

Ontologia da liberdade de expressão

“If in the long run the beliefs expressed in proletarian dictatorship are destined to be accepted by the dominant forces of the community, the only meaning of free speech is that they should be given their chance and have their way”
(Oliver Wendell Holmes)

As proteções constitucionais aos direitos fundamentais que orbitam a liberdade de opinião – liberdade de expressão, direito de livre consciência religiosa e política, imprensa livre, liberdade de reunião e associação, direito à informação – possuem elementos tanto jurídico-subjetivos quanto jurídico-objetivos, como visto. Nos casos tais que o direito à manifestação da opinião e o acesso à informação, sobressai com mais destaque o aspecto subjetivo da proteção constitucional oferecida; já nos casos da liberdade de radiodifusão, imprensa e produção artística, a dimensão político-objetiva se apresenta com inabalável firmeza.

O maior ou menor dimensionamento que os sistemas jurídicos oferecem à proteção da liberdade de expressão liga-se umbilicalmente à sua incidência no campo individual ou público, isto é, visto como direito decorrente da personalidade humana e inerente, portanto, ao indivíduo, ou como direito da própria comunidade, que tem sede de ampla divulgação de informações, de sorte que o processo político de formação de vontade e produção nomogenética possa se dar à luz dos melhores argumentos e das melhores razões que se tornem de conhecimento geral durante a construção discursiva.

A liberdade de expressão, assim, compreende um duplo aspecto e destarte deve ser concebida e ponderada em face de outros valores constitucionais de igual

jaez, de acordo com o grau de profundidade e a seara de incidência sobre os quais se projetam seus efeitos. Assim é que o princípio fundamental da liberdade de expressão não pode ser visto como regra, de aplicação subsuntiva silogística. Antes, requer por sua textura porosa e plasticidade aplicativa, típica das normas de caráter principiológico, que se pondere sua relevância, tanto para os indivíduos envolvidos, como para a sociedade como um todo, e que se cotejem, durante o processo intelectual de definição de seus limites, estes valores com os demais que possam vir a ser enfrentados, tais quais a honra alheia, o direito à intimidade, o segredo de justiça e o dever de lealdade processual política ou judicial.

Como importante vetor do processo político democrático, a liberdade de expressão revela-se como um dos mais importantes e nobres princípios asseguradores do Estado Democrático de Direito e do exercício efetivo da soberania popular; ao mesmo tempo, também se apresenta, *a priori*, como condição *sine qua non* para a proteção de outros valores supremos na ordem sócio-jurídica, já que é o exercício pleno e amplo da troca de informações permanente entre os membros da comunidade que se logra, a um só tempo, condicionar o poder político estatal e verificar, em caráter constante, que seu exercício encontra-se em conformidade com a finalidade para a qual foi criado. Até porque, nunca é demais lembrar, o Estado é criado para o atendimento das necessidades dos membros da sociedade que lhe dá vida, constituindo-se, pois, em instrumento para o alcance do desiderato maior: a proteção da vida e da dignidade humanas.

8.1

Liberdade de expressão como fator de legitimação do sistema democrático

A concepção de liberdade de expressão hodiernamente, quanto à sua natureza, apresenta dúplice aspecto, que abarca, simultaneamente, uma dimensão valorativa moral e uma dimensão objetiva instrumental.

Quanto à categoria em que se encaixa, no rol dos direitos fundamentais, a liberdade de expressão se apresenta como derivada do *status activae civitatis*,

dentro da quadrifurcada repartição proposta por JELLINEK e aproveitada por JORGE MIRANDA¹:

(1) *status subjectionis*: o indivíduo, por se encontrar inserto em uma sociedade organizada na forma de um Estado, sujeita-se ao império deste, nos limites de sua própria constituição, sendo incompatível com a noção de Estado qualquer concepção de liberdade ilimitada do indivíduo;

(2) *status libertatis*: sendo a autoridade do Estado exercida no interesse dos indivíduos, deve abster-se o Estado de exercer seu *imperium* dentro da esfera privada de liberdade individual dos cidadãos; é o *status* negativo, sob o ponto de vista de ação estatal;

(3) *status civitatis*: a pretensão do cidadão em face do Estado, deste exigindo a prestação de certas tarefas em seu favor, servindo-se das instituições estatais; é o *status* positivo;

(4) *status activae civitatis*: em que a própria ação estatal se apresenta como corolário do exercício dos direitos decorrentes da cidadania do indivíduo, manifestada através dos direitos políticos de participação ativa na vida e na organização estatais.

Se é verdade que a liberdade de expressão se assenta, ainda na Modernidade, como direito de índole negativa - isto é, como direito de proteção do indivíduo contra eventuais abusos de poder por parte do Estado, fundado na consideração de que o Estado existe senão para assegurar aos cidadãos seu bem-estar e o respeito à sua condição de homem *tout court* -, também é verdade que ela se aproxima, tanto mais, da categoria dos direitos políticos de participação ativa na vida política da comunidade, ingerindo no exercício do poder e, mesmo, conformando-o.

Há, ainda, outra consideração que merece ser feita acerca da liberdade de expressão, sob a ótica maior do direito à informação como necessidade imanente ao convívio democrático. Há uma exigência intrínseca ao processo democrático de formação de vontade e produção decisória que é o permanente intercâmbio de informações entre os membros da comunidade política, com o fito de permitir a

¹ *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*, p. 88-89

constante reavaliação das diversas percepções e pontos de vista acerca dos assuntos postos em pauta na discussão política e, da mesma forma, contribuir para que as decisões afinal tomadas estejam revestidas do mínimo de fundamentação racional que se espera de decisões que irão afetar a vida de todos aqueles que, direta ou indiretamente, participam da comunidade. Neste contexto, o asseguramento da liberdade de expressão, sob a ótica reversa do direito à informação que se pode e que se pretende receber, tem natureza eminentemente difusa, posto que as informações veiculadas no espaço público atingem destinatários que não podem ser identificados individualmente ou, sequer, coletivamente, e os interesses que necessitam receber a tutela necessária para sua manutenção consubstanciam-se no próprio processo democrático em si, cuja titularidade é inequivocamente meta-individual.

Também vem a tempo verificar que a liberdade de expressão se apresenta como elemento essencial das concepções não-violentas de organização e exercício do poder. Ao contrário da perspectiva weberiana, em que o poder é compreendido como a possibilidade de impor a própria vontade ao comportamento alheio², na visão de HANNAH ARENDT, é a convivência pacífica entre os homens que pavimenta o campo dialógico necessário para a promoção do entendimento mútuo e geração do poder a partir da ação comum criada pela sinergia derivada desta compreensão mútua:

“O que primeiro solapa e depois destrói as comunidades políticas é a perda do poder e a impotência final; e o poder não pode ser armazenado e mantido em reserva para os casos de emergência, como os instrumentos da violência: só existe em sua efetivação. Se não é efetivado, perde-se; e a história está cheia de exemplos de que nem a maior das riquezas materiais pode sanar essa perda. O poder só é efetivado enquanto a palavra e o ato não se divorciam, quando as palavras não são vazias e os atos não são brutais, quando as palavras não são empregadas para velar intenções mas para revelar realidades, e os atos não são usados para violar e destruir, mas para criar relações e novas realidades. (...) Enquanto a força é a qualidade natural de um indivíduo isolado, o poder passa a existir entre os homens quando eles agem juntos, e desaparece no instante em que eles se dispersam.”³

² BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 363 et seq.

³ *A Condição Humana*, p. 212

Por ser através do discurso que os homens podem chegar ao acordo quanto à realização da ação conjunta, da qual o poder deriva, sobressai a liberdade de expressão como condição de possibilidade para a efetivação do desiderato consubstanciado no interesse geral maior e que somente pode ser revelado pelo debate em um ambiente livre de coerção. Não por acaso, HANNAH ARENDT recorre ao modelo da *polis* grega, tomando-a como paradigma para a forma de organização política onde há espaço para os cidadãos exercitarem sua liberdade de discurso de forma ampla e virtuosa, dando-lhe sentido existencial e, portanto, garantindo a plena realização dos homens enquanto tal, a partir da troca de informações, experiências e reconhecimento mútuo.⁴

A perspectiva harendtiana de convivência pacífica e geração do poder político a partir da ação coletiva não-violentamente ordenada vai ao encontro do pensamento dos crítico-deliberativos, no sentido de que é pela via do debate público e da exposição das razões ao crivo do discurso aberto e livre de todos os membros de uma comunidade que se alcança a legitimação da ordem político-jurídica. E, a esse respeito, é de toda conveniência fazer-se alusão ao *sistema de direitos* a que alude HABERMAS, como elementos mínimos indispensáveis para a institucionalização dos processos discursivos democráticos, tanto na seara política, quanto na órbita do Direito.

Aqui, cabe a interessante observação de BITTAR e ALMEIDA, que chamam a atenção para a curiosa dificuldade que têm os juristas de abordar o tema “política” com a mesma naturalidade com que o fazem ao tratar de temas diretamente ligados ao Direito, inobstante não se possa falar de direito sem se falar, antes, em política, sendo esta verdadeira fonte daquele. Cita como exemplo basilar desta problemática irrefutável a própria dificuldade em se falar de Estado Democrático de Direito com a intensidade e a profundidade que um conceito tão rico quanto este requer⁵, o que explica, em parte, a dificuldade de se formular, no campo da dogmática jurídica e da jurisdição constitucional, conceitos precisos acerca da dimensão política que o princípio da liberdade de expressão embute em seu seio.

⁴ Ibid. Sobre as relações entre poder, ação, discurso e reconhecimento mútuo entre os homens, consultem-se, nesta obra, os textos nº24 a nº34, do Cap. V – “Ação”

⁵ Op. cit., p. 497

As expressões “democrático” e “de direito” pressupõem, com efeito, a vinculação da forma de organização e, principalmente, de atuação do Estado ao princípio da legalidade, assim como, com maior relevância ainda, e verdadeiro fundamento deste, o princípio democrático, pelo qual o exercício do poder político é legitimado pela participação ativa da comunidade, à qual o poder se dirige, no processo de produção normativa e de tomada de decisões ou estabelecimento de diretrizes fundamentais. É, pois, através do debate irrestrito entre pessoas dispostas em igual situação política que se consubstancia a força do poder democrático legítimo. A soberania popular, fundamento da democracia moderna, requer, como condição concomitante à sua realização, a fundação de garantias à participação política dos cidadãos na vida ativa da comunidade, por meio da criação e sedimentação de instituições democráticas fortes e que irão moldar o próprio arcabouço formal e material do Estado.

Em uma sociedade complexa, como as atuais, a conciliação dos diversos interesses existente dentro de sua enorme diversidade étnica, religiosa, moral, social e econômica representa a própria essência da democracia. As regras do jogo democrático têm relevância fulcral para o asseguramento dos objetivos colimados pelo Estado, para a pacificação interna das sociedades, para o desenvolvimento do bem-estar das populações e mesmo, no plano internacional, para a possibilidade de convivência pacífica entre os povos⁶. Neste contexto,

⁶ A este respeito, veja-se a obra *The Law of Peoples*, de RAWLS, John, em que o renomado autor e defensor do liberalismo político propõe a extensão da noção fundante de contrato social, a partir dos seus conhecidos conceitos do véu da ignorância e da posição original, para a sociedade internacional, permitindo um relacionamento democrático pelo estabelecimento de regras políticas *a priori* de discussão e exposição da razão pública, contemporaneamente à proteção dos direitos humanos fundamentais e da pluralidade de preferências morais e identidades regionais e culturais específicas dos povos. Afirma o autor: “É importante compreender que o Direito dos Povos é desenvolvido dentro do liberalismo. Esse ponto inicial significa que o Direito dos Povos é uma extensão de uma concepção liberal de justiça para um regime doméstico a uma Sociedade dos Povos. Desenvolvendo o Direito dos Povos dentro de uma concepção liberal de justiça, trabalhamos os ideais e princípios da política externa de um povo liberal razoavelmente justo. Eu distingo entre a razão pública de povos liberais e a razão pública da Sociedade dos Povos. A primeira é a razão pública de cidadãos iguais de uma sociedade doméstica debatendo os temas e essências constitucionais da justiça básica concernentes ao seu próprio governo; a segunda é a razão pública de povos liberais livres e iguais debatendo suas relações mútuas enquanto povos. O Direito dos Povos com seus conceitos e princípios políticos, ideais e critérios, é o conteúdo dessa última razão pública. Apesar de essas duas razões públicas não terem o mesmo conteúdo, o papel da razão pública entre povos livres e iguais é análogo ao seu papel em um regime democrático constitucional entre cidadãos livres e iguais”. Trad. livre. No original: “it is important to understand that the Law of Peoples is developed within political liberalism. This beginning point means that the Law of Peoples is an extension of a liberal conception of justice for a domestic regime to a Society of Peoples. Developing the Law of Peoples within a liberal

mais uma vez, não se pode deixar de atribuir importância suprema à proteção da liberdade de expressão em qualquer sistema político que pretenda, compreensivamente, permitir a convivência da pluralidade de interesses e opções morais com a necessidade de tomada de decisões políticas peremptórias para reger a vida da sociedade. Além disso, a própria essência da soberania popular, que se assenta na possibilidade de participação política ativa da população durante o processo deliberativo, não prescinde da necessidade de se poderem expor as razões e motivações de cada segmento, direta ou indiretamente representado, reciprocamente entre os membros da comunidade e buscar o entendimento ou a compreensão mútuos ou, no mínimo, a concordância *a priori* acerca das regras democráticas procedimentais de formação da vontade e tomada de decisão, independentemente do conteúdo final desta.

Por outro lado, também é importante apontar que se o exercício da autoridade pública deriva do conceito de soberania popular, então é fundamental que se considere a real dimensão deste conceito, como tradutor do “poder comunicacional”⁷, criado e estabelecido em decorrência do procedimento discursivamente estruturado de exposição de opiniões e conseqüente formação da vontade coletiva, de tal sorte que este poder se torna tão mais eficaz na medida em que os membros da comunidade se sentem partícipes deste processo. O procedimento discursivo de formação da vontade política deve se abrir a toda e qualquer questão pública relevante, cujo processamento dirigido à produção de um resultado normativo final se justifica em termos da racionalidade que se construiu a partir do intercâmbio de informações e argumentos⁸. E não se há falar em troca de informações sem plenitude de liberdade de expressão. Eis porque se

conception of justice, we work out the ideals and principles of the foreign policy of a reasonably just liberal people. I distinguish between the public reason of liberal peoples and the public reason of the Society of Peoples. The first is the public reason of equal citizens of domestic society debating the constitutional essentials and matters of basic justice concerning their own government; the second is the public reason of free and equal liberal peoples debating their mutual relations as peoples. The Law of Peoples with its political concepts and principles, ideals and criteria, is the content of this latter public reason. Although these two public reasons do not have the same content, the role of public reason among free and equal peoples is analogous to its role in a constitutional democratic regime among free and equal citizens”. (Cf. *The Law of Peoples - with the Idea of Public Reason Revisited*, p. 55)

⁷ HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms...*, p. 170

⁸ *Ibid.*, loc. cit.

afirma que “a liberdade de informação é pressuposto da publicidade democrática”⁹.

KONRAD HESSE descreve, com preclara precisão, esta dúplice natureza constitutiva da liberdade de expressão:

“(...) elas são, por um lado, direitos subjetivos e, precisamente, tanto no sentido de direitos de defesa, como no de direitos de cooperação política; por outro, elas são prescrições de competência negativa e elementos constitutivos da ordem objetiva democrática e estatal-jurídica. Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos ‘meios de comunicação de massa’ modernos, imprensa, rádio e filme, opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como ‘formação preliminar da vontade política’ não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental ‘simplesmente constitutiva’”¹⁰.

Em outras palavras, a legitimação do poder político em um ambiente democrático requer a sedimentação eficaz das instituições geradoras e garantidoras do livre debate entre membros da comunidade, dispostos em igualdade de condições materiais e formais para o exercício do debate público, e, sob este prisma analítico, sobressalta a importância da liberdade de expressão, como ponto de partida de toda esta construção institucional sobre a qual se apóia o regime democrático. Eis porque a liberdade de expressão, além de direito fundamental inerente à pessoa humana, é também, devido à importância de seu aspecto procedimental, elemento essencial para a consolidação do Estado Democrático de Direito e, a partir deste, para a tomada de decisões racionais, para a legitimação do exercício do poder estabelecido e, com maior importância, para a proteção dos direitos do homem.

⁹ HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha* (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*), p. 305

¹⁰ *Ibid.*, p. 302-303

8.2

Liberdade de expressão e proteção das minorias

No plano do processo legislativo - entendido este, não apenas como o procedimento ínsito às casas parlamentares e instituições formais de produção normativa, mas em uma concepção ampla que traduz toda e qualquer produção normativa vinculadora dos membros da comunidade nas mais diversas arenas informais -, é através do livre exercício do direito de expressão que se abre o campo para a manifestação, pelas minorias, de seus interesses e pontos de vista morais acerca da vida digna.

Se se levar em conta que o processo do debate argumentativo é o elemento, por excelência, do sistema democrático político, pode-se, a partir daí, afirmar que a única forma efetiva de proteção dos direitos das minorias se dá mediante o livre exercício da expressão por estes segmentos. Nas propostas delineadas pelos chamados crítico-deliberativos, que, como anteriormente afirmado, se alinham com o pensamento habermasiano de intermediação entre os liberais e os republicanos, a construção do sistema de direitos na sociedade e sua proteção se dão por meio de sua justificação racional em termos de procedimentos que não levam em consideração os resultados obtidos após o processo deliberativo e, mesmo, que estes podem ser, a qualquer tempo, submetidos ao crivo do reexame pelos membros da comunidade.

Como aponta SEYLA BENHABIB¹¹, a própria regra da maioria se apóia, não no fenômeno numérico absolutamente compreendido, mas em sua dimensão relativa, como produto do entendimento da maior parte das pessoas que participaram do processo discursivo que uma decisão X é melhor que uma outra Y, até o momento em que se produzam novas e convincentes razões pela minoria derrotada, invertendo-se o posicionamento anterior e adotando-se novo entendimento sobre determinado assunto. A prova cabal de sustentação desta afirmação é, por exemplo, em nosso País, a verificação empírica da evolução e ascensão dos partidos políticos, outrora minoritários, ao poder. Em especial, pode-se citar a recente e histórica chegada do Partido dos Trabalhadores ao poder,

pela eleição de Luiz Ignácio Lula da Silva para o mais elevado cargo do Poder Executivo Federal. Da mesma forma, no âmbito do processo discursivo judicial, a interposição de embargos infringentes, onde se contesta uma decisão majoritária em um colegiado de juízes com base no voto vencido, minoritário. Ou, ainda, a própria modificação de entendimentos jurisprudenciais das cortes mais elevadas, suscitada a partir da apresentação de novos argumentos trazidos à lume pelo exercício dialógico do processo judicial.

Assim foi também que se deu a evolução histórica dos movimentos de proteção aos direitos fundamentais das minorias, apelidado, nos E.U.A., de *civil rights movement*, destacando-se o importante papel da jurisdição da Suprema Corte americana, que se adequou a imperativos axiológicos insuperáveis em um procedimento discursivo igual, livre e racional, onde não mais se sustentavam, à luz dos acontecimentos históricos mais recentes e dos aprendizados deles derivados, posicionamentos discriminatórios odiosos, como se verá mais adiante.

8.3

O mercado de idéias, o *clear and present danger* e a inadequação da censura prévia em face da supremacia do interesse público de acesso à informação

É inexorável a conexão existente entre a liberdade de expressão, de imprensa e de associação e o exercício da autonomia pública em um regime democrático de governo. Durante a maior parte do período obscuro da Idade Média, eram de fato antitéticos a noção de liberdade de expressão, em sua dimensão política, e o sistema absolutista. Já em 1275, na Inglaterra, se registrava a proibição de qualquer declaração injuriosa ou falsa sobre o Rei (restando, é claro, ao livre arbítrio do julgador a definição do que fosse falso ou verdadeiro, em uma época na qual eram incipientes e túbias as noções de ampla defesa e contraditório ligadas ao processo legal devido), pelo ato normativo *De Scandalis Magnatum*, que impunha penas severas para este tipo de conduta, considerada como delito grave.

¹¹ Op. cit., p. 67 et seq.

Ainda durante os séculos XVI e XVII, a famosa Corte *Star Chamber*, de Westminster, presidida pelo Rei, era implacável nos julgamentos dos casos desta natureza, como no famoso episódio do julgamento de William Prynne, que havia publicado um livro no qual fazia pouco caso de peças teatrais e atores. A Rainha, que recém havia participado de uma peça, sentiu-se ofendida. Prynne foi julgado e condenado à prisão perpétua, a dez mil libras de multa, marcado na testa e ainda teve parte de seu nariz e orelhas amputados¹².

Os *framers* da Constituição Americana e da *Bill of Rights* não esqueceram das atrocidades praticadas pela *Star Chamber* mesmo 150 anos após sua dissolução. Além disso, forte foi o espírito presente na Convenção de 1787 e nos anos seguintes, de que era necessário assegurar, na medida do interesse da democracia e do Estado, a liberdade de expressão, pois fora através dela, em grande escala, isto é, com ampla utilização de impressões de textos gráficos, que se alavancara o processo de independência das colônias. Deveras, a totalidade da propaganda “subversiva” dos homens de Washington foi impressa, constituindo referências históricas os textos de JOHN DICKINSON, JAMES OTIS, SAMUEL ADAMS, dos *filhos da liberdade (sons of liberty)*¹³, e mesmo de JEFFERSON, nas passagens que antecederam a realização da Convenção.

A jurisprudência norte-americana enriqueceu sobremodo, ao longo dos mais de duzentos anos da existência de sua *Bill of Rights*, a discussão acerca do alcance e da dimensão do direito de expressão, consagrado logo em sua primeira emenda, juntamente com a *establishment clause* (separação entre Igreja e Estado) e os direitos fundamentais de liberdade de imprensa, liberdade de reunião e de petição ao Estado.

Durante o período da Ilustração e o conseqüente assentamento dos direitos individuais fundamentais (*status libertatis*) o direito de expressão livre nasce, no *common law*, como uma garantia do cidadão em face do Estado, contra qualquer restrição *ex ante* feita por este em relação a alguma declaração, escrita ou oral,

¹² O'BRIEN, David, *Constitutional Law and Politics*, p.371

¹³ Movimento oposicionista, liderado por Samuel Adams, jornalista de Massachussets, que fomentou e espalhou a propaganda panfletária contra o domínio das colônias pela metrópole, inflamando o espírito revolucionário dos colonos no período que antecedeu a Independência; em especial, a partir de 1770, após o grave incidente que ficou conhecido como o Massacre de Boston.

que se pudesse pretender fazer. A proteção à liberdade de expressão, embora vista como uma garantia de índole individual, visava assegurar, acima de tudo, a liberdade política de produção literária, devendo o Estado abster-se de qualquer controle prévio a respeito do conteúdo das obras ou panfletos impressos, podendo, todavia, proceder à persecução criminal ou busca de reparação cível por publicações com substância ofensiva ou perigosa para os interesses do Estado.

Mesmo JOHN MILTON, fervoroso defensor da garantia da liberdade de expressão perante qualquer ato estatal preventivo tendente a obstruí-la, em seu célebre texto *Areopagitica*, acolhe a tese de controle *a posteriori* do conteúdo de publicações e declarações, chegando a dizer que ofensas em relação à imagem da Igreja poderiam ensejar pena de morte¹⁴.

Os federalistas também acompanharam este entendimento, à exceção de MADISON, que defendia a inconstitucionalidade do *Sedition Act*¹⁵, em face da Primeira Emenda e também asseverava a enorme relevância da liberdade de expressão para proteger o poder que a sociedade tem de governar a si própria:

“Entre aqueles princípios considerados sagrados na América, entre aqueles sagrados direitos considerados formadores do bastião da liberdade, que o governo contempla com terrível reverência e ao qual se dirige com a mais cautelosa circunspeção, não há outro cuja importância seja mais profundamente imprimida na consciência pública do que a liberdade de imprensa. Que essa liberdade seja freqüentemente levada ao excesso; que às vezes tenha sido degenerada à licenciosidade, é cedo e lamentável, mas o remédio não foi ainda descoberto. Talvez, seja um mal inseparável do bem com o qual se alia; talvez seja um broto que não possa ser extirpado do caule sem ferir vitalmente a planta da qual é arrancada. Por mais desejável que essas medidas possam ser, que possam corrigir sem escravizar a imprensa, elas ainda não foram inventadas na América”¹⁶

¹⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*, p. 197

¹⁵ O *Sedition Act* incriminava toda e qualquer publicação que viesse a produzir matérias “falsas, escandalosas ou maliciosas” contra membros do Congresso ou o Presidente.

¹⁶ Apud O'BRIEN, David, op. cit., p. 375. Trad. Livre. No original: “Among those principles deemed sacred in America, among those sacred rights considered as forming the bulwark of liberty, which the Government contemplates with awful reverence and would approach only with the most cautious circumspection, there is no one of which the importance is more deeply impressed on the public mind than the liberty of the press. That this liberty is often carried to excess; that it has sometimes degenerated into licentiousness, is seen and lamented, but the remedy has not yet been discovered. Perhaps, it is an evil inseparable from the good with which it is allied; perhaps it is a shoot which cannot be stripped from the stalk without wounding vitally the plant from which it is torn. However desirable those measures might be which might correct without enslaving the press, they have never yet been devised in America”

Os antifederalistas, como JEFFERSON, com sua histórica inclinação para a proteção dos direitos fundamentais¹⁷, sempre defenderam uma interpretação de maior amplitude para a liberdade de expressão que, contudo, somente passou a permear a jurisprudência e a doutrina norte-americanas a partir da Primeira Guerra Mundial. Em particular, um texto de autoria do professor ZECHARIAH CHAFEE JR., da Universidade de Harvard - *Free Speech in the United States* (1941) - muito contribuiu para a mudança da corrente de pensamento até então dominante, sustentando que os *framers* desejaram, desde o início da vigência da ordem constitucional americana, abolir qualquer tipo de regulação política da liberdade de expressão¹⁸ e que o *Sedition Act* de 1798 teria sido um fato estranho a esta evolução expansiva¹⁹.

Mais tarde, já em uma linha consentânea à defesa de maior amplitude política da esfera compreensiva da liberdade fundamental de expressão, em famoso voto no julgamento do caso *Schenck v. U.S* (1919)²⁰, o Juiz OLIVER WENDELL HOLMES, que durante muitos anos acolheu a tese de impossibilidade apenas do controle prévio da expressão, mudando sensivelmente seu entendimento anterior, desenvolveu – ainda que de forma tibia, pois reformulou seu entendimento logo após, retornando ao antigo critério da *bad tendency*²¹, oriundo da *common law* - um critério que viria a se tornar um dos mais importantes paradigmas conhecidos pela jurisdição constitucional norte-americana: o *clear and present danger*. Pela referência ao “perigo claro e iminente”, deve-se considerar, no campo da aferição da tutela à liberdade de

¹⁷Embora por motivos subliminares outros, consistentes na rejeição ao modelo constitucionalmente proposto, que outorgava ao poder central *federal* prerrogativas que, acreditavam os Anti-Federalistas, iriam esvaziar o poder dos Estados.

¹⁸ Cf. LIEBERMAN, Jethro K., *A Practical Companion to the Constitution: how the Supreme Court has ruled on issues from abortion to zoning*, p. 205

¹⁹ Com referência ao chamado libelo sedicioso (*sedition libel*), Rawls chega a afirmar que se trata, hoje, dentro do grau de importância que a liberdade de expressão política tem para o Estado democrático constitucional, de crime impossível, sendo sua previsão em algum ordenamento penal a demonstração cabal da ausência de liberdade na sociedade que o contempla. Citando Kalven, afirma que “*A inexistência nas leis do crime de libelo sedicioso é o verdadeiro teste pragmático da liberdade de expressão. É nisso, a meu ver, que consiste a liberdade de expressão. Toda sociedade em que o libelo sedicioso é um crime, não importa quais sejam suas outras características, não é uma sociedade livre (...)* Aqui, a resposta a este crime define a sociedade”. Apud RAWLS, John, *O Liberalismo ...*, p. 399.

²⁰ Na ocasião, a Suprema Corte, por unanimidade, manteve a condenação de vários homens que panfletavam material contrário ao alistamento militar para a 1ª. Guerra.

²¹ Critério pelo qual se aprecia se o conteúdo das manifestações contém, ou não, elementos naturalmente tendentes a gerar conseqüências proibidas ou indesejadas.

expressão, que todo ato depende das circunstâncias na qual é praticado e, sendo a manifestação de opinião dos acusados²² diretamente ameaçadora do bem geral da coletividade, ficam excluídos do manto protetor da liberdade fundamental consagrada na 1ª Emenda da *Bill of Rights*.

Novamente, no caso *Abrams v. U.S.* (1919), HOLMES voltou a defender a referência ao *clear and present danger* e, mais uma vez, veio a criar outra relevante figura famosa figura de referência jurisprudencial, consignando que “o melhor teste da verdade é a capacidade do pensamento ver-se aceito na competição do mercado”²³, metáfora que passou a ser conhecida pela expressão *mercado de idéias* (*marketplace of ideas*).

Outro eloqüente registro digno de nota nesta época ocorreu em *Gitlow vs. New York* (1925), onde, em célebre voto, ao tratar da condenação em instâncias inferiores de Benjamin Gitlow, descendente de uma família de judeus-eslavos e eleito para a Casa Legislativa Estadual como membro da facção mais esquerdista do Partido Socialista – mais tarde “Partido Comunista Americano” -, HOLMES destacou que “se, no longo prazo, as crenças manifestadas na ditadura do proletariado estão destinadas a ser aceitas pelas forças dominantes da comunidade, o único sentido da liberdade de expressão é de que elas devem ter sua vez e seguir seu caminho”²⁴.

Mais significativa, ainda, no sentido de assentar a dimensão política e a importância da liberdade de expressão para a concepção democrática de regime político, foi o voto do Juiz LOUIS BRANDEIS – que já havia acompanhado HOLMES nos precedentes anteriormente citados - no caso *Whitney v. Califórnia* (1927), onde declarou que “Sem liberdade de expressão e reunião, a discussão seria fútil (...) com eles, a discussão oferece proteção ordinariamente adequada contra a disseminação de doutrinas nocivas”. Na ocasião, ao reportar-se à

²² Em referência ao delito previsto pelo *Espionage Act* de 1917

²³ Apud LIEBERMAN, Jethro K., op.cit., p. 299. Trad. Livre. No original: “the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market”

²⁴ Cf. BRUBAKER, Stanley. *Original Intent and Freedom of Speech and Press*. In: HICKOK JR., Eugene. *The Bill of Rights. Original Meaning and Current Understanding*, p. 53. Trad. livre. No original: “If in the long run the beliefs expressed in proletarian dictatorship are destined to be accepted by the dominant forces of the community, the only meaning of free speech is that they should be given their chance and have their way”.

ausência de “perigo iminente” em atos alegadamente subversivos, BRANDEIS também lançou mão da inspiração teórica criada por HOLMES.

Durante a era HUGHES da Suprema Corte americana, e sob o domínio da evolução e sedimentação dos direitos sociais, houve grande ampliação da esfera de incidência da proteção oferecida pela 1ª Emenda. Com efeito, a abrangência da interpretação dada à liberdade fundamental de expressão passou a limitar os atos do governo e a legislação ordinária, com o fito de se assegurar a proteção à livre panfletagem e também, no bojo do texto da 1ª Emenda, à realização de piquetes em manifestações grevistas. Em *Thornhill v. Alabama* (1940), a Suprema Corte chegou a declarar que a proteção da liberdade de expressão visa assegurar “*a liberdade de discutir pública e transparentemente todas as questões de interesse público sem restrição prévia ou medo de punição subsequente*”²⁵.

Com a decisão do caso *Sullivan* e sobretudo pelo voto do Juiz BRENNAN, abriu-se novo espaço para a discussão, no campo da filosofia política e do direito, a respeito da justificação política desta que é, senão a mais importante, uma das principais liberdades fundamentais que garantem o preenchimento real do espaço público e, portanto, da interação dialógica.

Também é mister destacar a grande contribuição instrumental que a liberdade de expressão - constituindo, ao lado da liberdade de informação, as expressões sintéticas da liberdade de opinião - em seu sentido mais amplo, compreendendo suas derivações – liberdade de reunião, liberdade de imprensa e liberdade de produção artística -, oferece para o comportamento da máquina estatal, onde uma imprensa livre e a possibilidade de interação permanente entre os cidadãos, a partir das informações das quais dispõem e que podem trocar entre si, permite o exercício do controle permanente sobre a conduta dos agentes públicos e do Estado, criado senão para o atendimento dos interesses da comunidade política. Em especial, muito mais certa se torna a adstrição ao princípio da moralidade administrativa quando se sabe, de antemão, que as condutas e as práticas dos órgãos públicos e seus agentes está sob o incessante olhar dos cidadãos, verdadeiros titulares do poder que emprestam àqueles, a título

de instrumento necessário para o cumprimento de finalidades preestabelecidas (competência ou, no dizer de CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, dever-poder). Ademais, o livre convencimento dos eleitores quanto a seus candidatos, escolhidos a partir do fluxo irrestrito de informações durante o processo político de sufrágio, o acompanhamento da criação e do estabelecimento das diretrizes públicas e a adstrição à finalidade sob as equações dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade durante a execução dessas diretrizes são lados de um mesmo polígono chamado democracia. Eis porque a liberdade de expressão e o correlato direito à informação são verdadeiros supedâneos do Estado democrático.

8.4

A dimensão moral da liberdade de expressão

A indiscutível importância da liberdade de expressão como condição de possibilidade do exercício da soberania popular caminha lado a lado com a dimensão substancial moral que sua natureza dúplice apresenta.

Assim é que, na visão de DWORKIN²⁶, ao lado do aspecto procedimental da liberdade de expressão, há outro tipo de justificação para a proteção e sustentação da liberdade de expressão, sendo esta igualmente importante para a conformação e delimitação que os juristas irão estabelecer para a extensão e o alcance deste direito fundamental.

Trata-se de uma justificação de índole moral, que se subdivide em duas componentes. Em primeiro lugar, trata-se de prestar o devido respeito à liberdade moral que indivíduos capazes devem ter para estabelecer suas preferências morais individuais sobre a vida digna, política ou religião. Na opinião de DWORKIN, constitui um ato de desrespeito do governo para com o cidadão sua subtração ao debate público em função do medo preventivo de que tal debate possa persuadi-lo a adotar convicções indesejáveis²⁷. De fato, subtrair do conhecimento dos

²⁵ O'BRIEN, op. cit., p. 384. Trad. livre. No original: "*the liberty to discuss publicly and truthfully all matters of public concern without previous restraint or fear of subsequent punishment*"

²⁶ Op. cit., p. 200

²⁷ Ibid, loc. cit.

indivíduos determinadas informações com lastro na sua suposta incapacidade de processá-las adequadamente é insultar a própria fonte do poder político; ou seja, tratar-se-ia da materialização do caso onde a criatura se volta contra seu criador.

A outra componente refere-se ao direito que os cidadãos devem ter de expressar suas opiniões e preferências aos demais concidadãos, em razão de respeito mútuo, direcionado à busca pela revelação da verdade, do estabelecimento da justiça e da proteção do bem comum²⁸. Ademais, a preocupação com os assuntos de interesse geral é não apenas um direito cívico, mas um dever ou virtude, cujas raízes remontam à Antiguidade Clássica.

Por último, DWORKIN frisa a natureza intercomplementar entre as dimensões procedimental e substantiva da liberdade de expressão, citando *ab auctoritate*, JOHN STUART MILL e o já referido caso *Whitney v. Califórnia*, em que o Juiz BRANDEIS declarou: “*aqueles que obtiveram nossa independência acreditavam que o fim último do Estado era tornar os homens livres para desenvolver suas aptidões*” e que “*a livre expressão é valiosa tanto como fim quanto como meio*”²⁹

Um apontamento especialmente interessante na análise de DWORKIN é que a dimensão procedimental é ao mesmo tempo mais frágil e mais limitada do que sua justificação constitutiva ou substantiva³⁰. Isto porque, ao se associar a liberdade de expressão ao interesse público, haverá casos em que a extensão atribuída à liberdade de expressão sofrerá mais limitações do que ampliação. Tais seriam os casos das informações classificadas que envolvem alto grau de confidencialidade estratégica do Estado e também as situações dos processos que correm em segredo de justiça, como nas órbitas criminal e de família no sistema jurídico brasileiro³¹. Por outro lado, a maior limitação da livre expressão ocorre

²⁸ Ibid, loc. cit.

²⁹ Ibid., p. 201. Trad. livre. No original: “*those who won our independence believed that the final end of the state was to make men free to develop their faculties*” e “*free speech is valuable both as an end and as a means*”.

³⁰ Ibid, loc. cit.

³¹ Aliás, foi sob o manto da supremacia do interesse público, em face do tratamento especial de condução sob segredo de justiça das investigações acerca da grilagem de terras no D. F., que envolviam o candidato à Governador da Capital Federal, Joaquim Roriz, que a Justiça Eleitoral determinou a censura à divulgação de fitas com gravações alegadamente comprometedoras do referido candidato pelo jornal O Correio Braziliense, na última semana que precedeu as eleições em segundo turno de 2002. Conquanto não se tratasse de censura prévia, como amplamente

em razão das matérias às quais se pode relacionar tal liberdade fundamental. Se vista sob o aspecto procedimental, o direito de expressão alcança tão somente os discursos políticos. Todavia, na perspectiva moral, a liberdade de expressão é estendida, e conseqüentemente conformada, a cada um dos diversos aspectos culturais da vida humana em sociedade³².

RAWLS também remete a liberdade de expressão, como integrante do rol das liberdades fundamentais mais proeminentes no Estado democrático constitucional, ao plano moral. Em seu conceito de *posição original*, RAWLS afirma que as pessoas são dotadas de duas capacidades inerentes à sua própria personalidade moral: a capacidade de ser racional e a capacidade de ser razoável. A capacidade de ser racional implica na aceitação dos princípios que acreditam ser os melhores para a comunidade, defendê-los, revisá-los e atuar de forma positiva para sua realização. A capacidade de ser razoável traduz a disposição para um senso de justiça, isto é, a capacidade de respeitar termos equitativos de cooperação social, admitindo restrições e condicionamentos no processo deliberativo intersubjetivo³³. A autonomia plena dos cidadãos, assim, é sua capacidade não só de serem racionais e agirem de acordo com a concepção específica de bem que possuem, mas, ao mesmo tempo, aceitar reciprocamente os princípios de justiça, o que envolve a observância aos termos equitativos de cooperação social, respeitando a liberdade alheia e a igualdade entre todos os membros da comunidade:

“Os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada é que são plenamente autônomos, pois aceitam livremente as restrições do razoável e, ao fazê-lo, sua vida política reflete aquela concepção de pessoa que supõe ser fundamental a capacidade de cooperação social desses mesmos cidadãos. É a autonomia plena de cidadãos ativos que expressa o ideal político a ser realizado no mundo social”³⁴

divulgado, mas, sim, de ordem exarada para garantir a eficácia do cumprimento de decisão judicial anterior, que sofria iminente ameaça de descumprimento, caberia, sem dúvida, no caso, uma reflexão mais profunda sobre qual o interesse público verdadeiramente de maior relevância. Em particular, é imperioso verificar que o alcance da proteção constitucional de liberdade de imprensa é merecedora de tratamento especial na construção hermenêutica realizada, pois, indubitavelmente nenhum outro meio de comunicação é tão universal quanto a imprensa, escrita ou radiodifundida, o que implica em sua peculiar relevância para o processo de formação de opinião da comunidade política. Mas esta análise, certamente, fugiria aos estreitos limites deste diminuto trabalho.

³² DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 201

³³ RAWLS, John, *O Liberalismo...*, p. 360

³⁴ *Ibid.*, p. 361

Neste contexto, RAWLS introduz a noção de *bens primários*, que são aqueles que possibilitam às pessoas perseguir a plena realização de suas capacidades morais e suas concepções individuais de bem. Entre os cinco bens primários que RAWLS arrola, estão precisamente as liberdades fundamentais de pensamento, consciência e expressão política, concomitantemente às *bases sociais do auto-respeito*, que “são aqueles aspectos das instituições básicas em geral essenciais para que os cidadãos tenham um vigoroso sentimento de seu próprio valor como pessoas, e para que sejam capazes de desenvolver e exercer suas capacidades morais e de promover seus objetivos e fins com autoconfiança”.

Aproximam-se, destarte, no que diz respeito ao aspecto moral da liberdade de expressão, os entendimentos de RAWLS e DWORKIN, sendo condição para a realização dos homens enquanto tal e enquanto cidadãos respeitados a priorização da liberdade de expressão, a par das liberdades congêneres de reunião pacífica, manifestação artística e acesso à informação. Trata-se de consecução daquele sentimento de auto-estima e autonomia plena que RAWLS chama de *auto-respeito*, e que pressupõe a faculdade de exercitar de forma integral as capacidades morais intrínsecas, gerando no interior do indivíduo o vigor energético para a busca dos valores que abraça e da concepção de bem que adota e que são, ao fim e ao cabo, indispensáveis para a construção de uma sociedade cooperativa, justa e livre.

8.5

Breve nota sobre a liberdade de expressão e as manifestações extremistas incitadoras do ódio – o caso Friedman vs. Degrele

Ora, se a liberdade de expressão, além da dimensão instrumental política, também possui uma dimensão moral, inerente ao reconhecimento das faculdades humanas ínsitas à sua existência, como se conceber a liberdade de expressão consistente em declarações impregnadas de ódio ou voltadas para a incitação à violação dos direitos humanos mais mezinhas ?

Tanto a perspectiva habermasiana crítico-deliberativa, quanto a liberal rawlsiana, apenas para citar dois entre os mais célebres pensadores da filosofia política da atualidade, não desdenham o passado cultural e as histórias que as nações e a sociedade internacional construíram. Os sistemas constitucionais atuais e, até mesmo, o sistema jurídico internacional, não nasceram de um nada, ou de um *bang* miraculoso ou divino. São sistemas construídos e reconstruídos a partir das experiências culturais de cada comunidade e que não podem, sob pena de absoluto descolamento da razoabilidade e da realidade, ser olvidadas.

Há certos valores fundamentais que são compartilhados por quase toda a comunidade mundial. Já se afirma que não se discute mais o princípio fundamental político da democracia, mas tão somente suas vertentes, possíveis variações, modelos institucionais ou justificações. Neste sentido, é unânime o clamor pelo respeito e ampliação cada vez maior da proteção aos direitos humanos fundamentais, sendo certo, ainda que discutíveis alguns em face da multiculturalidade existente mundo afora, que o referencial da dignidade da pessoa humana logra de posição suprema no catálogo dos valores cardeais da coexistência coletiva pacífica.

Poder-se-ia chamar, assim, de cláusula pétrea o valor da dignidade da pessoa humana, no que atina uma justificação para o estabelecimento de limitação às manifestações de opinião fundadas exclusivamente em critérios discriminatórios, em razão de religião, sexo, *status* social, etnia ou raça.

Sobre esta questão, MANUEL ATIENZA, em obra destinada ao tema da argumentação jurídica³⁵, como campo idôneo à construção do ideal de justiça por meio do Direito, traz à lume vários “casos difíceis”, entre eles um relativo aos limites da liberdade de expressão, em que o Tribunal Constitucional espanhol acabou por reconhecer a existência de fronteiras, conquanto cinzentas e porosas, entre o direito de manifestação de pensamento e a proteção à dignidade e à honra humanas. O caso versa sobre o conflito entre princípios de elevada estatura

³⁵ *Tras La Justicia – Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, p. 37-61. A obra, que é dedicada a Ernesto Garzón Valdés, dirige-se aos estudantes do direito, com linguagem peculiarmente fluida e didática e cuja meta confessa pelo autor é levar os futuros operadores do direito a considerarem o importante papel da argumentação como instrumento do Direito e como possível trilha pela qual se pode eventualmente alcançar seu desiderato maior, a Justiça.

dentro de um mesmo ordenamento jurídico, quais sejam, a liberdade de expressão de determinado cidadão e o direito à proteção da honra e da dignidade de outro indivíduo ou de um grupo de pessoas, ambos abrigados em sede constitucional. Tratando-se, ambos, de valores supremos para a ordem constitucional, a solução apresentada socorreu-se da ponderação entre os interesses envolvidos, valendo-se de técnicas argumentativas e de procedimentos conceituais jurídicos, para, ao fim, verificar a latitude da fronteira à luz do caso concreto e dos valores merecedores de tutela e preservação. No caso, entendeu o Tribunal Constitucional que, com efeito, a dignidade da pessoa humana é vetor que impõe limitações indubitáveis ao exercício do direito de expressão.

De um lado da disputa estava Violeta Friedman, descendente de uma família de origem judia, assassinada nos campos de extermínio de Auschwitz, e, de outro, Leon Degrelle que, em declaração dada a um periódico na Espanha (Revista *Tiempo*, de 4 de agosto de 1985), faz afirmações ignominiosas contra a comunidade judaica em geral, negando a ocorrência dos fatos notórios e assaz comprovados, praticados pelos nazistas contra a comunidade judaica, durante a 2ª Guerra. A demanda, provocada pela ofendida, Sra. Friedman, propugnava pela reparação pelos danos morais que ela e toda a comunidade judaica sofreram a partir das indigitadas declarações tornadas públicas pela revista espanhola.

Julgada improcedente em primeira e segunda instâncias, e ainda, em uma terceira instância, a Sra. Friedman ingressou com *recurso de amparo* perante o Tribunal Constitucional espanhol, alegando violação aos seus direitos fundamentais à honra e à tutela jurisdicional efetiva. Isso porque as instâncias prévias entenderam, por um lado, que a liberdade de expressão há de encontrar, com efeito, limites na honra alheia, mas que, todavia, a honra tem caráter eminentemente pessoal; logo, careceria a Sra. Friedman de legitimação para a propositura da ação, uma vez que nenhuma asserção direta contra sua família ou contra ela mesma fora proferida.

Degrelle havia se defendido com a exceção de ilegitimidade ativa da parte contrária, assim como com o suporte que a liberdade de expressão lhe oferecia, de manifestar livremente seu pensamento acerca de qualquer questão. À parte as questões processuais específicas do ordenamento jurídico espanhol, indiferentes à

discussão em tela, a resposta do Tribunal Constitucional foi de dar provimento ao recurso de amparo interposto pela Sra. Friedman, reconhecendo o direito fundamental daquela à honra.

Em primeiro lugar, enfrentando a questão da legitimidade, entendeu a Corte que, no caso de ofensas desferidas contra uma coletividade, torna-se parte legítima qualquer integrante da mesma. Se se pudesse, ao contrário, refutar tal tese, as lesões à honra de natureza coletiva restariam indenés, dando azo às campanhas xenófobas, racistas ou extremistas *lato sensu*.

Ao penetrar mais a fundo na discussão acerca dos limites da liberdade de expressão, a Corte Constitucional assinalou que, consoante a própria jurisprudência firmada sobre o tema, haveria de se proceder a uma *ponderação de valores*³⁶. Pelos critérios balisadores assentados, a liberdade de expressão teria um caráter duplo de alcance, dividindo-se em liberdade de expressão *stricto sensu*, lastreadas em juízos de valor e opiniões pessoais e com limites bastante amplos, e a *liberdade de expressão*, derivada das manifestações acerca de fatos, circunscritas às fronteiras da verdade sobre os mesmos. Além disso, reconhece-se que o direito à honra tem maior peso quando protetor de pessoas físicas, ainda que possa ser concebido em relação a pessoas jurídicas ou a coletividades de pessoas. Em respeito ao primeiro critério, as declarações de Degrelle fundavam-se em avaliações pessoais sobre os quais não deveria incidir o requisito da verdade; concomitantemente, pelo segundo critério, referidos a uma coletividade de pessoas, teria seu peso, sob a ótica do dano sofrido, mitigado.

³⁶ “*Juicio ponderativo a propósito de los dos derechos fundamentales*”, na expressão original do texto, em espanhol. Sobre o tema da “ponderação de valores”, consulte-se o original, didático e brilhante trabalho de Daniel Sarmiento, citado na Introdução, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, trazendo para a doutrina pátria uma das mais profícuas e relevantes discussões do pensamento jusfilosófico da atualidade. À guisa de ilustração sobre esta importantíssima discussão no plano do direito constitucional e da proteção dos valores albergados pelas cartas políticas, e da coexistência necessariamente harmônica entre interesses e princípios de jaez diversos, afirma o preclaro autor: “*Assim, em primeiro lugar, o intérprete terá de comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. Para este mister, ele deve adotar como norte a taboa de valores subjacente à Constituição (...). Na verdade, o peso genérico é apenas indiciário do peso específico que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto. Este só pode ser aquilatado em face do problema a ser solucionado. Ele dependerá da intensidade com que estiverem afetados, no caso, os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto.*” (p. 103 - 104).

Todavia, o Tribunal sinalizava com uma espécie de terceiro critério, desprezando os anteriores, que veio a se constituir, pois, na verdadeira *ratio decidendi* da sentença (acórdão). O Tribunal considerou que as afirmações ofensivas contra o povo judeu em geral teriam conotação racista e seriam fomentadoras das incitações anti-semitas, não se tratando de um mero juízo de opinião sobre fatos históricos. No texto da decisão, a Corte Constitucional espanhola destacou que a liberdade ideológica, assim como a *liberdade de expressão*, não transpõe os limites da xenofobia ou do racismo, e o princípio cardinal de proteção à *dignidade da pessoa humana* requer o afastamento de qualquer ato discriminatório apoiado em critérios de raça, sexo, opinião, crença ou idade. O direito de se expressar não se confunde com o ânimo manifesto de menosprezar pessoas ou grupos por razões ou circunstâncias pessoais, étnicas ou sociais.

Não obstante ATIENZA discorde da decisão, ingressando no complexo campo das relações entre direito e moral, o caso é emblemático por sua enorme dificuldade e por caminhar sobre a tênue faixa que limita, reciprocamente, a amplitude da liberdade de expressão e a proteção da dignidade da pessoa humana.