



Fesudeperj

Fundação Escola Superior da Defensoria
Pública do Estado do Rio de Janeiro

CURSO REGULAR **2024**

DIREITO CONSTITUCIONAL

Luís Henrique Linhares Zouein

Questão discursiva do I Concurso de Residência DPERJ.

- QUESTÃO DISCURSIVA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS: (20 PONTOS)
- JOSÉ e MARIA são candidatos à Prefeitura Municipal de Paracambi. MARIA era secretária municipal de cultura antes de concorrer à Prefeitura, tendo no ano passado organizado a “Parada Gay de Paracambi”, evento que reuniu 5 mil pessoas na principal avenida da cidade. Em comício realizado no parque de exposições do Município, JOSÉ, para desqualificar sua adversária, afirmou que lugar de mulher é dentro de casa cuidando de filho e de marido e que quando assume cargo na prefeitura fica inventando moda, à exemplo da “Parada Gay de Paracambi”. Disse que isso havia atraído vários homossexuais para a cidade, o que colocaria em risco não só a saúde dos munícipes, mas também atacaria os valores morais da família paracambiense. Considerando o caso relatado, disserte sobre os limites da liberdade de expressão frente à possíveis violações aos direitos humanos no discurso.

Pergunta na prova oral do XXVI concurso da DPERJ:

“A liberdade de expressão é um direito absoluto?”

Introdução à liberdade de expressão:

- **Conceito:** *“Por liberdade de pensamento e de manifestação entendemos a tutela (proteção) constitucional a toda mensagem passível de comunicação, assim como toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer temática, seja essa relevante ou não aos olhos do interesse público, ou mesmo dotada – ou não, de valor. Por isso mesmo, não é apenas a transmissão da mensagem falada ou escrita que encontra proteção constitucional, como ainda a mensagem veiculada por meio de gestos e expressões corporais.”* (Bernardo Gonçalves)
 - Candidatos a concursos públicos e a proibição de tatuagens: RE 898.450, rel. min. Luiz Fux, j. 17-8-2016, P, DJE de 31-5-2017, Tema 838.
 - Caso Gerald Thomas: HC 83.996, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 17.08.2004.
- **Fundamentos constitucionais:**
 - Art. 5º, inciso IV: *“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”*.
 - Inciso IX: *“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”*.
 - Art. 220, caput: *“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.”*
 - § 2º: *“É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”*
- **Fundamento convencional (CADH):**
 - Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão
 - 1. Toda pessoa tem **direito à liberdade de pensamento e de expressão**. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
 - 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente **não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores**, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
 - 3. **Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos**, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.
 - 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a **censura prévia***, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para **proteção moral da infância e da adolescência**, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
 - 5. **A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.**
 - **Ver também: artigos 19 e 20 do PIDCP.**
- **Preferência condicionada** (vs. ausência de hierarquia).
 - Liberdade de expressão como pressuposto para formação da personalidade do indivíduo (**argumento humanista**).
 - Liberdade de expressão como pressuposto para a democracia (**argumento democrático**).

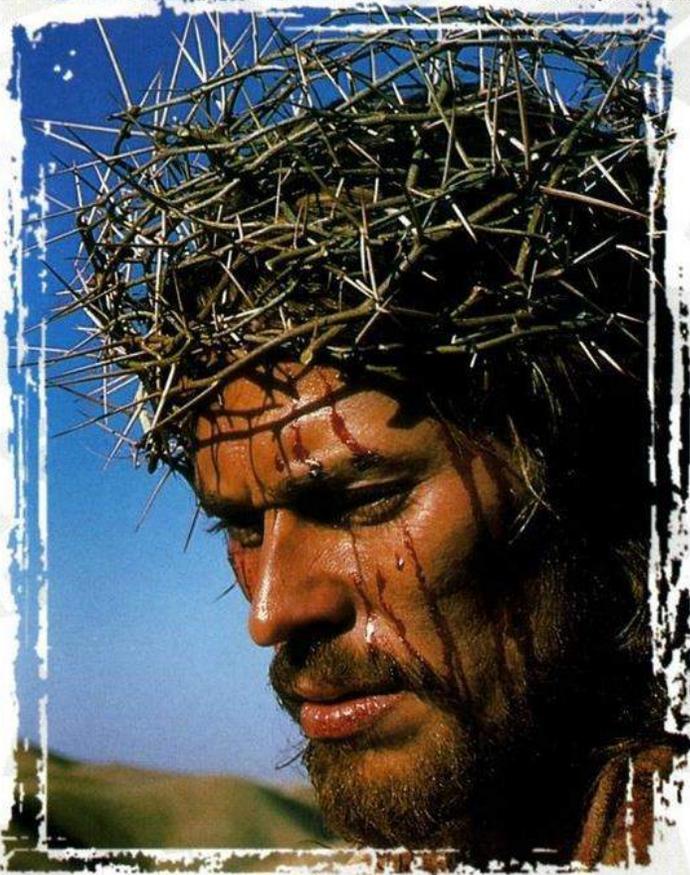
- **Intervenção: restrição à liberdade de expressão vs. violação (censura).**
- **Censura estatal vs. privada.**
 - Biografias e a atual posição do STF: NÃO é necessária autorização prévia do biografado ou seus familiares: Plenário. ADI 4815/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10/6/2015 (Info 789).
- **Censura prévia vs. posterior.**
- **Exigência em provas:** *“Como regra, a medida própria para a reparação de eventual abuso da liberdade de expressão é o direito de resposta ou a responsabilização civil, e não a supressão de texto jornalístico por meio de liminar.” Certo ou errado? **CERTO!** (Delegado de Polícia Federal / FCC / 2021).*
- **A posição do STF quanto ao direito ao esquecimento no RE n. 1.010.606 (j. 11/02/2021) – DPEAM / FCC / 2021:**
 - **“É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento**, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.”
 - Obs: superação da jurisprudência do STJ e Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil CJF.

Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros vs. Chile):

UM FILME DE MARTIN SCORSESE

A ÚLTIMA TENTAÇÃO DE CRISTO

The Last Temptation of Christ



- **Resumo do caso:**
 - Em novembro de 1988, após uma petição proposta por uma junta de sete advogados que alegavam agir como representantes da Igreja Católica e de Jesus Cristo, o Conselho de Qualificação Cinematográfica do Estado do Chile proibiu, com fundamento no art. 19, §12, da sua Constituição, a exibição do filme A Última Tentação de Cristo, dirigido por Martin Scorsese. Segundo os advogados que interpuseram a petição, o filme atentava contra os princípios cristãos e contra a honra de Jesus Cristo. Após a censura realizada pelo Estado chileno e avalizada pela Corte Suprema, o caso chegou à CIDH, que, sem obter solução consensual, submeteu a demanda à Corte Interamericana.
- **Norma constitucional originária pode ser objeto de controle internacional de convencionalidade (vs. teoria clássica do poder constituinte originário).**
- **Caso emblemático envolvendo o direito à liberdade de expressão e a jurisprudência da Corte IDH (art. 13 da CADH).**
- **Dupla dimensão do direito à liberdade de expressão:**
 - “Segundo a Corte IDH (...) o direito à liberdade de expressão não abrangeria apenas o direito e a **liberdade de se expressar (dimensão individual)**, mas também a **liberdade de buscar e disseminar informações (dimensão social)**.” (Caio Paiva)

Censura indireta:

“Outra espécie de censura que pode existir é a **censura indireta**, que consiste no **uso desproporcional de sanções cíveis e penais** na defesa do direito à honra supostamente atingido, bem como na **inércia no combate a ataques a jornalistas ou meios de comunicação**, com o **propósito de desestimular o gozo da liberdade de expressão**. A censura indireta é uma forma sutil de censura, pois aparentemente o Estado admite a liberdade de expressão, mas possibilita a imposição de pesadas sanções associadas ao seu exercício (por exemplo fixação judicial ou administrativa de altíssimas somas referentes a supostos danos morais por críticas a autoridades públicas) ou ainda admite passivamente a impunidade dos autores de ataques a jornalistas (investigações policiais inoperantes, casos não solucionados etc.), gerando pernicioso **efeito inibidor e autocensura**. A Corte IDH entende que a censura indireta também é proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, devendo o Estado impedir a aplicação de sanções desproporcionais ou excessivas que gerem esse tipo de efeito”.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 701.



Caso Fontevecchia e D'Amico vs. Argentina:

- **Resumo dos fatos:**

- “(...) as vítimas do presente caso eram funcionários da Revista News, e haviam sido civilmente condenados por publicarem dois artigos jornalísticos que tratavam da possível existência de um filho do então Presidente da República argentino com uma Deputada. Depreende-se que a sentença havia sido prolatada com fundamentação na violação do direito à vida privada e proteção da honra e dignidade do então Presidente. Dado o exposto, o caso foi levado à Comissão Interamericana por se considerar violação ao direito de liberdade de expressão”. (Valerio Mazzuoli)

- **Critérios que devem ser considerados em relação à garantia da dignidade, honra e privacidade:**

- 1. A diferente condição de proteção de funcionários públicos, especialmente aqueles que são eleitos popularmente, e dos indivíduos;
- 2. O interesse público das ações que estes funcionários realizam, visto que são voluntariamente expostos ao escrutínio da sociedade.

- **Decisão da Corte IDH:**

- “(...) o tribunal **condenou a República Argentina** por violações da Convenção, reconhecendo sua responsabilidade no caso e ordenando a anulação da sentença civil proferida internamente contra as vítimas.” (Valerio Mazzuoli)

Discurso de ódio e o Caso Ellwanger:

- **IV Concurso de Residente da DPERJ:** *“A liberdade de expressão pode ser limitada em casos excepcionais, como na hipótese de configurar ocorrência de prática ilícita, de incitação à violência ou à discriminação, bem como de propagação de discurso de ódio”.* **Certo ou errado? CERTO!**
- **Conceito de discurso de ódio:** *“O discurso de ódio (hate speech) consiste na manifestação de valores discriminatórios, que ferem a igualdade, ou de incitamento à discriminação, violência ou a outros atos de violação de direitos de outrem.”* (André de Carvalho Ramos)
- **A questão do discurso de ódio nos Estados Unidos (*fighting words*) vs. Brasil (liberdade com responsabilidade).**
- **Vetor:** argumento humanista.
- **A literalidade da CADH:** *“A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”* (art. 13.5).
- **Caso Ellwanger e a posição do Supremo Tribunal Federal:**
 - **“Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos.** O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. **As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica,** observados os limites definidos na própria CF (art. 5º, § 2º, primeira parte). **O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo",** dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. **Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.”** (HC 82.424, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, j. 17-9-2003, P, DJ de 19-3-2004)
- **A posição do STF no Caso Jonas Abib:** RHC 134.682, rel. min. Edson Fachin, j. 29-11-2016, 1ª T, DJE de 29-8-2017.

Desacato (art. 331 do CP):

- **A posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em sua “Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão”:**
 - Item 11: *“Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como **“leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.”***
- **A posição inicial do Superior Tribunal de Justiça: inconvencionalidade do desacato.**
 - Argumento 1: a posição da CIDH.
 - Argumento 2: o crime de desacato protege o Estado e os agentes públicos de forma mais intensa que o cidadão.
 - Argumento 3: desestímulo à crítica legítima diante do medo de sanções (“**efeito resfriador**”).
 - Argumento 4: a inconvencionalidade do desacato não impede a responsabilização por excessos (ex: injúria).
 - STJ, Resp n. 1.640.084/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 15-12-2016, Dje 1º-2-2017.
- **A posterior manifestação, tanto do STJ, quanto do STF: constitucionalidade e convencionalidade.**
 - Argumento 1: manifestações da CIDH não são vinculantes.
 - Argumento 2: a Corte IDH NÃO possui entendimento genérico e abstrato neste sentido.
 - **Caso Palamara Iribarne vs. Chile.**
 - Argumento 3: a própria Corte IDH reconhece que a liberdade de expressão não é absoluta.
 - Argumento 4: margem de apreciação nacional.
 - STJ, HC 379.269/MS, 3ª Seção, Rel. para acórdão Min. Antonio Saldanha Ribeiro, j. 24-05-2017.
 - STF, HC 141.949/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13/03/2018.

Fake news:

- **Exigência em provas:** “A publicação de informações falsas em veículos de comunicação social não está assegurada pela liberdade de imprensa.” **Certo ou errado? CERTO! TJBA / Cespe / 2019.**
- **Exigência em provas:** “*Embora as notícias falsas que circulam na Internet (fake news) prejudiquem o acesso à informação, a liberdade de expressão e de comunicação é direito humano absoluto, portanto imune a qualquer forma de regulação.*” **Certo ou errado? ERRADO! DPDF / Cespe / 2019.**

- ***Fake news* no período eleitoral é crime? SIM!** Art. 323 do Código Eleitoral:
 - Art. 323. Divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado: (Redação dada pela Lei nº 14.192, de 2021)
 - Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.
 - § 1º Nas mesmas penas incorre quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos.
 - § 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até metade se o crime:
 - I - é cometido por meio da imprensa, rádio ou televisão, ou por meio da internet ou de rede social, ou é transmitido em tempo real;
 - II - envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia.
- **O argumento democrático.**

Fake news e a resolução do TSE (20/10):

- 2º É vedada, nos termos do Código Eleitoral, a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos.
- 3º A Presidência do Tribunal Superior Eleitoral poderá determinar a extensão de decisão colegiada proferida pelo Plenário do Tribunal sobre desinformação, para outras situações com idênticos conteúdos, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 2º, inclusive nos casos de sucessivas replicações pelo provedor de conteúdo ou de aplicações.
- 4º A produção sistemática de desinformação, caracterizada pela publicação contumaz de informações falsas ou descontextualizadas sobre o processo eleitoral, autoriza a determinação de suspensão temporária de perfis, contas ou canais mantidos em mídias sociais, observados, quanto aos requisitos, prazos e consequências, o disposto no art. 2º.

ADI n. 7.261 (PGR) e a posição do STF (25/10):

- **Alegações da PGR:**

- 1. TSE foi além da sua capacidade normativa.
- 2. Violação à liberdade de expressão (censura).
 - Vagueza conceitual: “*fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados*”. E “ordem pública” para prender?

- **Argumento de Fachin para o indeferimento:**

- 1. Competência normativa associada à competência jurisdicional e ao poder de polícia.
- Deferência ao TSE e às novas tentativas de combater complexos fenômenos.
 - “Democracia militante”.
- 2. Ausência de violação à liberdade de expressão.
 - Controle, em regra, posterior.
 - Não existe direito fundamenta à atacar a democracia.



Portanto, uma eleição com influência abusiva do poder econômico não é normal nem legítima, vale dizer, não é livre nem democrática. Quando essa abusividade se materializa no regime da informação, recalçando a verdade e compondo-se de falsos dados e de mentiras construídas para extorquir o consentimento eleitoral, a liberdade resta aprisionada em uma caverna digital, supondo-se estar em liberdade; porém, não é livre o agrilhado na tela digital e esses novos prisioneiros da caverna platônica *“estão inebriados pelas imagens mítico-narrativas”*, conforme nos alerta o professor Byung-Chul Han, da Universidade de Berlim (HAN, Byung-Chul. Infocracia: digitalização e a crise da democracia. Petrópolis, Vozes, 2022, p. 106).

Nesse contexto de uma sociedade pós-factual, dissociada do compromisso com a facticidade, é a produção de fatos criados que produz dominação, vigilância e submissão; paradoxalmente, acresce o citado professor Byung Chul Han, *“é o sentimento de liberdade que assegura a dominação”* (p. 13), aduzindo ainda:



“Desse modo, fake news, notícias falsas, geram mais atenção do que fatos. Um único tuíte que contenha fake news ou fragmentos de informação descontextualizadas é possivelmente mais efetivo do que um argumento fundamentado”.

O referido autor segue explicitando que quando *“exércitos de trolls intervêm nas campanhas eleitorais ao propagarem fake news e teorias conspiratórias calculadas”, “bots sociais, contas-fake autônomas nas mídias sociais, se passa por pessoas de verdade e postam, tuítam, curtem e compartilham”,* quando, ainda, *propagam fake News, calúnias e comentários de ódio”,* e também quando *“os eleitores ficam expostos inconscientemente a essa influência”,* a conclusão é a de que *“a democracia está em perigo”* (Ob. cit., p. 42-3). Em suma, a normalidade das eleições está em questão quando a liberdade se converte em ausência de liberdade, porquanto desconectada da realidade, da verdade e dos fatos. Esse exercício abusivo coloca em risco a própria sociedade livre e o Estado de Direito democrático.”

Publicação de matéria jornalística e direito à indenização por danos morais:

- **Tese fixada:** *“1. A plena proteção constitucional à liberdade de imprensa é consagrada pelo binômio liberdade com responsabilidade, vedada qualquer espécie de censura prévia. Admite-se a possibilidade posterior de análise e responsabilização, inclusive com remoção de conteúdo, por informações comprovadamente injuriosas, difamantes, caluniosas, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais. Isso porque os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. 2. Na hipótese de publicação de entrevista em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente se: (i) à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; e (ii) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios”.* STF. Plenário. RE 1.075.412/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 29/11/2023 (Repercussão Geral – Tema 955) (Info 1120).