, a discussão sobre a liberdade de expressão é ainda incipiente se comparada, por exemplo, à literatura jurídica existente em língua inglesa. Nos Estados Unidos, um rico debate foi desenvolvido no último século envolvendo tanto o Judiciário como a academia sobre o free speech. Sobretudo ao longo do último século, a Supreme Court tem se debruçado sobre o tema da liberdade de expressão em vista de estabelecer a sua abrangência e os seus limites. A consolidação da jurisprudência da Supreme Court sobre a liberdade de expressão foi acompanhada de um profundo debate acadêmico que chegou até os dias de hoje. Entretanto, foi apenas a partir da primeira metade do século XX que a jurisprudência americana passou a dar primazia à liberdade de expressão e à liberdade de

³⁵³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: **RMS 11.587/SC**. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RMS_11587_SC_16.09.2004.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1656856157&Signature=1Q2b5%2FpGmOUELYIe%2B7SKKUX0Gk%3D>. Acesso em: 03 jul. 2022.

imprensa. Hoje, a jurisprudência da Supreme Court é uma espécie de vanguarda das liberdades no mundo. Ao passo que outras democracias desenvolvidas são marcadas pela limitação a essas liberdades frente a outras exigências, a Suprema Corte dos Estados Unidos considera as liberdades direitos prioritários, mesmo em casos que envolvem a segurança do governo e as opiniões extravagantes e perigosas. O Brasil e os Estados Unidos, assim, parecem caminhar por destinos aparentemente opostos em relação ao direito à liberdade de expressão. Entretanto, a última década foi marcada por importantes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o free speech. A nossa tese é a de que as decisões recentes da Suprema Corte evidenciam a progressiva consolidação de uma jurisprudência mais favorável à liberdade de expressão em um constante diálogo com o constitucionalismo norte-americano. Como defendemos, essa ideia propicia a compreensão das decisões mais recentes, e polêmicas, da Corte³⁵⁴.

Ainda que não tenha sido encontrado julgado envolvendo a particularidade do caso da presente tese no âmbito do STJ e STF, a citação acima apontada pode ser de suma importância para a compreensão do posicionamento adotado pela Corte Brasileira em situações envolvendo colisão de direito fundamental, especialmente quanto à liberdade de expressão.

4.3 A responsabilidade do servidor público e o exercício da liberdade de expressão no âmbito da vida privada

Delineados, no capítulo anterior desta tese, os traços proeminentes da limitação da liberdade de expressão, reservou-se este capítulo para tratar da possibilidade de responsabilização do servidor público pelas infrações que limitam a sua liberdade de expressão.

Inicialmente, cabe destacar que não será objeto de análise a responsabilização penal do servidor, em caso de desrespeito ao dever de atuar na vida privada, de modo a não dignificar a imagem da Administração Pública, por ser um tema pacificado na jurisprudência brasileira.³⁵⁵

³⁵⁴MEDRADO, Vitor Amaral. **Liberdade de expressão e democracia no Brasil**: a consolidação da jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MedradoVA_2.pdf>. Acesso em: 10 maio 2022.

³⁵⁵[...] Servidor condenado na esfera penal. Instauração de procedimento administrativo. Possibilidade. Dever do servidor: "proceder na vida pública e privada, de forma que dignifique a função pública". [...] No procedimento administrativo, o impetrante responde por transgressão ao dispositivo que determina ser dever do servidor proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública. Recurso desprovido." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14270/PB. Relator: FONSECA, José Arnaldo da. Publicado no **DJe de 21 out. 2002**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=14270&b=ACOR&p=true&t=JURIDIC>> O&l=10&i=3#EMEN. Acesso em 16. jun. 2022.

O presente tópico da pesquisa cuidará de estudar a responsabilização do servidor na esfera disciplinar, por atos praticados na vida privada, de modo a denegrir a função pública, tomando por base o exercício de sua liberdade de expressão.

Dessa forma, é preciso investigar quais obrigações dos servidores públicos podem limitar o exercício da liberdade de expressão, bem como entender se o descumprimento de tais obrigações poderá implicar em reprimenda e, em caso afirmativo, se esta abrangerá os atos exercidos no âmbito de sua vida privada.

No intuito de responder a esses objetivos, são utilizados como parâmetros iniciais o estudo de alguns princípios, empregados como critérios orientadores imediatos da interpretação, integração e ampliação dos atos da Administração Pública.³⁵⁶

Assim, faz-se necessário entender os conceitos de legalidade, impessoalidade, moralidade, dever de lealdade do servidor público, bom nome e reputação da Administração Pública, como o estudo do princípio da proporcionalidade.³⁵⁷

A importância da compreensão dos mencionados princípios, justifica-se por servirem de parâmetros para fundamentação da possibilidade de responsabilização disciplinar do servidor, em caso de infração que limite a sua liberdade de expressão.

4.3.1 Princípio da legalidade administrativa

O princípio da legalidade é inerente ao Estado de Direito, representando a subordinação da Administração Pública à vontade popular, de modo que o exercício da função administrativa não possa ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas deva, obrigatoriamente, respeitar a vontade da lei.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵⁸, enquanto o princípio da supremacia do interesse público e da sua indisponibilidade é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada, “o da legalidade é específico do Estado

³⁵⁶OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011. p. 740.

³⁵⁷A despeito de não estarem expressamente previstos no texto constitucional, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, servirão de preceito para, no caso concreto, aferir a necessidade de limitação do direito à liberdade de expressão do servidor público em face do interesse da coletividade, bem como avaliar a adequação da penalidade a ser aplicada pelo ato ilícito.

³⁵⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros. p. 101.

de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria, por isso, considerado princípio basilar do regime jurídico-administrativo”.

Além de previsto nos artigos 5º, inciso II e 37, caput, da CF³⁵⁹, o conceito de legalidade também encontra respaldo no artigo 2º da Lei nº 9.784/99, que define a legalidade como dever de atuação conforme a lei e o direito:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - Atuação conforme a lei e o Direito;³⁶⁰

De acordo com Hely Lopes Meirelles, “a legalidade, como princípio de administração (CF, art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar”.³⁶¹

Enquanto ao particular é lícito fazer tudo o que a lei proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, assim explana Hely Lopes Meirelles³⁶²: “A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”, caso o servidor público desvie a sua finalidade cometerá ato ilícito, e irá se expor à responsabilização administrativa, civil e criminal, conforme cada caso. ”

Ainda segundo o magistério de Hely Lopes Meirelles³⁶³, “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular

³⁵⁹MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.172, elenca que o princípio da legalidade encontra fundamento em três dispositivos diferentes na Constituição Federal de 1988. Artigo 37, caput: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Artigo 5º, II: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Artigo 84, IV: “Compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

³⁶⁰Lei do Processo Administrativo. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

³⁶¹MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 82.

³⁶²MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 93.

³⁶³MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 82.

é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

Bruno Tulim Silva explica que

[...] para que a administração possa atuar, não basta a inexistência de proibição legal, é necessário tanto a existência de determinação ou autorização da atuação administrativa na lei. Os particulares podem fazer tudo o que a lei não proíba, entretanto, a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei autorizar.³⁶⁴

Portanto, o princípio da legalidade impõe que a Administração Pública, ou melhor, no caso desta tese, o servidor público, deverá atuar conforme a lei e o direito, sendo que só poderá fazer o que a lei expressamente determinar.

Verifica-se que o princípio da legalidade está na base do estado de direito, impondo ao agente público um critério de subordinação à lei, como é o caso dos deveres funcionais elencados no artigo 116 do estatuto jurídico dos servidores públicos federais.

A par disso, num primeiro momento, constata-se que pelo princípio da legalidade, o servidor público não é livre para manifestar a sua opinião, visto que a ele não existe outra alternativa que não seja a de fazer o que está previsto em lei.

4.3.2 Princípio da impessoalidade

A impessoalidade é um atributo do Estado de Direito consagrado em princípio expresso no caput do artigo 37 da CF, que também regula a atividade administrativa, estabelecendo que o servidor público deve agir de maneira objetiva e imparcial³⁶⁵, no intuito de garantir a finalidade pública na execução da atividade Estatal, evitando, desta forma, o favorecimento e o conflito de interesses.

Nas lições de Hely Lopes Meirelles³⁶⁶, o princípio da impessoalidade “nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal”.

³⁶⁴SILVA, Bruno Tulim. **Noções de direito administrativo**. NOVA, 2015. p. 1.

³⁶⁵ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O princípio da impessoalidade da administração pública**: para uma Administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 107.

³⁶⁶MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 89-90.

No âmbito infraconstitucional a conceituação de impessoalidade está expressamente prevista na Lei do Processo Administrativo, tratando-se de uma obrigatória “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades” (art. 2º, parágrafo único, III, da Lei n. 9.784/99).

³⁶⁷

A noção de imparcialidade pode ser entendida a partir da previsão expressa na Lei 8.429/92³⁶⁸, cujo artigo 11 determina: “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...]”.

No constitucionalismo estrangeiro, o termo “imparcialidade”, ao invés de impessoalidade, é utilizado, dentre outras, pela Constituição Portuguesa, cujo art. 266, 2, determina: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”. O termo aparece ainda na Constituição Italiana (art. 97): “As administrações públicas são organizadas segundo as disposições legais, de modo que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração”.

Segundo Germana de Oliveira Moraes³⁶⁹, ao analisar a literatura brasileira no que concerne ao princípio da impessoalidade, concluiu que este princípio não é estudado isoladamente. Para a autora, normalmente ele é correlacionado ora como reforço ao princípio da igualdade, ora com o da finalidade pública, quando acolhe a teoria do desvio de poder no descumprimento da impessoalidade. Ainda, quando vinculado ao princípio da neutralidade, defendendo a atuação do administrador livre de subjetividade e voluntarismo com vistas ao interesse da coletividade. Por fim e mais recentemente, esse princípio é compreendido como desdobramento do sentido objetivo da imparcialidade, ou seja, na qualidade de ser impessoal.

³⁶⁷BRASIL. **Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 22 out. 2021.

³⁶⁸BRASIL. **Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 22 out. 2021.

³⁶⁹MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisprudencial da administração pública**. 2. ed. São Paulo: **Dialética**, 2004. p. 116, Informa que no direito português impessoalidade está imbricada nos conceitos de igualdade, finalidade pública e proporcionalidade, com fulcro no art. 266 da CRP.

Nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha³⁷⁰, o conteúdo jurídico do princípio da impessoalidade implica no “despojamento da pessoa pública de vontade que lhe seja enxertada pelo agente público, que agisse segundo os seus interesses, subjetivamente definidos, jamais alcançaria aquela finalidade, que se põe, objetiva, genérica e publicamente”.

Então, pode-se dizer que pelo princípio da impessoalidade, o agente público deve agir de forma imparcial na defesa do interesse público, impedindo discriminações e privilégios indevidamente dispensados a particulares no exercício da função administrativa.

O servidor público não pode conceder benefícios ou onerar servidores e administrados, tendo em vista as suas preferências pessoais ou os vínculos particulares que mantém com eles. Ele deve atuar de forma neutra³⁷¹ e objetiva³⁷² em prol do interesse público, sem deixar marcas pessoais e nem mesmo ser a finalidade fundada no interesse de um ou alguns em detrimento da coletividade.

Vale ressaltar que o ordenamento brasileiro, além de republicano, é também pluralista e democrático, de modo que, pelo princípio da imparcialidade, os agentes políticos não podem tampouco estabelecer distinções entre os servidores e os administrados, distinções essas motivadas por suas convicções políticas ou por suas afiliações religiosas, devendo todas as condutas dos servidores públicos serem pautadas pela neutralidade e objetividade, para que elas sejam justas.

Na hipótese de um ato administrativo violar o princípio da impessoalidade, via de regra, ele será nulo, além de poder caracterizar o cometimento do ilícito administrativo da improbidade administrativa, com base no artigo 132, IV, da Lei nº 8.112/90.³⁷³

³⁷⁰ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.150.

³⁷¹Compreendendo a neutralidade como regra do exercício da função administrativa, v. PAULO OTERO, **Legalidade e administração pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011. p. 318.

³⁷²O conteúdo constitucional da impessoalidade, enquanto um princípio democrático, tem na objetividade uma de suas faces, na qual deve prevalecer o poder de todos, não as razões subjetivas do administrador. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.148).

³⁷³A Lei nº 8.429/92 ao tratar dos atos de improbidade administrativa no Capítulo II, prescreve no art. 11 que “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”. Os princípios da administração pública estão previstos no art. 37 da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A dogmática especializada, há muito, trata do tema, caracterizando a violação da impessoalidade como hipótese de desvio de finalidade. A finalidade dos atos do Estado é a realização do interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷⁴ elenca a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário. Para o autor, o primeiro é o interesse geral da sociedade, o bem comum. O segundo é o interesse imediato da administração. Uma das funções precípua das garantias dos servidores públicos é, justamente, permitir que sua atuação em defesa do interesse público primário se dê sem receio de retaliações por parte dos governantes do momento.

Com isso, visando a assegurar a independência do servidor em relação ao governante eleito, o texto constitucional prevê que a seleção se dará por meio de concurso público (art. 41) e que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de procedimento em que se preservem suas garantias (art. 41, § 1º). Assim, as opiniões políticas dos servidores e a atitude de dirigir críticas à atuação da administração, por si só, não são razões aptas a legitimar punições.³⁷⁵

Portanto, o servidor público pode ser responsabilizado quando o ato que ele der causa, acarrete prejuízo para a sociedade ao desrespeitar ao princípio da impessoalidade, por ser injusto e causar uma situação de desigualdade, como consequência por sua atuação parcial.³⁷⁶

O servidor público que não observa ao princípio da impessoalidade não estará mais atuando na qualidade de agente público, mas, sim, como privado, pois os motivos de seu ato deixam de ser públicos, um interesse da coletividade, para serem particular e pessoal.

4.3.3 Princípio da moralidade administrativa³⁷⁷

³⁷⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 57.

³⁷⁵SINAIT. **Cadernos da Reforma Administrativa**. Liberdade de expressão dos servidores público: nota técnica n. 1556 da CGU e Assédio Institucional. Brasília, agosto, 2020. Disponível em: <https://sinait.org.br/doc_reforma/caderno8.pdf>. Acesso em: 17. mai. 2022.

³⁷⁶ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte : Del Rey, 1994. p. 153.

³⁷⁷De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “enquanto a moral comum é orientada para uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, distintamente, a moral administrativa é orientada para uma distinção prática entre a boa e a má administração”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 105).

A moral constitui um dos valores realizadores do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, estando expressamente positivada pela Constituição Federal, no artigo 37, como princípio a ser obedecido.

Sem adentrar na discussão das diversas teorias³⁷⁸ que pretendem explicar as relações entre normas morais e normas jurídicas, o presente tópico visa a tratar unicamente do conteúdo jurídico da moralidade administrativa³⁷⁹, no intuito de contribuir para a investigação a respeito da temática da presente tese.

A moralidade administrativa, inicialmente, originou-se como um limite à discricionariedade administrativa, na medida em que tal princípio pode ser conceituado como o conjunto de normas e valores jurídicos definidores dos comportamentos éticos dos agentes públicos, dentre eles os servidores.³⁸⁰

A Constituição Federal de 1988, em pelo menos três oportunidades, impõe aos servidores públicos o dever de observância da moralidade administrativa.

O artigo 5º, LXXIII, ao tratar da propositura de ação popular contra ato lesivo à moralidade administrativa, dispõe que:

[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.³⁸¹

³⁷⁸Diversas teorias pretendem explicar as relações entre normas morais e normas jurídicas. A mais famosa é a teoria do mínimo ético defendida pelo filósofo inglês Jeremias Bentham e pelo jurista alemão Georg Jelline. Além disso, existe a teoria dos círculos independentes defendida por Hans Kelsen, que em síntese defende a desvinculação absoluta entre o Direito e a Moral, constituindo conjuntos diferentes de regras sociais. Existe, ainda, a teoria dos círculos secantes, desenvolvida por Claude Du Pasquier, segundo a qual o Direito e a Moral seriam complexos normativos distintos com uma de intersecção e, ao mesmo tempo, regiões particulares de independência.

³⁷⁹Conforme leciona Alexandra Mazza (2019): “A moralidade administrativa difere da moral comum. O princípio jurídico da moralidade administrativa não impõe o dever de atendimento à moral comum vigente na sociedade, mas exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração. Certas formas de ação e modos de tratar com a coisa pública, ainda que não impostos diretamente pela lei, passam a fazer parte dos comportamentos socialmente esperados de um bom administrador público, incorporando-se gradativamente ao conjunto de condutas que o Direito torna exigíveis”. (MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.185).

³⁸⁰De acordo com Carmen Lúcia Antunes Rocha, a ética aqui retratada não seria a razão do Estado, e sim “aquela afirmada pela própria sociedade segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado”(ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 191)

³⁸¹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2021.

Ademais, o artigo 37, caput, prevê a moralidade administrativa como princípio fundamental aplicável à Administração Pública, determinando que: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.³⁸²

Além disso, o artigo 85, V, também elenca o princípio da moralidade ao definir como crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentarem contra a “probidade na administração”.

Da leitura dos referidos dispositivos constitucionais, constata-se que a moralidade administrativa pode ser entendida como padrão de comportamento a ser observado pelos servidores públicos, exigindo respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade, incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração.

Nesse sentido, o artigo 2º, parágrafo único, IV, da Lei n. 9.784/99, define a moralidade nos processos administrativos como um dever de “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Ademais, artigo 116, II, da Lei n. 8.112/90, também elenca como deveres dos servidores públicos “ser leal às instituições que servir” e “manter conduta compatível com a moralidade administrativa”. Na mesma esteira de disciplina do comportamento ético dos agentes públicos, foram editados o Decreto n. 1.171/94 (Código de Ética Profissional do Servidor Público Federal)³⁸³ e o Decreto n. 6.029/2007 (Sistema de Gestão Ética do Poder Executivo Federal).

O desrespeito ao princípio da moralidade, com a concretização do interesse próprio em detrimento do interesse público, tem como consequência a frustração do cidadão e a quebra da confiança deste em face da Administração.³⁸⁴

Partindo-se dessas premissas norteadoras, para evitar essa quebra de confiança, é dever previsto no artigo 116, IX, do servidor público manter conduta

³⁸²BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2021..

³⁸³O Código de Ética Profissional do Servidor Público Federal ao tratar do princípio da moralidade vincula-o ao agir do servidor de forma ética. Nas regras deontológicas insculpidas no Capítulo I, o Decreto nº 1.171/94, determina que o “servidor não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta”, estabelece que ele deverá decidir entre “o honesto e o desonesto”, não apenas entre “o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno”.

³⁸⁴CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**. Belo Horizonte, Fórum, 2011. p. 315.

compatível³⁸⁵ com a moralidade administrativa, podendo vir a ser responsabilizado disciplinarmente por sua inobservância.³⁸⁶

4.3.4 Dever de lealdade funcional do servidor público

O artigo 116, II, da Lei nº 8.112/90, elenca que o servidor público tem o dever de lealdade para com o serviço público, nos seguintes termos “ser leal às instituições a que servir”.

O dever de lealdade necessita ser perseguido pelo servidor público em suas ações ou omissões, conforme artigo 11³⁸⁷ da Lei nº 8.429/92, sendo a violação desse dever atentatória aos princípios de Administração Pública, cujas consequências podem implicar suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, pagamento de multa e ressarcimento ao erário, nos termos do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e do artigo 12³⁸⁸ da Lei nº 8.429/92.

O Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal – Decreto nº 1.171/94, em seu anexo, XIV, “c”, elenca, como um dos principais deveres fundamentais do servidor público, “ser probo, reto, leal e justo, demonstrando toda a integridade do seu caráter, escolhendo sempre, quando estiver diante de duas opções, a melhor e a mais vantajosa para o bem comum”.

Nas palavras de José Cretella Júnior³⁸⁹, a lealdade é o “dever fundamental do funcionário público, consistente na consagração consciente, prática e completa ao Estado, tudo fazendo para conservar e aumentar o prestígio da Administração”.

³⁸⁵Importante observação é feita por Cintia Cristina Marques Lima, ao defender que: “nem sempre as condutas imorais dos servidores culminarão em uma sanção disciplinar por ser imprescindível que essas condutas estejam associadas ao exercício de suas funções públicas. É o que ocorre, por exemplo, com algumas condutas da vida privada do servidor que não se relacionam com suas atribuições, não acarretando sanções disciplinares previstas na Lei nº 8.112/90, mas podem ser censuráveis pelo Decreto nº 1.171/94, Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal”. (LIMA, Cintia Cristina Marques. **A responsabilidade disciplinar do servidor em face de sua liberdade de expressão e da vida privada**. Lisboa, 2017. p. 84. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33980/1/ulfd135251_tese.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022.

³⁸⁶Artigo 132, IV da Lei nº 8.112/90.

³⁸⁷Artigo 11. “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas” [...].

³⁸⁸Artigo 12. “Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato” [...].

³⁸⁹CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 1994. p.119-123.

Portanto, o dever de lealdade relaciona-se ao desempenho funcional do servidor público com observância da subordinação³⁹⁰ aos objetivos imanentes à função exercida.

Em outras palavras, é um dever interno que impõe ao servidor uma atuação ética mais rígida do que a exigida para o cidadão comum no intuito de atingir o interesse público, a continuidade e o bom andamento do serviço público, devendo ser fiel para com a instituição a que servir.

4.3.5 O bom nome e a reputação da Administração Pública

O artigo 5º, X, do texto constitucional protege o direito fundamental à honra, ao elencá-lo inviolável, além de assegurar o direito à indenização pelo dano material ou moral oriundo da violação deste direito.

O artigo 52, do Código Civil brasileiro, prevê a aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, nelas incluídas as de direito público.

A literatura jurídica reconhece a titularidade de direitos fundamentais ao Estado³⁹¹, sendo que a honra em sua vertente objetiva constitui um direito fundamental

que abrange o Estado, pessoa jurídica de direito público, principalmente no concernente ao direito ao bom nome e reputação. Para melhor elucidação, deve-se ressaltar que as dimensões do direito à honra³⁹² decorrem de suas características.

³⁹⁰Segundo Paulo Veiga Moura, em sua obra, **estatuto disciplinar dos trabalhadores da Administração Pública anotado**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. p. 68-69, o “dever de lealdade é um dever próprio dos trabalhadores da Administração Pública e consiste na obrigação de desempenhar as suas funções com subordinação aos objetivos do órgão e serviço. Ao contrário do que sucede na generalidade das relações laborais privadas, nas quais o trabalhador apenas se compromete a prestar seu trabalho sem pôr em causa os fins do empregador, nas relações de emprego público o trabalhador obriga-se a atuar no sentido de alcançar os objetivos da Administração”. Continua pontuando que “este dever de lealdade implicará sempre que o trabalhador público se aparte de todos os movimentos que combatam a ordem pública vigente ou ataquem e lutem contra os seus órgãos, sendo nossa opinião que haverá uma violação do dever de lealdade não só quando em serviço comprometam os objetivos do serviço ou façam perigar os valores subjacentes ao quadro constitucional, mas também quando fora de serviço o trabalhador adira a grupos, movimentos ou facções que prossigam fins constitucionalmente ilícitos”

³⁹¹Nesse sentido, Paulo Otero defende a ideia de o Estado ser titular de direitos fundamentais, desde que não coloque em risco de prejuízo à sociedade e aos cidadãos. (OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**, Coimbra: Edições Almedina, 2014. p. 402. v. I).

³⁹²Sobre as dimensões do direito à honra, importante citar o posicionamento do STJ, conforme trecho extraído do acórdão prolatado no julgamento do REsp 129428/RJ, a partir do voto do Exmo. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: “Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a **honra subjetiva**, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima, etc.,

causadores de dor, humilhação, vexame; a **honra objetiva**, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto que a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção, dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua. Esta ofensa pode ter seu efeito limitado à diminuição do conceito público de que goza no seio da comunidade, sem repercussão direta ou imediata sobre o seu patrimônio. Assim, embora a lição em sentido contrário de ilustres doutores (PIZARRO RAMON; ROITMAN HORACIO. *“El daño moral y la persona jurídica”*, en la **Rev. Derecho Privado y Comunitario** n° 1. Santa Fé: Ed. Rubinzal Culzoni, 1992. p. 215) trata-se de verdadeiro dano extrapatrimonial, que existe e pode ser mensurado através de arbitramento. [...].

Importante citar também o entendimento adotado pelo STJ no julgamento do REsp n° 1.722.423 - RJ (2018/0025662-1). Segundo o voto do Ministro relator Herman Benjamin: [...]. De fato, como afirmado pelo Tribunal de origem, há no Superior Tribunal de Justiça diversos julgados em que se reconheceu a impossibilidade da pessoa jurídica de Direito Público ser vítima de dano moral. No entanto, essa orientação não se aplica aqui.

No acórdão recorrido adota-se como fundamento o Recurso Especial 1.258.389/PB, da relatoria do Min. Luis Felipe Salomão. Entretanto, o que estava sob julgamento naquele caso era ação indenizatória ajuizada pelo Município de João Pessoa/PB em face de programas radiofônicos e televisivos locais, nos quais se teriam feito comentários que denegriam a imagem da municipalidade, a exemplo de imputar à Secretaria de Educação e ao seu Secretário a prática de maus-tratos contra alunos da rede pública; permitir que ouvinte de um dos programas chamasse o Prefeito de "ditador" e outros comportamentos semelhantes. Há outros julgados no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, cuja verificação apenas evidencia inaplicabilidade ao caso.

No Recurso Especial 1.505.923/PR, da minha relatoria, reitera-se o entendimento de que o Estado não pode ser lesado na esfera moral, mas tratava-se de pretensão ressarcitória movida pelo IBAMA em razão de afirmações feitas pela Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados (ABIP), em juízo, no sentido de que aquele ente do Estado teria produzido cartilha com informações inverídicas.

Em outro caso, o Recurso Especial 1653783/SP, Relator Min. Mauro Campbell, discutiu-se o uso indevido de logotipo do IBAMA. Portanto, as decisões que existem no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema foram proferidas em um contexto no qual estava em jogo a livre manifestação do pensamento e, mais especificamente, a liberdade de crítica dos cidadãos. O Tribunal de origem afasta a condenação, ainda, sob o argumento de que, em relação às pessoas do Estado, não se pode cogitar de "descrédito mercadológico". Ocorre que, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o direito à reparação por dano moral não exsurge apenas no caso de prejuízos comerciais.

Como aduziu o Ministro Ruy Rosado, em importante precedente firmado no julgamento do REsp 60.033/MG, Quarta Turma, DJ 27.11.1995, a pessoa jurídica "pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros". A ideia de honra objetiva é mais abrangente do que a de credibilidade comercial. Tratando de lesões extrapatrimoniais causadas a pessoas jurídicas sem fins lucrativos, a doutrina especializada alude à figura dos "danos institucionais", que "atingem a pessoa jurídica em sua credibilidade ou reputação, a chamada honra objetiva" (TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 139.) [...]. Publicado no **DJe** de **18/12/2020**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800256621&dt_publicacao=18/12/2020>. Acesso em: 20 jun. 2022.

Nesse sentido, a dimensão subjetiva é inata e indisponível, pois trata de uma perspectiva interna e, por outro lado, a dimensão objetiva é adquirida e disponível por ser uma perspectiva externa.³⁹³

Nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira³⁹⁴, “o direito ao bom nome e reputação consiste, essencialmente, no direito de não ser ofendido ou lesado na sua honra, dignidade ou consideração social”.

Pelo exposto, constata-se que a proteção ao bom nome e à reputação possui proteção constitucional na dignificação das pessoas e esses direitos são bens pessoais e individualizados.³⁹⁵

Denota-se que as pessoas jurídicas, dentre elas as de direito público, são abrangidas pela proteção à honra, tendo em vista que podem ter sua reputação abalada pelas manifestações desabonadoras, ainda que essas pessoas não tenham o que alguns autores designam de “sentimento da própria dignidade”.³⁹⁶

Para maior compreensão, é importante atentar-se ao fato de que a reputação e o bom nome não devem ser considerados um mesmo direito. O direito ao bom nome é indisponível, no qual o indivíduo possui o direito de ser respeitado em todas as situações, ainda que suas condutas sejam sem valor, como projeção da dignidade da pessoa humana³⁹⁷. Por sua vez, o direito à reputação possui a natureza disponível, relacionada à boa fama do indivíduo e sua estima social.

Portanto, o bom nome e a reputação constituem-se como direitos constitucionais pertencentes ao rol dos direitos fundamentais, de modo que se determina o respeito a esses direitos pelos atos de natureza pública ou privada. Com base nessa consagração constitucional, tem-se que o lesionado está amparado pela

³⁹³LIMA, Cintia Cristina Marques. **A responsabilidade disciplinar do servidor em face de sua liberdade de expressão e da vida privada**. Lisboa, 2017. p.70. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33980/1/ulfd135251_tese.pdf>. Acesso em: 26.jun.2022.

³⁹⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **CRP. Constituição da República Portuguesa** Anotada. 4. ed. rev. Artigos 108º a 296. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. II. p. 466.

³⁹⁵Nesse sentido, MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão, Interesse público e figuras públicas e equiparadas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LXXXV, Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 73-109.

³⁹⁶Conforme ressalta Edilson Farias, na obra **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 123.

³⁹⁷Nesse sentido, disserta Rabindranath Capelo de Sousa. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 304.

responsabilidade civil e criminal, em caso de violação desses direitos da personalidade.³⁹⁸

Então, no exercício da liberdade de expressão devem-se observar os direitos à reputação e ao bom nome da Administração Pública, de modo que qualquer manifestação não deva ofender ou lesar a sua honra, sob pena de poder ser responsabilizado por eventual violação destes direitos.

4.3.6 *Princípio da proporcionalidade*

No direito brasileiro, assim como em muitos países, o princípio da proporcionalidade não encontra previsão expressa no texto constitucional. Segundo Paulo Bonavides³⁹⁹, o referido princípio está implicitamente previsto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, em decorrência da natureza do regime e da essência do Estado de Direito.

Segundo Luís Filipe Colaço Antunes⁴⁰⁰, o princípio da proporcionalidade possui dupla conotação, uma objetiva e outra subjetiva, abaixo elucidada:

- (i) Objetiva: está relacionada ao motivo ou causa da proporcionalidade na tomada de decisões da administração, pela utilização da solução ótima, com o menor sacrifício possível aos interesses dos particulares. Trata-se da ponderação dos pressupostos de fato e de direito envolvidos, reduzindo a margem de apreciação da Administração. Ou seja, cabe ao Ente Estatal pautar sua atuação, no caso concreto, aos meios necessários, adequados e sem excesso;
- (ii) Subjetiva: nesta, o princípio visa evitar ou atenuar a atuação da Administração na busca do interesse público. Não se tratará apenas da ponderação dos pressupostos de fatos e de direitos, como acontece na conotação objetiva, mas também de buscar atender a finalidade do ato no caso concreto.

Verifica-se que o princípio da proporcionalidade é um instrumento de controle-limitador, em face à atuação dos poderes públicos abusivos⁴⁰¹, sendo um instrumento

³⁹⁸LIMA, Cintia Cristina Marques. **A responsabilidade disciplinar do servidor em face de sua liberdade de expressão e da vida privada**. Lisboa, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33980/1/ulfd135251_tese.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022.

³⁹⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 436.

⁴⁰⁰ANTUNES, Fernando Luís Coelho; JUNIOR, José Celso Cardoso; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Cadernos da Reforma Administrativa**. Liberdade de expressão dos servidores público: nota Técnica n.1556 da CGU e Assédio Institucional. Brasília, agosto, 2020. Disponível em: <https://sinait.org.br/doc_reforma/caderno8.pdf>. Acesso em 17 maio 2022.

⁴⁰¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 43-44.

à disposição do operador do direito para a ponderação dos valores em conflito no caso concreto. Com isso, é preciso que haja aptidão do meio a se utilizar e do resultado a que se pretenda alcançar, para que se chegue a uma solução concreta⁴⁰². Segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁰³, o princípio da proporcionalidade é o “fio condutor de toda a ordem constitucional”, ao exercer sua função primária de preservar os direitos fundamentais de restrições desnecessárias.

Por ser inerente ao Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade acaba sendo um limitador no agir da Administração Pública, ao amparar os direitos fundamentais⁴⁰⁴ e determinar a margem de livre atuação da Administração Pública, além das vinculações legais existentes, é, assim, um verdadeiro norteador do ordenamento jurídico.

Deste modo, o princípio da proporcionalidade é um mecanismo de comando da Administração⁴⁰⁵, ao controlar a atuação restritiva da liberdade individual. Assim como os demais princípios, o da proporcionalidade norteia as condutas do Estado no desempenho de suas atividades⁴⁰⁶, por ser um dos princípios fundamentais da atividade administrativa⁴⁰⁷ ao discipliná-la.

Ao mesmo tempo em que o princípio da proporcionalidade limita as decisões da Administração Pública - decisões essas que possam vir a afetar os direitos subjetivos ou os interesses legalmente protegidos - ele também impede que a restrição imposta seja além do necessário, devendo prezar pela adequação e pela ausência de excesso para atingir a finalidade constitucionalmente prevista⁴⁰⁸, sendo, portanto, um equacionador dessas colisões e, além disso, um meio de concretização das normas constitucionais.

Percebe-se que o princípio da proporcionalidade é muito importante, no que tange a análise da limitação do exercício da liberdade de expressão pelo servidor

⁴⁰²OTERO, Paulo. **Manual de direito administrativo**, Coimbra: Edições Almedina, 2014. p. 775. v. 1.

⁴⁰³SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998. p. 374.

⁴⁰⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 395.

⁴⁰⁵Nas palavras de Marcelo Rebelo de Sousa, “a justiça exige o respeito da pauta de valores constitucional e legalmente assumidos, ou seja, a proporcionalidade em sentido geral ou global. Exige ainda que exista ajustamento entre a atuação pública e o fim ou interesse público concreto a prosseguir, que o mesmo é dizer a proporcionalidade em sentido concreto”. (SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Lições de direito administrativo**. Lisboa: Lex, 1999. v. I. p. 120).

⁴⁰⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 18.

⁴⁰⁷SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Lições de direito administrativo**. Lisboa: Lex, 1999. v. I. p. 79.

⁴⁰⁸Conforme, NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 161.

público, principalmente, em caso de responsabilização pelo exercício desta liberdade em sua vida privada.

5 COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DA PANDEMIA: O CASO COVAXIN E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL

Na data de 15 de janeiro de 2021, diante da gravidade da pandemia de COVID-19, que àquela altura já havia causado a morte de mais de 207 mil brasileiros⁴⁰⁹, o Senador Randolfe Rodrigues, por meio do Requerimento nº 1.371, de 2021, solicitou a abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), com a finalidade de apurar as ações e as possíveis omissões do governo federal no enfrentamento da crise sanitária.

Segundo consta dos Requerimentos, a Comissão Parlamentar se destinou a investigar o governo federal, por suposta violação de direitos fundamentais à vida e à saúde e por ter sistematicamente deixado de seguir as orientações científicas de autoridades sanitárias de caráter mundial, incluindo da Organização Mundial de Saúde.

Dentre as questões abordadas, os requerimentos destacam o agravamento da crise sanitária no Amazonas, dada a ausência de oxigênio para os pacientes internados; e as possíveis irregularidades em contratos, fraudes em licitações, superfaturamentos, desvio de recursos públicos, assinatura de contratos com empresas de fachada para prestação de serviços genéricos ou fictícios, entre outros ilícitos, valendo-se para isso de recursos originados da União Federal, bem como de outras ações ou omissões cometidas por administradores públicos federais, estaduais e municipais, no trato com a coisa pública, durante a vigência da calamidade originada pela Pandemia do Coronavírus "SARS-CoV-2".⁴¹⁰

Os Requerimentos destacam ainda o atraso na campanha de vacinação, a morte diária de milhares de brasileiros, a falta de leitos de UTI, o desabastecimento de medicamentos e insumos básicos, como oxigênio, e o colapso do sistema de saúde

⁴⁰⁹Dados extraídos do gráfico de coeficiente de letalidade (Brasil e outros países), constante do relatório da CPI da Pandemia, votado em 26 de outubro de 2021. BRASIL. Senado Federal. Legislação. Comissões. **Relatório da CPI da Pandemia**, votado em 26 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2441&tp=4>>. Acesso em: 26. jun. 2022.

⁴¹⁰Conforme consta do relatório da CPI da Pandemia, votado em 26 de outubro de 2021. (Dados extraídos do gráfico de coeficiente de letalidade (Brasil e outros países), constante do relatório da CPI da Pandemia, votado em 26 de outubro de 2021. BRASIL. Senado Federal. Legislação. Comissões. **Relatório da CPI da Pandemia**, votado em 26 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2441&tp=4>>. Acesso em: 26. jun. 2022.

do Estado do Amazonas, em razão de as reservas de oxigênio medicinal dos hospitais amazonenses terem acabado, resultando na morte de diversos pacientes nas primeiras semanas de janeiro, o que poderia ter sido evitado com uma atuação proativa do governo federal. Todos esses fatos foram devidamente considerados na decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 14 de abril de 2021, no bojo do Mandado de Segurança 37.760/DF⁴¹¹, que teve como relator o Ministro Luis Roberto Barroso.

Também consta dos relatórios dos mencionados requerimentos que o Senador Eduardo Girão propôs que fossem apuradas eventuais irregularidades em contratos, fraudes em licitações, superfaturamentos, desvio de recursos públicos originados da União, entre outros ilícitos, bem como outras ações ou omissões cometidas por administradores públicos federais, estaduais e municipais, no trato com a coisa pública, durante a vigência da calamidade originada pela pandemia.

Tomando por base a temática da presente tese, é importante delimitar que, dentre os vários assuntos abordados nos requerimentos que instruem a CPI, objetiva-se à investigação do caso de supostas irregularidades na compra da vacina Covaxin⁴¹², notadamente, no que tange a análise do exercício da liberdade de expressão pelo servidor público, tomando por base o depoimento prestado, na CPI, por Luis Ricardo Fernandes Miranda, servidor público concursado do Ministério da Saúde que, juntamente com seu irmão, o deputado Luis Miranda, teria levado a informação ao conhecimento de autoridade competente, no caso, ao próprio Presidente da República, tornando, assim, pública a informação de suspeitas de irregularidades na compra da vacina Covaxin, da Bharat Biotech.

De acordo com o inciso VI, do artigo 116, da mencionada legislação, é dever do servidor público levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo. Então, num primeiro momento, sem adentrar no mérito do caso, é possível inferir a hipótese de que o referido servidor, juntamente

⁴¹¹Consta da ementa que o Mandado de Segurança foi impetrado por senadores da República com o objetivo de que seja determinado a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apurar as ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da pandemia da Covid-19 no Brasil e, em especial, no agravamento da crise sanitária no Amazonas com ausência de oxigênio para os pacientes internados. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1192200938/medida-cautelar-em-mandado-de-seguranca-ms-37760-df-0049572-9820211000000/inteiro-teor-1192200943>>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁴¹²A Covaxin é o imunizante desenvolvido pela empresa indiana Bharat Biotech para prevenir a infecção pelo novo coronavírus.

com o seu irmão, tenha atuado com amparo no dever funcional e, por essa razão, descabe a análise da liberdade de expressão, visto que ninguém é livre para dizer ou fazer algo para o que não tem alternativa.

Ocorre que, além de noticiar as irregularidades à autoridade superior, o servidor público fez tornar pública a informação obtida em razão do exercício do cargo público, hipótese não elencada como dever funcional. Diante disso, retoma-se aqui a questão investigativa norteadora desta tese: é constitucional a restrição à manifestação de pensamento e opinião pelo servidor público em hipótese não prevista como dever funcional, tendo em vista a garantia constitucional da liberdade de expressão assegurada a todas as pessoas indistintamente?

5.1 Histórico do relatório publicado no site oficial do Senado Federal sobre a compra do imunizante Covaxin

Consta do relatório final, publicado no site oficial do Senado Federal, que as tratativas para adquirir a Covaxin se iniciaram no final de 2020, mas, ao contrário das demais vacinas, tiveram um trâmite diferenciado, mais ágil e, portanto, menos burocrático.

Segundo o relatório apurado pela CPI, foram realizados bem menos contatos do Ministério da Saúde com a desenvolvedora do imunizante, salientando que os trâmites envolvidos na contratação ocorreram em menos de um terço do tempo levado nas negociações com a Pfizer, e que houve, inclusive, envio de carta do Presidente da República ao Primeiro-ministro da Índia, comunicando a seleção da Covaxin para o Programa Nacional de Imunizações (PNI).

Outro dado relevante constante do relatório é o de que o valor da dose da Covaxin mostrou-se ao menos 50% mais caro do que a média das demais vacinas contratadas, sendo, significativamente, superior ao valor da dose ofertada inicialmente (cerca de 1.000%). Além disso, a compra foi feita por intermediário da empresa Precisa Comercialização de Medicamentos Ltda, vinculada à outra empresa, a Global Gestão em Saúde, que já apresentara, em outra ocasião, problemas com o Ministério

da Saúde. Além disso, a desenvolvedora do imunizante não tinha, no momento da contratação, certificado de boas práticas de fabricação concedido pela Anvisa.⁴¹³

Para melhor elucidação do caso, colaciona-se abaixo a íntegra do histórico⁴¹⁴ de como se deram as tratativas:

Histórico:

20 de novembro de 2020: Ocorrência da primeira reunião técnica sobre a vacina Covaxin desenvolvida pela Bharat Biotech contra covid-19, com representantes da Precisa Medicamentos. Encaminhamento ao MS de minuta de Acordo de Confidencialidade (NDA).

11 de dezembro de 2020: Encaminhamento do Ofício nº 2090/2020/SE/GAB/SE/M5 (0018086938, via e-mail (0018096924) ao Sr. Francisco Emerson Maximiano, presidente da Precisa Medicamentos, e ao Sr. V Krishna Mohan, diretor-executivo da Bharat Biotech, com o assunto "Memorando de entendimento, não-vinculante, tendo como objeto o fornecimento de vacina para o plano nacional para vacinação contra a covid19". Assinatura do Acordo de confidencialidade.

14 de dezembro da 2020: Encaminhamento do Ofício nº 2090/2020/SE/GAB/SE/MS para o presidente da Precisa Medicamentos e ao diretor-executivo da Bharat Biotech.

7 de janeiro da 2021: Reunião técnica com a Precisa Medicamentos para disponibilização de informações sobre os estudos e maiores detalhes técnicos e comerciais da Covaxin.

12 de janeiro do 2021: Recebimento de carta da Bharat Biotech do diretor executivo da Bharat Biotech, que trata da oferta de 12 milhões de doses da vacina COVAXIN ao preço de US\$ 15 por dose. Reunião técnica para discussão de questões científicas e comerciais.

18 de janeiro de 2021: Encaminhamento do Ofício nº 154/2021/SE/GAB/SE/MS, ao presidente da Precisa Medicamentos, e ao diretor-executivo da Bharat Biotech, em resposta à carta recebida, informando a disposição em iniciar tratativas comerciais para eventual aquisição de lotes do imunizante.

3 de fevereiro de 2021: Encaminhamento do Ofício nº 302/2021/SE/GAB/SE/MS ao presidente da Precisa Medicamentos e ao diretor-executivo da Bharat Biotech, solicitando o envio de minuta de contrato de compra e venda e informações referentes a eficácia da vacina em relação às novas variantes circulantes de covid-19, bem como informações complementares sobre a vacina.

⁴¹³Conforme consta do relatório da CPI da Pandemia, votado em 26 de outubro de 2021. BRASIL. Senado Federal. Legislação. Comissões. **Relatório da CPI da Pandemia**, votado em 26 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2441&tp=4>>. Acesso em: 26. jun. 2022. p. 250.

⁴¹⁴De acordo com o relatório da CPI da Pandemia, votado em 26 de outubro de 2021. (Conforme consta do relatório da CPI da Pandemia, votado em 26 de outubro de 2021. BRASIL. Senado Federal. Legislação. Comissões. **Relatório da CPI da Pandemia**, votado em 26 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2441&tp=4>>. Acesso em: 26. jun. 2022. p. 250.

5 de fevereiro de 2021: Reunião Técnica sobre informações técnicas e logísticas da vacina e discussão de termos do contrato de compra e venda.

8 de fevereiro de 2021: E-mail da Precisa Medicamentos com informações sobre a disponibilidade de opção de compra futura pelo MS.

10 de fevereiro de 2021: E-mail da Precisa Medicamentos informando sobre os avanços nas questões regulatórias.

11 de fevereiro de 2021: Recebimento do Ofício nº 102 da Precisa Medicamentos assinado pela Sra. Emanuela Medrades, que presta informações e questiona quanto ao quantitativo de doses a serem fornecidos. A resposta do MS foi encaminhada na mesma data, pelo Ofício nº 357/2021/SE/GAB/SE/MS, confirmando a intenção de adquirir o quantitativo de 20 milhões de doses da vacina.

12 de fevereiro de 2021: Recebimento do Ofício nº 104 da Precisa Medicamentos, que informa sobre a produção da vacina e apresenta dados técnicos. Este material foi encaminhado para apreciação técnica interna na mesma data.

18 de fevereiro de 2021: Reunião técnica para discussão dos termos do contrato. Publicação do extrato de dispensa de licitação referente à compra de 20 milhões de doses pelo MS.

22 de fevereiro de 2021: Recebimento de proposta de fornecimento da vacina Covaxin e de documentos técnicos faltantes.

25 de fevereiro de 2021: Assinatura do Contrato nº 29/2021 por representantes do MS e da Precisa Medicamentos.

6 de março de 2021: Envio do Ofício nº 561/2021/SE/GAB/SE/MS, ao Presidente da Precisa Medicamentos, e à Diretora da Precisa Medicamentos, com o tema "Aquisição de 50 milhões de doses de vacina contra a covid-19 adicionalmente aos Contratos celebrados entre a União e a empresa BHARAT BIOTECH LIMITED INTERNATIONAL, representada pela empresa PRECISA COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS LTDA".

15 de março de 2021: Envio do Ofício nº 645/2021/SE/GAB/SE/MS e do Ofício nº 661/2021/SE/GAB/SE/MS, ao presidente da Precisa Medicamentos, e ao diretor-presidente da Bharat Biotech, solicitando a antecipação do máximo possível de doses ao Brasil.

29 de março de 2021: Indeferimento do pedido de certificação de boas práticas de fabricação pela Anvisa.

30 de março de 2021: Reenvio do Ofício nº 645/2021/SE/GAB/SE/MS e do Ofício nº 661/2021/SE/GAB/SE/MS, à Bharat Biotech, solicitando a antecipação do máximo possível de doses ao Brasil.

31 de março de 2021: Desautorização, por parte da Anvisa, da importação da vacina Covaxin.

7 de abril 2021: Recebimento do Ofício_Contrato_29/2021 nº 007/2021, assinado pela Sra. Emanuela Medrades, diretora-executiva da Precisa Medicamentos, com esclarecimentos.

30 de junho de 2021: CPI ouve o empresário Carlos Wizard

1º de julho de 2021: Oitiva de Luiz Paulo Domingueti

Fonte: Agência Senado

6 de julho de 2021: CPI ouve servidora Regina Célia Oliveira

7 de julho de 2021: CPI ouve Roberto Ferreira Dias

8 de julho de 2021: CPI ouve Francieli Fantinato

9 de julho de 2021: CPI ouve William Amorim Santana

13 e 14 de julho de 2021: CPI ouve Emanuela Medrades, da Precisa Medicamentos

15 de julho de 2021: CPI ouve Cristiano Carvalho, da empresa Davati

03 de agosto de 2021: CPI da Pandemia ouve reverendo Amilton Gomes de Paula

04 de agosto de 2021: CPI ouve coronel Marcelo Blanco

05 de agosto de 2021: CPI toma depoimento de Airton Cascavel

10 de agosto de 2021: CPI ouve Helcio Bruno de Almeida

11 de agosto de 2021: CPI ouve Jailton Batista, da Vitamedic

[...]

26 de outubro de 2021: Votação do relatório final

27 de outubro de 2021: Entrega do relatório à PGR e ao STF

Compreendidos os principais fatos ocorridos, conforme constantes no relatório que embasou o relatório final da CPI, passa-se à análise do depoimento do servidor público Luis Ricardo Miranda.

5.2 Depoimento do servidor público Luis Ricardo Miranda

Na data de 25 de junho de 2021, a CPI da Pandemia ouviu o deputado federal Luis Miranda (DEM-DF) e o seu irmão, Luis Ricardo Miranda, que é servidor concursado do Ministério da Saúde.

Segundo consta do relatório da CPI, eles reiteraram à comissão a denúncia de suspeitas de irregularidades na compra da vacina Covaxin, da Bharat Biotech. O servidor Luis Ricardo Miranda disse que sofreu “pressão atípica” para agilizar a

compra dessa vacina. E o deputado Luis Miranda reafirmou que alertou ao Presidente da República, Jair Bolsonaro, sobre a situação.⁴¹⁵

Ao responder a uma pergunta do relator da CPI, o deputado Renan Calheiros, o servidor Luis Ricardo confirmou que, para os servidores do Ministério da Saúde, a empresa Global Gestão e Saúde tem “má reputação”.

O servidor também informou que, durante o processo de compra da Covaxin, foram identificadas algumas falhas, como a divergência de nomes de empresas envolvidas na negociação e a falta de documentos (entre estes, o certificado de boas práticas). Ele ainda apontou pontos divergentes entre o contrato firmado com o Ministério da Saúde e os documentos recebidos posteriormente — como a previsão de pagamento antecipado de 100% do valor negociado, procedimento que não estava previsto no contrato.⁴¹⁶

Outro importante fato, conforme relato do servidor Luis Ricardo, é a declaração de que as pressões para agilizar a importação dessas vacinas vieram do tenente-coronel Alex Lial Marinho, ex-coordenador-geral de Logística de Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, e do diretor Roberto Ferreira Dias — ambos, na dita ocasião, seus superiores no Ministério da Saúde.

De acordo com Luis Ricardo, a pressão vinha na forma de “perguntas constantes” sobre a rotina e o andamento do processo. O servidor argumentou que, como não poderia protestar sobre isso com seus superiores (já que eram eles próprios que estavam a pressioná-lo), ele decidiu recorrer ao seu irmão, o deputado Luis Miranda.

Ao ser questionado se teria recebido ameaças, Luis Ricardo citou apenas Onyx Lorenzoni, ministro da Secretaria-Geral da Presidência da República. Luis Ricardo negou ainda que alguém tivesse lhe oferecido algum tipo de vantagem, a fim de facilitar a importação da Covaxin.

Luis Ricardo também informou que era, na ocasião, servidor concursado do Ministério da Saúde, estando no cargo desde 2011, e que ocupava o cargo de chefe

⁴¹⁵Conforme consta do site oficial do Senado Federal. BRASIL. Senado Federal. **Deputado e servidor reafirmam denúncias contra governo na compra de covaxin.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/25/deputado-e-servidor-reafirmam-denuncias-contra-governo-na-compra-da-covaxin>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

⁴¹⁶Conforme consta do site oficial do Senado Federal. BRASIL. Senado Federal. **Deputado e servidor reafirmam denúncias contra governo na compra de covaxin.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/25/deputado-e-servidor-reafirmam-denuncias-contra-governo-na-compra-da-covaxin>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

da Divisão de Importação da pasta desde 2018. Também destacou o fato de ser um técnico e não é filiado a qualquer partido político.

Durante seu depoimento à CPI, Luis Ricardo apresentou uma cronologia do processo de negociação de compra da Covaxin. Ele disse que no dia 16 de março recebeu um e-mail com o pedido de licença de importação para as vacinas. Dois dias depois, o setor de informação teria recebido um link do Dropbox com dados e documentos, incluindo o chamado "invoice" (que é uma espécie de fatura). No dia 22, ele teria recebido outro e-mail, na qual estariam anexados vários documentos das empresas envolvidas na negociação negócio.⁴¹⁷

O servidor contou que na análise desses documentos foram encontradas informações diferentes daquelas constantes no texto original do contrato. Algumas dessas divergências, a saber: a forma de pagamento, a quantidade de doses e a indicação de empresas intermediárias. Por isso, foi solicitada a correção dessas discrepâncias. No dia 23 de março, conforme relatou ele, as correções foram recebidas. Luis Ricardo informou que no dia 24 de março ele recebeu a convocação do Ministério Público para esclarecer as supostas irregularidades da negociação do governo nessa compra.

Além de ter prestado depoimento à CPI, o servidor Luis Ricardo também acabou por tornar pública a informação, na medida em que contou para o seu irmão as suspeitas de irregularidades, que obtivera em razão do cargo ocupado na Administração Pública.

Se por um lado, conforme visto nos tópicos anteriores, o inciso VI do artigo 116, do estatuto dos servidores públicos federais, impõe ser um dever do servidor público levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo; por outro lado, a partir do momento em que o servidor público livremente reporta a sua informação ao seu irmão, ele age desvinculado do exercício de subordinação à Administração Pública, de modo que age fora das atribuições do cargo ocupado.

Tomando por base o estudo do conceito de liberdade de expressão, verifica-se que o servidor, ao confirmar em seu depoimento que, de fato, contou toda a situação

⁴¹⁷Conforme consta do site oficial do Senado Federal. BRASIL. Senado Federal. **Deputado e servidor reafirmam denúncias contra governo na compra de covaxin.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/25/deputado-e-servidor-reafirmam-denuncias-contragoverno-na-compra-da-covaxin>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

ao seu irmão, encontra-se amparado pelo requisito da liberdade de agir em sua comunicação, estando livre na exposição de seu pensamento e opinião.

Ademais, levando em consideração que não se trata de hipótese estatuída como dever funcional, não há num primeiro momento razões na Constituição para limitar o exercício de sua liberdade de expressão, tendo em vista a garantia constitucional da liberdade de expressão assegurada a todas as pessoas indistintamente.

Também é preciso relevar que, ao tornar pública a opinião de pensamento, o servidor público encontra-se amparado pela sua posição de cidadão pertencente ao Estado Democrático de Direito.

Com isso, verifica-se que o exercício da liberdade de expressão pelo servidor público acaba por se mostrar como um instrumento de participação e de realização da democracia direta, por meio do qual todos os cidadãos são conclamados a participar da construção das políticas conduzidas e realizadas pelos órgãos estatais.

6 CONCLUSÃO

Ao final da presente exposição, uma vez percorridas as principais questões relativas ao tema em análise, é possível compendiar as seguintes ideias, expostas a seguir.

De início, o estudo foi pautado pela delimitação do conceito de liberdade de expressão, bem como pela análise das diferentes teorias que fundamentam a liberdade de expressão, no entanto, é importante ressaltar, antes de tudo, que este não é um direito estático. Esse conceito, tão precioso ao próprio conceito de democracia, nasceu, cresceu e se desenvolveu com base em eventos históricos determinados e em problemas específicos concretos.

Como visto ao longo desta tese, as teorias que embasam o direito à liberdade de expressão espelham seu desenvolvimento histórico e as dificuldades enfrentadas pelos defensores desse direito fundamental, altamente complexo tanto em sua formulação teórica, quanto em suas consequências práticas. Por isso, a pesquisa analisou cada uma dessas teorias, buscando, com isso, não só indicar as características mais fundamentais da liberdade de expressão, mas, sobretudo, aprofundar a reflexão sobre temática tão importante para a sociedade contemporânea.

Verificou-se que a liberdade de expressão se apresenta aqui não só como um veículo que leva à construção de um mercado de troca de ideias, mas também como um instrumento de formação do indivíduo e da cidadania.

A liberdade de expressão se revela, neste ponto, como um instrumento educativo e formador. Ao confrontar as pessoas com as mais diversas formas de pensamento e as mais diferentes opiniões, tal conceito forma cidadãos com senso e postura crítica perante o mundo.

Torna-se importante, assim, destacar que, conforme delineado no presente estudo, as bases filosóficas e jurisprudenciais que justificam a necessidade de proteção e defesa do direito de liberdade de expressão, bem como a amplitude desse direito fundamental dentro do contexto da Constituição da República de 1988, revelou que a liberdade de manifestação de pensamento e de opinião deve ser plena, na medida em que a ampla circulação de opiniões e a diversidade de ideias são essenciais para o alcance do conhecimento e da verdade e para a manutenção de um sistema democrático.

Ocorre que estas mesmas bases literárias são assentes em considerar que a liberdade de manifestação de pensamento e de opinião não pode ser entendida como um direito absoluto e não constituem meio para legitimar a exteriorização de propósitos ilícitos ou criminosos, uma vez que seus limites estão consignados na própria Constituição Federal, protetora, em igual amplitude, de outros valores fundamentais.

Assim, do mesmo modo que o indivíduo possui direito de manifestar seus pensamentos e de receber os mais variados tipos de informações, o ordenamento jurídico assegura a responsabilização, a posteriori, tanto na esfera civil quanto no âmbito penal, caso, no exercício desse direito, sejam atingidos outros valores fundamentais como a privacidade, a honra e imagem, e a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, observou-se que o servidor público poderá ser responsabilizado nas esferas civil, criminal e disciplinar, sendo que a responsabilização disciplinar ocorrerá pelo descumprimento dos deveres ou pela prática das infrações disciplinares.

Constatou-se também que os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à vida privada são garantias cuja titularidade abrange os servidores, sendo que direitos não são absolutos, podendo ser limitados, desde que seja respeitado o núcleo essencial e o interesse público. Ainda, observou-se que os direitos fundamentais podem ser limitados em casos excepcionais de colisões dos direitos ou pela limitação legal.

Alicerçado em tais constatações, pode-se verificar que em caso de situações não elencadas como hipóteses de dever funcional, pode-se afirmar que as instituições públicas não podem elencar previamente as hipóteses e a divulgação de conteúdos tidos como proibidos nas redes sociais, restringindo-se o direito fundamental à liberdade de manifestação de pensamento e de opinião dos servidores públicos, cuja condição funcional não exclui a de cidadãos protagonistas na democracia, censurando previamente a manifestação e a opinião sem que se tenha atrelado tal restrição a qualquer fundamento constitucional ou mesmo a um conflito com outro direito ou valor constitucionalmente protegido

Em que pese seja inegável que os ocupantes de cargo público possuam papel de destaque e em muitos casos suas opiniões têm força para influenciar outros indivíduos que se inserem em determinado contexto social, o peso ou a eventual

visibilidade do cargo não pode, por si só, ser utilizado como subterfúgio para dificultar o livre exercício dos direitos essenciais, de sorte que não podem as instituições públicas estabelecer padrões de conduta, cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento e opinião.

Portanto, ao final do presente estudo, pode-se concluir que a ação inibitória realizada pelas instituições públicas sobre seus servidores, centrada no conteúdo das manifestações de pensamento e de opinião, expressas fora do exercício das atribuições dos cargos públicos que ocupem, com vistas a estabelecer quais as opiniões merecem ser tidas como válidas e aceitáveis, sob o risco de responsabilização administrativa, não encontra amparo constitucional.

REFERÊNCIAS

- ADAMY, Pedro. Direito fundamentais e as relações especiais de sujeição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 8, n° 1, p. 360-376, 2018. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/239/showToc>>. Acesso em: 12 abr. 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Cândice Lisbôa. Restrições e confrontos aos direitos fundamentais: uma proposta de análise discursiva. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d19-6-restricoes-e-confrontos-aos-direitos-fundamentais-uma-proposta-de-analise-discursiva/#:~:text=Na%20teoria%20interna%20defende%2Dse,a%20restri%C3%A7%C3%A3o%20aos%20direitos%20fundamentais>>. Acesso em: 20 ago. 2022.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**. New York: The Viking Press, 1961.
- ANTUNES, Fernando Luís Coelho; CARDOSO JUNIOR, José Celso; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Liberdade de expressão dos servidores público: Nota Técnica n.1556 da CGU e Assédio Institucional. **Cadernos da Reforma Administrativa**. Brasília, agosto, 2020. Disponível em: <https://sinait.org.br/doc_reforma/caderno8.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2022.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O princípio da impessoalidade da administração pública**: para uma administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BAKER, C. Edwin. Autonomy and Hate Speech. In: HARE, Ivan; Weinstein, James (org). **Extreme speech and democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013.
- BARBOSA, Rui. **República teoria e prática**: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana. Petrópolis: Vozes; Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.
- BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação**, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. _____. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Cigarro e liberdade de expressão. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. _____. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade.** Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da Lei de Imprensa. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil** (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. _____. Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tomo III.

_____. _____. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, v. 97, p. 181-198, 2010.

BERLIN, Isaiah. "Two Concepts Of Liberty," in **Four essays on liberty** (Oxford, England: Oxford University Press, 1969.

_____. _____. "Ainda existe a teoria política?". In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a.

_____. _____. "Dois conceitos de liberdade" [1959]. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002b.

_____. _____. "Herder e o Iluminismo" [1976]. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin – **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002c.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRADBURY, Ray. **Fahrenheit 451**. São Paulo: Biblioteca Azul, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais**, democracia e cláusulas pétreas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 6.029 de 1 de fevereiro de 2007. Institui Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Brasília. **Publicado no DOU de 2 fev. 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6029.htm>. Acesso em: 25 ago. 2022.

_____. Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Brasília. **Publicado no DOU de 23 jun. 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1171.htm>. Acesso em: 20 jul. 2022.

_____. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília: Senado Federal, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2022.

_____. **Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. **Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. Senado Federal. Acórdão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14270/PB. Relator: José Arnaldo da Fonseca. **Publicado no DJe de 21 out. 2002**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=14270&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3#EMEN>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

_____. _____. **Deputado e servidor reafirmam denúncias contra governo na compra de coxarin**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/25/deputado-e-servidor-reafirmam-denuncias-contra-governo-na-compra-da-covaxin>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

_____. _____. Legislação. Comissões. **Relatório da CPI da Pandemia**, votado em 26 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2441&tp=4>>. Acesso em: 26 jun. 2022.

_____. _____. **Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a Pandemia**. Brasília, DF: Senado Federal; 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2441&tp=4>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 60.033/MG. Quarta Turma. Relator: Min. Ruy Rosado Aguiar. **Publicado no DJ de 27 nov. 1995**. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2852798/Recurso_Especial_n_600332.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2022.

_____. _____. Acórdão no Recurso Especial nº 129428/RJ. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. **Publicado no DJ de 22 jun. 1998**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/506247/inteiro-teor-100285934>>. Acesso em: 25 ago. 2022.

_____. _____. Acórdão no Recurso Especial nº 1.258.389/PB. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. **Publicado no DJe de 15 abr. 2014**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864580338/inteiro-teor-864580383>>. Acesso em: 25 ago. 2022.

_____. _____. Acórdão no Recurso Especial nº 1722423 / RJ. Relator: Min. Herman Benjamin. **Publicado no DJ de 18 dez. 2020**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1206307353/inteiro-teor-1206307365>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

_____. _____. **Recurso Especial nº 1.505.923/PR** (2014/0338886-7). Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860604503/inteiro-teor-860604509>>. Acesso em: 27 ago. 2022.

_____. _____. **Recurso Especial nº 1.653.783/SP** (2017/0030192-0). Relator Min. Mauro Campbell. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/485790060>>. Acesso em: 27 jul. 2022.

_____. _____. Recurso Especial nº 1.722.423 – RJ (2018/0025662-1). Relator: Min. Herman Benjamin. **Publicado no DJe 18 dez. 2020**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1206307353/inteiro-teor-1206307365>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

_____. _____. STJ. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: RMS 11.587/SC**. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RMS_11587_SC_16.09.2004.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1656856157&Signature=1Q2b5%2FpGmOUELYle%2B7SSKKUX0Gk%3D>. Acesso em: 03 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Relator: Min. Carlos Britto. **Publicado no DJe – 208, de 06 nov. 2009**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 25 de ago. 2022.

_____. _____. Acórdão na Suspensão de Segurança nº 3902 AgR-segundo/SP. Relator: Min. Ayres Brito. **Publicado no DJe nº 189, de 03 out. 2011**. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628198>>. Acesso em: 26 jun. 2022.

_____. _____. Acórdão no Mandado de Segurança nº 23452/RJ. Relator: Min. Celso Bandeira de Mello. **Publicado no DJ nº 91, de 12 maio 2000.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 26 jun. 2022.

_____. _____. ADI nº 4.451/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília. Julgado em 21 jun. 2018. **Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 6 mar. 2019.** Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

_____. _____. Mandado de Segurança nº 25.938. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 24/04/2008. **Publicado no DJE de 12 de set. 2008.** Acesso em: 29 maio 2022. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547219>>. Acesso em: 29 maio 2022.

_____. _____. **Medida cautelar em mandado de segurança 37760/DF.** Direito constitucional. Mandado de segurança. Medida cautelar. Instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito. Direito das minorias políticas. Atos do governo federal para enfrentamento da pandemia da Covid-19. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1192200938/medida-cautelar-em-mandado-de-seguranca-ms-37760-df-0049572-9820211000000/inteiro-teor-1192200943>>. Acesso em: 24 jul. 2022.

_____. _____. **Recurso Extraordinário 685.493/SP.** 22.05.20. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345926696&ext=.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BUTLER, Judith. **Excitable Speech.** A Politics of the Performatives. New York: Routledge, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. CRP. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** 4. ed. rev. Artigos 108º a 296. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. II.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 28. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

CITTADINO, Gisele Guimarães. **Pluralismo,** direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Lumen Juris, 1999.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Discurso pronunciado no Athénée Royal de Paris, 1819. Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada **De la Liberté chez les Modernes.** (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980). Tradução de Loura Silveira. Disponível em:

<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2022.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2022.

CHRISTMAN, John. "Saving positive freedom". **Political Theory**, v. 33, n. 1, p. 79-88, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 1994.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. _____. MAGALHÃES, Clarissa Aguilar; REZENDE, Sophia Gibas. Liberdade de expressão em tempos de intolerância. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**. Brasília, v. 4, n. 2, p. 296-327, jul-dez, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DRYZEK, John; HONIG, Bonnie; PHILIPS, Anne (orgs). **The oxford hand book to political theory**. Oxford Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. Why Speech Must be Free. In: **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. _____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. _____. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão Fernando dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. _____. **A raposa e o porco-espinho**. Justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**, 1980.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Abrams v. United States**, 250 U.S. 616, 624 (1919).

_____. **The Charters of Freedom, Bill of Rights**. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs>>. Acesso em: 28. jun. 2018.

_____. **Whitney v. California**, 274 U.S. 357, 375 (1927).

_____. **Brandenburg v. Ohio**, 395 U.S. 444 (1969).

_____. **Miami Herald Publishing v. Tornillo**, 418 U.S. 241 (1974).

FARIAS, Edilsom. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo. **Direito constitucional**. São Paulo: RT, 2011.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANÇA. Declaração de Direitos dos Homens e do Cidadão. In: **Textos básicos sobre derechos humanos**. Trad. Marcus Cláudio Acqua Viva. Madrid: Universidad Complutense, 1973.

FRANÇA, Ana Cristina Limongi. **Práticas de recursos humanos. PRH – Conceitos, Ferramentas e Procedimentos**. São Paulo: Atlas, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GARRETT, G. P. Free. Speech and the Espionage Act. **Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology**, v. 10, n. 1, p.71-75, maio, 1919.

GOODIN, Robert E.; PHILLIP, Pettit (Orgs). **A companion to contemporary political philosophy**. Blackwell Companions to Philosophy, 1995.

GRAY, John. **Isaiah Berlin**. Rio de Janeiro: Difel, 2000.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de bonn**: Una Contribución a la Concepción Institucional de los Derechos Fundamentales y a la Teoría de la Reserva de la Ley. CAMAZANO, Joaquín Brage (trad.). Madrid: Dykinson, 2003.

_____. _____. **Die Wesensgehaltgarantie**. In: ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2. ed., Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte. São Paulo: Malheiros Editores, 2009

HIRSCHMANN, Nancy J. **The subject of liberty**: toward a feminist theory of freedom. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2003.

HUME, Mick. **Direito a ofender**: a liberdade de expressão e o politicamente correto. Trad. Rita Almeida Simões. Lisboa: Tinta da China, 2016.

JOHANBEGLOO, Ramin. **Isaiah Berlin**: com toda liberdade. São Paulo: Editora Perspectiva, Coleção Debates, 1996.

KALVEN JR., Harry. **A worthy tradition**. New York: Harper e Row Publishers, 1992.

KLEIN, Friedrich, "Vorbemerkung". In: MANGOLDT, Hennann V.; KLEIN, Friedrich. Das Bonner Grundgesetz, v. 1, B XV 1 b, citado por ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

KNAPP, Mark L. **La comunicacion non verbal**: el cuerpo y el entomo. Barcelona, Paidós Ibérica, 1982.

LAURENTIS, Lucas Catib; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de Expressão: Teorias, Fundamentos e Análise de Casos. **Revista Direito e Praxis**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdp/a/XjtMWwY7WnnnvZg4Q7mgX3G/?format=pdf&lang=pt>> . Acesso em: 17 maio, 2022.

LAW, Jonathan. **A dictionary of business and management** (Oxford Quick Reference). Apr 18, 2016.

LÉCUYER, Guillaume. **Liberté D'expression et Responsabilité**. Nouvelle Bibliothèque de Thèse. 2004. Paris/França: Université Panthéon-Sorbonne (Paris I). v. 56.

LEVIN, Abigail. "Pornography, Hate Speech and their challenge to Dworkin". **Public Affairs Quarterly**, v. 23, n. 4, p. 359, 2009.

LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. New York: Basic Books, 2007.

LIMA, Cintia Cristina Marques. **A responsabilidade disciplinar do servidor em face de sua liberdade de expressão e da vida privada**. Lisboa, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33980/1/ulfd135251_tese.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Nova lei de migração: protestos nos Limites da Liberdade de Expressão? **Dissenso**, 08 maio, 2017.

MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de expressão, Interesse público e figuras públicas e equiparadas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra: Coimbra Editora, v. LXXXV, p. 73-109, 2009.

MADISON, James. **The Federalist X Marshall**, T. H. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARTINS, João Vítor Nascimento. **Partidismo**, discursos de ódio e liberdade de expressão. Belo Horizonte, 2019.

_____. _____. **Partidismo**. Discurso de ódio e liberdade de expressão. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BC6T6F/1/tese_partidismo_discursos_de_dio_e_liberdade_de_expressao_joao_vitor_martins_com_ficha_catalografica.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2021.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDRADO, Vitor Amaral. **Liberdade de expressão e democracia no Brasil**: a consolidação da jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_Medrado_VA_2.pdf>. Acesso em 10 maio 2022.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper & Brothers, 1948.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. _____. COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. _____. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964.

_____. _____. **On Liberty**. [s.l.]: Cosimo Classic, 2005.

MILTON, John. **Areopagitica**. [s.l.]: Independently Published, 2019.

MOON, Richard. **Constitutional protection of freedom of expression**. Toronto: University Press, 1954.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisprudencial da administração pública. 2. ed. São Paulo: **Dialética**, p. 116, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 105.

MOURA, Paulo Veiga e. **Estatuto disciplinar dos trabalhadores da Administração Pública anotado**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales – CEPC, 1989.

NOVAIS, JORGE REIS. Renúncia a direitos fundamentais. In: **Perspectivas constitucionais** – Nos 20 anos da Constituição de 1976. Organização Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. _____. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, Coimbra: Coimbra Ed. 2004.

_____. _____. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OEA. European Convention on Human Rights. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma, 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2022.

ONU. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 217 (III Sessão) A (Paris, 1948). Disponível em: <https://ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2022.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. XXI Sessão. Nova Iorque, 1966. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>. Acesso em: 12 jun. 2022.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. _____. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 2014. v. I.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PETTIT, Philip. **Republicanism**. A theory of freedom and government. Oxford, Oxford University Press, 1997a.

_____. “Freedom with Honor: A Republican Ideal”. **Social Research**, New York, v. 64, n. 1, p. 52-76, 1997b.

_____. Liberalismo e republicanismo. In: CANTO-SPERBER, M. (Org.). Dicionário de ética e filosofia moral. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 57 In: MARÇAL, Jairo. **O**

jovem Marx e o republicanismo: a questão da liberdade e da emancipação humana. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2005.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II.** 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012.

PIZARRO RAMON; ROITMAN HORACIO. “El daño moral y la persona jurídica”, en la **Rev. Derecho Privado y Comunitario** n° 1. Santa Fé: Ed. Rubinzal Culzoni, 1992.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/Consolida%C3%A7%C3%A3o%20Decreto%20de%20Aprova%C3%A7%C3%A3o%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20-%20Di%C3%A1rio%20da%20Rep%C3%ABlica%20n.%C2%BA%2086_1976,%20S%C3%A9rie%20I%20de%201976-04-10%20(1).pdf>. Acesso em: 25 jun. 2022.

POST, Robert. “**Reconciling theory and doctrine in First amendment jurisprudence**”. Yale Law School Scholarship, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional (4ª Região). Acórdão na Apelação Cível do Processo nº: 5006609-51.2013.404.7002. **Publicado na Data da Decisão de 19 ago. 2014.** Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1191632014/inteiro-teor-1191632064>>. Acesso em: 25 ago. 2022.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, C. L. Principais aspectos do neorepublicanismo de Philip Pettit. **Pensamento Plural**, Pelotas, n. 06, p. 35 – 56, 2010. Disponível em: <<http://pensamentoplural.ufpel.edu.br/edicoes/06/02.pdf>>. Acesso em: 9 de jun. 2021.

RODRIGUEZ, José Julio Fernandez; HÄBERLE, Peter. La Garantia del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales ya la teoría de la reserva de la ley. **Teoría y realidad constitucional**, n. 14, p. 53-57, 2004. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/list.php?collection_pid=bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional2004-14>. Acesso em: 20 ago. 2022.

ROJAS RIVERO, Glória P. **La libertad de expresión del trabajador.** Madrid:Trotta, 1991.

ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. **Pensamiento Constitucional. Cardozo Law Review**, Año XI, n. 11, p. 154-198, abr. 2003.

SANTAELLA, Lucia. **O que é semiótica.** São Paulo, Brasiliense, 1983.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. _____. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº. 16, maio/jun./jul./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>> Acesso em 05 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.

SCHAUER, Frederick. **Free Speech: a Philosophical Enquiry**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. **La interpretación constitucional de los derechos fundamentales**. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos. Buenos Aires: La Ley, 2000.

SIEBERT, Fred S. PETERSON, Theodore; SCHRAMM, Wilbur. **Four theories of the press: The Authoritarian, Libertarian, Social Responsibility and the Soviet Communist concepts of what the press should be and do**. University of Illinois, Urbana, 1963.

SILVA, Bruno Tulim. **Noções de direito administrativo**. São Paulo: NOVA, 2015.

_____. Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA FILHO, Dermeval Rocha da. A liberdade profissional na perspectiva das relações especiais de sujeição. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 16, n. 1, p. 4, jan./abr. 2022. Disponível em: <[file:///C:/Users/Admin/Downloads/326-1044-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/326-1044-1-PB%20(2).pdf)>. Acesso em: 6 ago. 2022.

SINAIT. **Cadernos da Reforma Administrativa**. Liberdade de expressão dos servidores público: nota técnica n. 1556 da CGU e Assédio Institucional. Brasília, agosto, 2020. Disponível em: <https://sinait.org.br/doc_reforma/caderno8.pdf>. Acesso em: 17. mai. 2022.

SKINNER, Quentin. **A liberdade antes do liberalismo**. São Paulo: Ed. Unesp, 1999.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Lições de direito administrativo**. Lisboa: Lex, 1999. v. I.

_____. Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra, 1995.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

STONE, Geoffrey R. The origins of the 'Bad Tendency' Test: Free Speech in Wartime. **The Supreme Court Review**, Chicago, v. 2002, p. 411-453, 2002.

SUNSTEIN, Cass. **Democracy and the problem of free speech: with a new afterword**. New York: The Free Press, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. [...]. Publicado no DJe de 18/12/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800256621&dt_publicacao=18/12/2020>. Acesso em: 20 jun. 2022.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, n. 200 p. 61, out./dez, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2022.

USA. First Amendment – **US Constitution**. 1791. Disponível em: <<http://constitution.findlaw.com/amendment1.html>>. Acesso em: 17 maio 2022.

U.S. DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. **Masses Publishing Company vs. Pattern**, 244 F, 355 (S.D.N.Y., 1917). Disponível em: <http://www.ericejohnson.com/projects/mass_media_law_compendium/1.0_body/MM_L_C_05_Masses_v_Patten.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

U.S. SUPREME COURT. **Abrams vs.** United States, 250 U. S. 616 (1919a). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>>. Acesso em: 17 maio 2022.

_____. **Schenck v.** United States, 249 U.S. 47 (1919b). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>>. Acesso em: 17 maio 2022.

_____. **Withney versus California**. 274 U.S. 357 (1927). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/>>. Acesso em: 17 maio 2022.

_____. **National Socialist Party of America v. Village of Skokie**. 432. U.S. 43 (1977). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43/case.html>>. Acesso em: 17 maio 2022.

WEINSTEIN, James. Extreme speech, public order, and democracy: lessons from The Masses. *In*: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press., 2013. Reimp.

WOLF, Jonathan Wolff; ROSEN e Michel Rosen. **Political Thought**. Oxford Readers, 1999.

WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Direito Público**, v. 4, n. 18, p. 1, out.-nov.-dez., 2007. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291>>. Acesso em: 13 maio 2022.

ZILIO, Lara Bethânia. **O agonismo no pensamento político de Hannah Arendt**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, 2014.