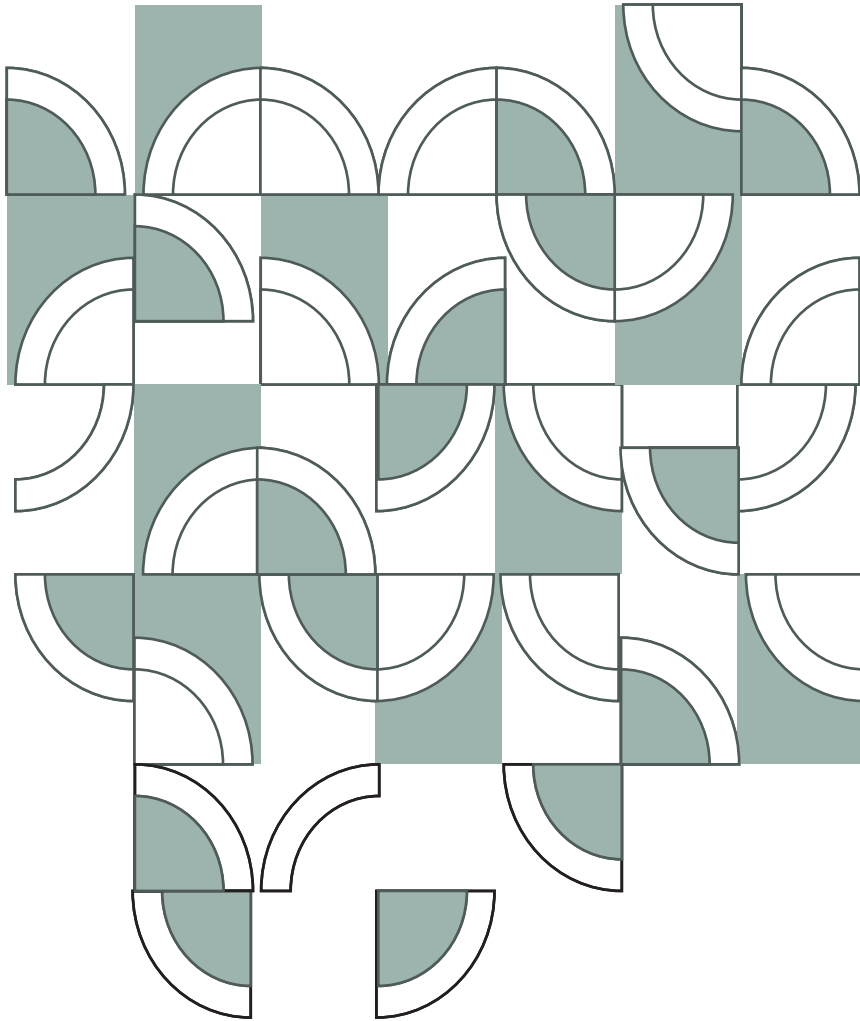


LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SUPREMO
contemporâneo





LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Brasília, junho de 2023.

Secretaria-Geral da Presidência

Estêvão André Cardoso Waterloo

Gabinete da Presidência

Daniela Fernandes Daros

Secretaria do Tribunal

Miguel Ricardo de Oliveira Piazzini

Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação

Fabyano Alberto Stalschmidt Prestes

Coordenadoria de Difusão da Informação

Flávia Trigueiro Mendes Patriota

Coordenação da obra

Soraia de Almeida Miranda

Produção de conteúdo

Alessandra Marreta de Veras

Dirceu Moreira do Vale Filho

Eliane Nestor da Silva Santos

Heloísa Toledo de Assis Duarte

Ivson Brandão Faria Valderato

Maria Beatriz Moura de Sá

Mariana Bontempo Bastos Raposo

Paula Roberta G. de Carvalho Farcic

Priscila Heringer Cerqueira Pooter

Ricardo Henriques Pontes

Thiago Gontijo Vieira

Secretaria de Comunicação Social

Mariana Araujo de Oliveira

Celiane Pereira de Oliveira Lima

Fábio José Caraciolo Teles

Helionai Martins dos Santos

Ilana Vieira de Paiva

Osiel Luiz de Sousa

Rogério Côrrea de Castro

Revisão de provas editoriais

Márcia Gutierrez A. Bemerguy

Juliana Silva Pereira de Souza

Rosa Cecília Freire da Rocha

Produção editorial

Lilian Januzzi Vilas Boas

David Duarte Amaral

Projeto gráfico

Camila Penha Soares

Soraia de Almeida Miranda

Capa

Flávia Carvalho Coelho

Diagramação

Ana Carolina Caetano

Camila Penha Soares

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Supremo Tribunal Federal — Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)**

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

Liberdade de expressão / Supremo Tribunal Federal. – Brasília : STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023.

eBook (375 p.) – (Supremo contemporâneo)

Reúne os julgados considerados mais relevantes para os estudiosos do Direito e para a sociedade brasileira, proferidos nos anos de 2007 a 2022.

Modo de acesso: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/liberdadeexpressao.pdf>>.

ISBN : 978-65-87125-89-3

1. Liberdade de expressão, jurisprudência, Brasil. 2. Liberdade de palavra, Brasil. 3. Supremo Tribunal Federal, jurisprudência, Brasil. I. Título.

CDDir – 341.2732

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministra

ROSA Maria Pires **WEBER**, Presidente
(19-12-2011)

Ministro

Luís **ROBERTO BARROSO**, Vice-Presidente
(26-6-2013)

Ministro

GILMAR Ferreira **MENDES**, Decano
(20-6-2002)

Ministra

CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha
(21-6-2006)

Ministro

José Antonio **DIAS TOFFOLI**
(23-10-2009)

Ministro

LUIZ FUX
(3-3-2011)

Ministro

Luiz **EDSON FACHIN**
(16-6-2015)

Ministro

ALEXANDRE DE MORAES
(22-3-2017)

Ministro

Kassio **NUNES MARQUES**
(5-11-2020)

Ministro

ANDRÉ Luiz de Almeida **MENDONÇA**
(16-12-2021)

APRESENTAÇÃO

Em 12 de setembro de 2022, quando assumi a Presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, minhas primeiras palavras foram de reverência incondicional à autoridade suprema da Constituição e das leis da República; de crença inabalável na superioridade ética e política do Estado Democrático de Direito; de prevalência do princípio republicano e suas naturais derivações, com destaque à essencial igualdade entre as pessoas; de estrita observância da laicidade do Estado brasileiro, com a neutralidade confessional das instituições e a garantia de pleno exercício da liberdade religiosa; de respeito ao dogma fundamental da separação de Poderes; de rejeição aos discursos de ódio e repúdio a práticas de intolerância enquanto expressões constitucionalmente incompatíveis com a liberdade de manifestação do pensamento; e de certeza de que, sem um Poder Judiciário independente e forte, sem juízes independentes e sem imprensa livre, não há democracia.

E liberdade, a imaginação humana já pintou de azul, talvez à mágica inspiração do céu e do mar. Liberdade é palavra força impregnada de esperança. No verso inexecedível de Cecília Meireles, é “a palavra que o sonho humano alimenta, e o sonho alimentado, sabemos todos, é justamente o que nos impulsiona a caminhar, mantendo vivo o caminho, caminho cujo trilhar passo a passo importa mais do que o próprio porto de destino”.

Essa também a mensagem de Kaváfis, em memorável poema em que o poeta grego aconselha “seja longa e sem pressa a viagem rumo a Ítaca, repleta de aventuras e de saber, e assegura ao viajante que ele não correrá o risco de encontrar o feroz Poseidon, os ciclopes ou outros monstros, desde que mantenha o pensamento elevado e não os carregue, os monstros, em sua alma”.

A evolução da humanidade ocorre de forma permanente, em processo dialético, em atualização necessária frente ao que a história apresenta. A independência real pressupõe desenvolvimento econômico, trabalho digno, fortalecimento das instituições, inclusão social, valorização da ciência, educação e, também, cultura. E não há como esquecer a arte que, sempre necessária, é luz que dissipa as trevas, é paixão, emoção, beleza e, sobretudo, é liberdade.

O Estado Democrático de Direito, cerne da República, com suas ideias nucleares de liberdade e responsabilidade, nunca é uma obra completa. É ponto de partida, na observação arguta de Canotilho, “assim, com a democracia, conquista diária e permanente, que se aperfeiçoa por meio da evolução do Estado Democrático de Direito, a cada dia desafiado, e a exigir reflexão diante das constantes transformações sofridas pela sociedade, fruto, em especial, da evolução tecnológica, em velocidade sem precedentes, a repercutir até em nossas percepções de tempo e espaço.”

A democracia pressupõe um diálogo constante, tolerância, compreensão das diferenças e cotejo pacífico de ideias distintas e até mesmo antagônicas. Em uma democracia, maiorias e minorias, como protagonistas relevantes do processo decisório, hão de conviver sob a égide dos mecanismos constitucionais destinados, nas arenas políticas e sociais, à promoção de amplo debate, com vista à formação de consensos, mantido sempre, no mínimo, o respeito às diferenças e às regras do jogo, além de assegurado a todos os cidadãos, sem qualquer exclusão, um núcleo essencial de direitos e garantias que não podem ser transgredidos nem ignorados.

Imbuída desse espírito, a presente obra tem por objetivo promover profunda reflexão acerca do tema “liberdade de expressão”, na perspectiva do guardião máximo da Constituição – o Supremo Tribunal Federal.

Este livro reúne os julgados considerados mais relevantes para os estudiosos do Direito e para a sociedade brasileira, proferidos nos anos de 2007 a 2022, entre eles, destacam-se: (1) a Arguição de Des-

cumprimento de Preceito Fundamental 130, quando o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar sobre a recepção da Lei de Imprensa e assentou que a plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo; (2) o Recurso Extraordinário 511.961, em que se decidiu pela inconstitucionalidade da exigência do diploma de jornalismo e registro profissional no Ministério do Trabalho como condição para o exercício da profissão de jornalista; (3) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, em que se liberou a realização dos eventos chamados “marcha da maconha”, que reuniram manifestantes favoráveis à descriminalização da droga; (4) a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815, na qual se declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias; (5) a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.122, na qual se julgou constitucional o parágrafo 2º do artigo 25 da Resolução 23.404/2014, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que proíbe a realização de propaganda eleitoral via *telemarketing*, em qualquer horário; (6) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572, na qual se declararam a legalidade e a constitucionalidade do Inquérito 4.781, instaurado com o objetivo de investigar notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares; (7) o Recurso Extraordinário 1.010.606, no qual se concluiu ser incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento que possibilite impedir, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos em meios de comunicação; (8) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 811, na qual se reconheceu ser compatível com a Constituição Federal a imposição de restrições à realização de cultos, missas e demais atividades religiosas presenciais de caráter coletivo como medida de contenção do avanço da pandemia da Covid-19; e (9) a Ação Penal 1.044, na qual o Supremo Tribunal Federal condenou parlamentar por crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito e coação no curso do processo.

Com esta publicação, o Supremo Tribunal Federal celebra a democracia e reafirma a permanente vigilância na guarda da Constituição Federal.

Ministra Rosa Weber

Presidente do Supremo Tribunal Federal

NOTA INTRODUTÓRIA

A linha editorial *Supremo Contemporâneo* tem o objetivo de difundir temas específicos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de maneira inovadora. Dessa forma, busca-se romper com padrões antigos de apresentação do conteúdo, trazendo informações selecionadas e sistematizadas, inclusive visualmente, a partir da análise de precedentes qualificados proferidos pelo Tribunal.

A seleção dos julgados pautou-se pela curadoria dos principais casos a respeito do tema “liberdade de expressão”, proferidos no período de 2007 a 2022, entre ações de controle de constitucionalidade, processos subjetivos submetidos à sistemática da repercussão geral e outros considerados relevantes em vista da repercussão jurídica, econômica, política e social.

Os casos foram ordenados cronologicamente, do mais recente ao mais antigo. Cada julgado apresenta os dados que o identificam: classe e número, ministro relator, data de julgamento, órgão julgador e data de divulgação no *DJE*. Além disso, trazem o resumo do entendimento do caso (ou a tese de julgamento, quando estabelecida); um infográfico com os principais fundamentos; o placar de votação; trechos dos votos com os fundamentos centrais, organizados por títulos; a doutrina citada no julgado; além de informações adicionais, com os *links* que remetem o leitor para o inteiro teor da decisão, os vídeos de julgamento, a relação de *amicus curiae*, entre outros.

Por fim, incluíram-se os ícones dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) com os quais os processos se relacionam, como medida para reforçar a integração da Agenda 2030 da ONU ao Supremo Tribunal Federal, vetor estratégico para aprimorar o modo de se pensar e de se fazer justiça no Brasil.

SUMÁRIO

Lista de siglas.....	13
Liberdade de expressão e limites.....	15
Liberdade de culto.....	35
Direito ao esquecimento.....	49
Recusa dos pais à vacinação compulsória de filho menor por motivo de convicção filosófica.....	59
Crítica realizada por meio de sátira a elementos religiosos inerentes ao cristianismo.....	71
Tipificação do crime de desacato.....	81
<i>Fake news</i>	95
Liberdade de expressão dos agentes políticos.....	109
Liberdade de expressão no ambiente universitário.....	119
Identidade de gênero.....	129
Direito de acesso à informação.....	137
Tolerância e respeito à diversidade.....	145
Livre organização de entidades estudantis.....	157
Contribuição sindical.....	167
Propaganda eleitoral via <i>telemarketing</i>	183
Limite à manifestação do pensamento religioso.....	193
Novo marco regulatório da televisão por assinatura.....	203
Ensino religioso confessional.....	219
Imunidade tributária cultural.....	229
Classificação indicativa.....	241

Uso de tatuagem por postulantes a cargos públicos.....	255
Financiamento de campanhas eleitorais.....	265
Biografias não autorizadas	275
Lei Geral da Copa	289
Marcha da maconha.....	297
Diploma para o exercício do jornalismo.....	313
Liberdade de imprensa.....	329
Lei de Biossegurança e pesquisas com células-tronco embrionárias	345
Liberdade de reunião e de manifestação pública.....	365

LISTA DE SIGLAS

2ª T	Segunda Turma
AC	Ação Cautelar
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
Ancine	Agência Nacional de Cinema
AP	Ação Penal
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
c/c	combinado com
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DJ	Diário da Justiça
DJE	Diário da Justiça Eletrônico
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Inq	Inquérito
j.	Julgamento em
LDBEN	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
LGBT+	Lésbicas, <i>Gays</i> , Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros e outras definidas por sua orientação sexual ou identidade de gênero
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança

OC	Opinião Consultiva
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
P	Plenário
Pet	Petição
PGR	Procuradoria-Geral da República
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
red. do ac.	Redator do acórdão
REF	<i>Referendum</i>
rel.	Relator
RG	Repercussão Geral
RHC	Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RJTJSP	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo
SeAC	Serviço de Acesso Condicionado
STF	Supremo Tribunal Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIMITES

A liberdade de expressão não pode ser usada para a prática de atividades ilícitas ou discursos de ódio, contra a democracia ou contra as instituições.

[AP 1.044, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 20-4-2022, P, DJE de 23-6-2022.]

RESUMO

A liberdade de expressão existe para a manifestação de opiniões contrárias, jocosas, satíricas e até mesmo errôneas, mas não para opiniões criminosas, discurso de ódio ou atentados contra o Estado Democrático de Direito e a democracia.



Direito preferencial

Não alcança a prática de ilícitos

- discurso que incite a **violência**
- discurso **doloso**
 - manifestamente **difamatório**, juízo **depreciativo**, de **injúria** ou **crítica aviltante**
- manifestações capazes de causar um **perigo claro e iminente**
 - ao **sistema jurídico**
 - ao **regime democrático** ou
 - ao **bem público**

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A **imunidade parlamentar** deve ser compreendida de forma extensiva para a garantia do adequado **desempenho de mandatos**

- **não alcança** os **atos** que sejam praticados
 - **sem** claro **nexo** de vinculação ou implicação recíproca com o desempenho das **funções parlamentares**
 - para **incitar** o cometimento de **delitos** ou para **atacar** a própria **democracia** ou o **sistema representativo**, quando a imunidade for utilizada para a prática de **abusos**, usos **criminosos, fraudulentos** ou **ardilosos**



10 X 1

Vencedores no mérito:

Vencido no mérito:



Min. Alexandre
de Moraes – Relator

Min. André
Mendonça – parcialmente

Min. Edson Fachin

Min. Roberto Barroso

Min. Rosa Weber

Min. Dias Toffoli

Min. Cármen Lúcia

Min. Ricardo Lewandowski

Min. Gilmar Mendes

Min. Luiz Fux – Presidente

Min. Nunes Marques

ENTENDA O CASO¹

Em fevereiro de 2021, o réu (parlamentar) foi preso em flagrante por divulgar vídeo com ofensas e ameaças a ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e em defesa de medidas antidemocráticas. A prisão foi decretada pelo ministro Alexandre de Moraes, em decisão monocrática, no âmbito do Inquérito (Inq) 4.781, que investigava notícias fraudulentas, denúncias caluniosas e ameaças ao Supremo. A decisão foi posteriormente confirmada, por unanimidade, pelo Plenário.

Em abril do referido ano, a Corte recebeu integralmente a denúncia.

No dia 20 de abril de 2022, o STF julgou parcialmente procedente a ação penal, condenando o parlamentar a 8 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelos crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito e coação no curso do processo. Para a maioria do Plenário, as declarações que motivaram a denúncia da Procuradoria-Geral da República (PGR) não foram apenas opiniões relacionadas ao mandato e, portanto, não estão protegidas pela imunidade parlamentar nem pela liberdade de expressão.

O relator da Ação Penal (AP) 1.044, ministro Alexandre de Moraes, afirmou que a PGR comprovou, por meio de vídeos e registros de sessões da Câmara dos Deputados e da audiência de instrução, a materialidade delitiva e a autoria criminosa das condutas relatadas pela acusação. “Em seu interrogatório, o réu confirma o teor das falas criminosas apontadas na denúncia, reafirmando as ameaças efetivamente proferidas”, salientou.

¹ Adaptação da notícia publicada no Portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=485660&ori=1>.

O ministro Nunes Marques, revisor da ação penal, divergiu do relator e votou pela improcedência da ação penal, por entender que o réu apenas fez duras críticas aos Poderes constitucionais, que, a seu ver, não constituem crime, nos termos do art. 359-T do Código Penal.

Ainda para o ministro revisor, as declarações estão protegidas pela imunidade parlamentar (art. 53, *caput*, da Constituição Federal). Na sua avaliação, o parlamentar, utilizando sua rede social para informar seus eleitores (e, portanto, em razão de seu mandato), expôs fatos que entendeu injustos. “É uma opinião com palavras chulas e desonrosas, mas não crime contra a segurança nacional”, disse.

O ministro Nunes Marques afirmou que, de acordo com a jurisprudência do Supremo, só há crime político quando houver lesão real ou potencial à soberania nacional e ao regime democrático, o que, segundo ele, não ocorreu no caso. Ele também não verificou, nos atos do parlamentar, ameaça ao curso do processo capaz de se concretizar.

O ministro André Mendonça divergiu apenas parcialmente do relator e votou pela condenação do réu apenas em relação ao crime de coação no curso do processo, propondo a pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 130 dias-multa. No entanto, absolveu o parlamentar das acusações de incitar a animosidade entre as Forças Armadas e o STF e pela suposta tentativa de impedir o livre exercício dos Poderes da União. Para ele, apesar do alto grau de reprovabilidade, a conduta não se enquadra no tipo penal atual.

FUNDAMENTOS

DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA FILOSOFIA POLÍTICA E NO DEBATE CONSTITUCIONAL ANGLO-AMERICANO

No que se refere à liberdade de expressão, um dos trabalhos clássicos sobre o tema é o livro *On Liberty*, de John Stuart Mill, publicado no ano de 1859. Nessa obra, Mill se apresenta como um árduo defensor da liberdade, que é apresentada como instrumento indispensável ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, em especial ao possibilitar a avaliação e contestação pública de todas as convenções sociais vigentes, dos dogmas religiosos e da concepção ética estabelecida em determinada época [...].

Em conhecida passagem de sua obra, o autor assevera, de forma enfática, que “se toda a humanidade menos uma pessoa compartilhasse uma mesma opinião, a humanidade não teria melhor justificativa para silenciar essa pessoa do que ela possuiria, caso pudesse, silenciar a humanidade inteira” [...].

Portanto, o autor defende, como questão de convicção ética, o direito de cada indivíduo à maior liberdade possível para a discussão de qualquer tipo de doutrina, por mais imoral ou perigosa que possa parecer ao bem-estar de determinada sociedade [...].

Para além da questão relativa à autonomia do indivíduo, Mill também elenca argumentos instrumentais ou utilitários que exercem forte influência na defesa da mais ampla liberdade de expressão.

De acordo com o filósofo inglês, a livre veiculação de ideais seria essencial para que os indivíduos e a sociedade pudessem

se aproximar da verdade, enquanto que o silenciamento constituiria uma prática perniciosa para a humanidade [...].

Isso porque a supressão do discurso faria com que opiniões verdadeiras fossem negligenciadas, causando prejuízos ao desenvolvimento civilizatório [...].

Por outro lado, mesmo nos casos de opiniões e pensamentos equivocados, a proibição da veiculação de ideias impediria a obtenção do benefício de reafirmação das ideias corretas que decorre da colisão entre elas [...].

No âmbito da teoria proposta pelo autor inglês, somente seria possível a realização de restrições à livre manifestação de ideias e pensamentos quando houver a incitação à prática de uma ação capaz de promover dano injustificado a terceiros [...].

A partir do exemplo apresentado pelo próprio Mill do manifestante que incita uma multidão faminta reunida em frente à casa de um produtor de grãos à prática de atos violentos, Owen Fiss destaca a necessidade, presente no pensamento do filósofo britânico, que o discurso a ser reprimido seja claramente calunioso e ilegal, devendo ainda possuir uma relação direta e imediata com o dano causado a terceiros [...].

É importante registrar que a teoria liberal e utilitarista da liberdade de expressão foi incorporada à jurisprudência constitucional dos Estados Unidos através da metáfora do livre mercado de ideias (*free market place of ideas*), que foi mencionada pela primeira vez no voto dissidente do Justice Oliver Wendell Holmes, da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Scotus*) no caso *Abrams v. United States*, julgado em 1919 [...].

A versão americana prevê que “o melhor teste para a verdade é o poder de aceitação através da competição no mercado” [...]. A ideia central é que, em uma sociedade democrática, a verdade e

a razão só podem ser obtidas se a todos for atribuído o direito de demonstrar e debater, racionalmente, o seu ponto de vista sem qualquer interferência estatal [...].

Registre-se que a noção de livre mercado de ideias tem sido utilizada para proteger principalmente discursos e opiniões que possuem conteúdo político, tal como se observa do precedente firmado no caso *New York Times v. Sullivan*, julgado em 1964 [...].

[...]

A lógica por trás desse e de outros precedentes é que o núcleo essencial da primeira emenda à Constituição norte-americana, que garante a liberdade de expressão, busca proteger discursos, matérias e opiniões críticas ao governo, de modo a possibilitar o livre convencimento individual e coletivo sobre os assuntos relativos ao Estado [...].

[...]

Embora não se ignore a importância e a relevância da teoria do livre mercado de ideias para tratar de inúmeras questões relativas à liberdade de expressão, em especial no que se refere à livre veiculação de ideias políticas, é possível apresentar algumas críticas ou lacunas dessa corrente de pensamento.

Nessa toada, a interpretação predominante na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, que exerce forte influência no Brasil, por vezes não oferece ferramentas adequadas para regular discursos de ódio ou antidemocráticos, tal como se observa dos precedentes estabelecidos no caso *Brandenburg vs. Ohio* [...], nos quais se declarou a constitucionalidade de manifestações de ódio contra negros e judeus e a inconstitucionalidade de lei que restringia o uso de símbolos que remetessem a práticas de discriminação racial.

Não é por outro motivo que Alvin Goldman e Daniel Baker afirmam que “a liberdade de expressão envolve trocas e balanceamentos entre o valor deste direito e os prejuízos que o discurso pode causar, de modo que nenhum país pode resolver essas trocas apenas a partir da proteção integral da liberdade” [...].

De modo semelhante, ao problematizar a teoria do livre mercado de ideias, Cass Sunstein assevera que “qualquer mercado exige critérios e regras claras. Nenhum mercado pode operar inteiramente livre.” [...].

Portanto, mesmo diante dessa ampla liberdade de manifestação do pensamento e da opinião, é possível estabelecer algumas hipóteses de regulação e limitação à liberdade de expressão. Com efeito, a jurisprudência constitucional norte-americana tem entendido que esse direito fundamental não abrange, por exemplo, os atos de pedofilia, a pornografia ou discursos que incitem a violência (*fighting words*). Também não se encontra abrangida por esse direito fundamental textos, opiniões ou palavras de difamações dolosas (denominada de *actual malice* pela jurisprudência norte-americana [...]).

A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos também tem entendido pela possibilidade de restrições à liberdade de expressão nos casos em que o discurso apresentar o potencial de caracterizar um perigo claro e iminente (*clear and present danger*) ao bem público.

De acordo com Martin Shapiro, o perigo claro e iminente da jurisprudência norte-americana demanda a existência de uma ameaça que interfira de forma imediata e significativa sobre o sistema jurídico e o regime democrático [...].

[...]

Nessa perspectiva, discursos de incitação à sabotagem ou à violência que preencham os requisitos de perigo claro e iminente são proibidos e podem ser legalmente restringidos, inclusive através da aplicação da lei penal, sendo importante destacar que as circunstâncias e o objetivo do discurso são relevantes para a análise de adequação da resposta estatal [...].

[...]

Em suma, embora se defenda, no âmbito da filosofia política e da teoria constitucional anglo-americana, um amplo espaço de proteção à liberdade de expressão, que é considerada por muitos como um direito preferencial, é possível vislumbrar restrições à livre manifestações de ideias, inclusive mediante aplicação da lei penal, nos seguintes casos: a) em atos, discursos ou ações que envolvam a pedofilia; b) nos casos de discursos que incitem a violência (*fighting words*); c) quando se tratar de discurso com intuito manifestamente difamatório, de forma dolosa (*actual malice*); d) em manifestações capazes de causar um perigo claro e iminente ao sistema jurídico, ao regime democrático ou ao bem público (*clear and presente danger*).

AUTODEFESA DA DEMOCRACIA SE SOBREPÕE AO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Quando o agente ataca, como no caso, a própria existência desta Suprema Corte, enquanto instituição, não há dúvidas de que ele se expõe, como efeito imediato dos mecanismos de autodefesa da democracia, à censura penal do Estado.

Não está em jogo, aqui, a simples proteção dos Juízes do Supremo Tribunal Federal, enquanto integrantes transitórios da Corte, mas, sim, a defesa do próprio Estado Democrático de Direito, cuja existência é posta em risco quando se busca,

mediante o uso da palavra, minar a independência do Poder Judiciário e, mais do que isso, a própria existência de instituição constitucionalmente concebida como o último refúgio de tutela das liberdades públicas.

[...]

Afigura-se legítima e necessária, portanto, a tutela do Estado de Direito mediante o emprego do Direito Penal contra atos comunicativos, enquanto legítima expressão daquilo que se convencionou chamar, no direito alienígena, de “democracia combativa”, ou seja, uma democracia dotada de instrumentos de autodefesa contra aqueles “que se valem dos mecanismos constitucionais e democráticos para destruir, de dentro, a Constituição e a democracia” [...].

[...]

[...] o material documentado nos autos revela comportamento destoante daquele que se espera de uma autoridade pública que, por um lado, ascende ao cargo eletivo pelas vias democráticas e, noutro vértice, passa a utilizar a representação popular como instrumento de fragilização e pretensa aniquilação das instituições constituídas.

Ao publicar, na condição de representante eleito, conteúdo propagando regozijo com situação hipotética de ataque até mesmo físico contra integrantes de um Poder constituído da República e de destituição de seus membros por vias que não as legitimamente instituídas, o parlamentar incorre em prática, consciente e voluntária, de ato atentatório ao próprio regime democrático no qual está inserido.

Como assentei por ocasião do julgamento da ADPF 572, no qual analisada a constitucionalidade do ato inaugural do Inquérito 4.781, “o resguardo da existência dos Poderes constituídos é

vetor nuclear da República Federativa do Brasil, que, na falta de qualquer deles, terá tolhida sua condição jurídica elementar, encartada já no artigo inaugural de nossa Carta fundante, a saber, a de se constituir em Estado Democrático de Direito.”

Ali, referindo-me à desinformação digital e à potencialidade de sua utilização como instrumento de desestabilização democrática do país, pontuei, com muito desalento, que “agora nos vemos às voltas com ataques sistemáticos, que em absoluto se circunscrevem a críticas e divergências abarcadas no direito de livre expressão e manifestação assegurados constitucionalmente, traduzindo, antes, ameaças destrutivas às instituições e seus membros, com a intenção de desmoralizá-las, assim influenciando na própria conformação dos valores mais caros a uma sociedade democrática.”

O fenômeno social identificado revela aspiração, tão pretensiosa quanto nefasta, de fragilizar a missão de intérprete e guardião da Constituição conferida a este Supremo Tribunal Federal pelo texto constitucional e – qual praga de hábitos subterrâneos a atacar raízes e estruturas fundantes da vegetação de nosso relevo institucional – de corroer os alicerces da própria democracia.

LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão, porém, não é absoluta. Aliás, a concepção de liberdade discursiva irrestrita – tal como defendida pela Defesa – nunca mereceu qualquer consideração mesmo entre expoentes do pensamento liberal, a exemplo de LOCKE e RAWLS, e reconhecê-la implicaria a própria negação de qualquer possibilidade de convivência em sociedade, degenerando-se o atual estágio civilizatório em um campo de total arbítrio.

Assim, convém deixar claro, desde logo, o seguinte ponto: não há liberdade de expressão quando o seu exercício puder resultar no próprio extermínio da liberdade de expressão. Resgato, no particular, a advertência de Munhoz Netto: “O Estado não pode tolerar, sem negar-se a si próprio, a atividade dos que, valendo-se das liberdades que ele assegura, queiram terminar com a própria liberdade” [...].

[...]

Na realidade, a questão que se mostra contenciosa, no plano doutrinário, consiste na indagação sobre qual o limite à criminalização de discursos. Sendo inquestionável a existência de limites à liberdade de expressão, o problema reside, portanto, na pesquisa do limite dos limites.

Sem embargo, no caso concreto, esse problema (do limite dos limites) – identificado na literatura jurídica alemã e normalmente equacionado com recurso ao princípio da proporcionalidade – não se põe, uma vez que as investidas criminosas e antidemocráticas do acusado sequer se ajustam ao âmbito de proteção da garantia fundamental em apreço. É que a participação no debate público, *in casu*, foi utilizado pelo réu apenas como subterfúgio para a promoção de virulentos ataques não apenas aos juízes desta Corte, mas, sobretudo, aos pilares da democracia, expresso em sua tentativa de corroer os alicerces do Estado de Direito, a partir da apologia de ações voltadas a inviabilizar a própria existência deste Tribunal.

[...]

É certo que em tais casos, não basta, à higidez da repressão penal a atos comunicativos, que (i) esteja ela devidamente prevista em leis formalmente válidas e (ii) atenda a fins constitucionalmente legítimos. É essencial, ainda, que (iii) a pretendida interferência do Estado no livre tráfego de ideias traduza, ao ser aplicada ao

caso concreto, uma resposta necessária à preservação de uma sociedade democrática e plural. Se é assim, forçoso assinalar que, quando o agente ataca, como no caso, a própria existência desta Suprema Corte, enquanto instituição, não há dúvidas de que ele se expõe, como efeito imediato dos mecanismos de autodefesa da democracia, à censura penal do Estado.

[...]

Em suma: no livre mercado de ideias – para usarmos a concepção de JOHN STUART MILL consagrada na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos – alguns conteúdos simplesmente não podem ser negociados.

SÍNTESE DAS QUESTÕES ATINENTES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL

De todo o que foi amplamente exposto nos tópicos anteriores, é possível concluir que:

I – a proteção à liberdade de expressão, que é considerada por muitos como um direito preferencial, deve ser protegida de forma ampla no direito constitucional brasileiro, mas não alcança a prática de ilícitos nas seguintes hipóteses:

I.1 – nos casos de discursos que incitem a violência (*Fighting words*);

I.2 – quando se tratar de discurso doloso (*actual malice*) com intuito manifestamente difamatório, de juízos depreciativos de mero valor, de injúria em razão da forma ou de crítica aviltante;

I.3 – em manifestações capazes de causar um perigo claro e iminente (*clear and presente danger*) ao sistema jurídico, ao regime democrático ou ao bem público, ou seja, de manifesta-

ções claramente antidemocráticas e contrárias à ordem constitucional estabelecida.

II – a imunidade parlamentar, que deve ser compreendida de forma extensiva para a garantia do adequado desempenho de mandatos atribuídos aos representantes eleitos do povo, não alcança os atos que sejam praticados:

II.1 – sem claro nexo de vinculação ou implicação recíproca com o desempenho das funções parlamentares (teoria funcional);

II.2 – nos casos em que for utilizada para a prática de abusos, usos criminosos, fraudulentos ou ardilosos, para incitar a prática de delitos ou para atacar a própria democracia ou o sistema representativo para o qual foi idealizada.

INEXISTÊNCIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E NÃO INCIDÊNCIA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR PREVISTA NO ART. 53, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

[...] não prospera a alegação da Defesa no sentido de que as declarações do réu estariam, independente da incidência ou não da imunidade parlamentar material, abarcadas pela liberdade de expressão, prevista no art. 5º, IV e IX, da CF/88. Isso porque essa CORTE SUPREMA em diversas ocasiões reafirmou que o discurso antidemocrático e de ódio não está abarcado pela liberdade de expressão.

A previsão constitucional do Estado Democrático de Direito consagra a obrigatoriedade do País ser regido por normas democráticas, com observância da Separação de Poderes, bem como vincula a todos, especialmente as autoridades públicas, ao absoluto respeito aos direitos e garantias fundamentais, com

a finalidade de afastamento de qualquer tendência ao autoritarismo e concentração de poder.

A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, arts. 5º, XLIV; 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando o rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais Separação de Poderes (CF, art. 60, § 4º), com a consequente, instalação do arbítrio.

A liberdade de expressão e o pluralismo de ideias são valores estruturantes 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.

Dessa maneira, tanto são inconstitucionais as condutas e manifestações que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático; quanto aquelas que pretendam destruí-lo, juntamente com suas instituições republicanas; pregando a violência, o arbítrio, o desrespeito à Separação de Poderes e aos direitos fundamentais, em suma, pleiteando a tirania, o arbítrio, a violência e a quebra dos princípios republicanos [...].

[...]

Na presente hipótese, é fato incontroverso que as palavras, as opiniões, as expressões trazidas na denúncia pela Procuradoria-Geral da República foram proferidas fora do recinto parlamentar e sem a presença dos requisitos imprescindíveis para caracterização da inviolabilidade constitucional: (a) “nexo de

implicação recíproca” e (b) “parâmetros ligados à própria finalidade da liberdade de expressão qualificada do parlamentar”.

[...]

A jurisprudência desta CORTE, portanto, é pacífica no sentido de que a garantia constitucional da imunidade parlamentar material somente incide no caso de as manifestações guardarem conexão com o desempenho da função legislativa ou que sejam proferidas em razão desta, não sendo possível utilizá-la como verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas [...].

DOCTRINA CITADA

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Inviolabilidade parlamentar**. São Paulo: FDUSP, 2018. p. 23-43.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 2, p. 41/42.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Introduzione al diritto costituzionale comparato**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1970. p. 303-305.

FISS, Owen. A freedom both personal and political. *In*: MILL, John Stuart. **On liberty**. New Haven: Yale University Press, c2003. p. 181, p. 187-188, p. 191.

FISS, Owen. **The irony of free speech**. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 20.

GOLDMAN, Alvin I.; BAKER, Daniel. Free speech, fake news, and democracy. **First Amendment Law Review**, v. 18, n. 1, p. 68, p. 86-87, 2019. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1283&context=falr>. Acesso em: 23 fev. 2023.

JOBIM, Nelson. **Relatoria da revisão constitucional**: pareceres produzidos: histórico n. 1 a 81. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994. v.1.

KOMMERS, Donald P. The jurisprudence of free speech in the United States and the Federal Republic of Germany. **Sourther California Law Review**, v. 53, n. 2, p. 666-668, Jan. 1980. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1573&context=law_faculty_scholarship&httpsredir=1&referer=. Acesso em: 23 fev. 2023.

KROTOSYNSKI JR, Ronald. A comparative perspective of the First Amendment: free speech, militant democracy, and the primacy of dignity as a preferred constitutional value in Germany. **Tulane Law Review**, v. 78, n. 5, p. 1592. Disponível em: https://scholarship.law.ua.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1216&context=fac_articles. Acesso em: 23 fev. 2023.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Parecer – Defesa do Estado de direito por meio do direito penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 29, n. 182, p. 385-458, ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-lsn-alaor-teixeira.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

MILL, John Stuart. **On liberty**. New Haven: Yale University Press, c2003. p. 86-87, p. 122.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de direito e segurança nacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 19, p. 161-183, 1979. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8829/6139>. Acesso em: 23 fev. 2023.

SHAPIRO, Martin. **Freedom of speech**: the Supreme Court and judicial review. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1966. p. 48-49.

SUNSTEIN, Cass R. Falsehoods and the First Amendment. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 33, n. 2, p. 388-426, Spring 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3426765_code647786.pdf?abstractid=3426765&mirid=1.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da AP 1.044
2. *Podcast* “Supremo na Semana” #EP29
3. Vídeos do julgamento

Vídeo 1

Vídeo 2

LIBERDADE DE CULTO

Estados e Municípios podem restringir, temporariamente, atividades religiosas coletivas presenciais a fim de evitar a proliferação da pandemia da Covid-19.

[ADPF 811, rel. min. Gilmar Mendes, j. 8-4-2021, P, DJE de 25-6-2021.]

RESUMO

É compatível com a Constituição Federal a imposição de restrições à realização de cultos, missas e demais atividades religiosas presenciais de caráter coletivo como medida de contenção do avanço da pandemia da Covid-19.



Liberdade religiosa: garantia individual prevista por **declarações de direitos** do século 18

Dimensões da liberdade religiosa: **interna** (*forum internum*) e **externa** (*forum externum*)

A LIBERDADE RELIGIOSA NÃO É ABSOLUTA

Constitucionalidade formal do decreto

- **Todos os entes federados** têm **competência** para legislar e adotar medidas sanitárias voltadas ao enfrentamento da pandemia da Covid-19

Constitucionalidade material do decreto

- as medidas resultaram de análises técnicas relativas ao **risco ambiental** de **contágio** pela Covid-19
- **necessidade** de **preservar** a capacidade de **atendimento** da rede de serviço de **saúde pública**
- **norma** revelou-se **adequada, necessária** e **proporcional** para o combate do grave quadro de contaminação



9 X 2

Vencedores no mérito:



Min. **Gilmar Mendes** – Relator

Min. **Alexandre de Moraes**

Min. **Edson Fachin**

Min. **Roberto Barroso**

Min. **Rosa Weber**

Min. **Cármem Lúcia**

Min. **Ricardo Lewandowski**

Min. **Marco Aurélio**

Min. **Luiz Fux** – Presidente

Vencidos no mérito:

Min. **Nunes Marques**

Min. **Dias Toffoli**

FUNDAMENTOS

LIBERDADE RELIGIOSA: GARANTIA INDIVIDUAL PREVISTA POR DECLARAÇÕES DE DIREITOS DO SÉCULO 18

A liberdade de crença e de culto, usualmente caracterizada apenas pela fórmula genérica “liberdade religiosa”, constitui uma das primeiras garantias individuais albergadas pelas declarações de direitos do século XVIII que alcançaram a condição de direito humano e fundamental (SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 337).

No direito internacional, no período pós Segunda Guerra Mundial, e seguindo tradição iniciada com o Tratado de Paz de Vestfália, de 1648, a liberdade religiosa acabou prevista em diversos instrumentos firmados entre os países. Trata-se de consagração que representa importante conquista no âmbito dos direitos humanos (MACHADO, Jónatas E.M. “A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa”. *In: Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXXXII, 2006, p. 67).

Nesse aspecto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, preceitua, em seu art. 18, que “toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião”, sendo que “este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos”.

[...] o art. 12 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que já explicita, inclusive, o direito de pais e tutores a que seus filhos ou pupilos recebam educação religiosa, de acordo com suas próprias convicções.

DIMENSÕES DA LIBERDADE RELIGIOSA: INTERNA (*FORUM INTERNUM*) E EXTERNA (*FORUM EXTERNUM*)

Sob a dimensão interna, a liberdade de consciência não se esgota no aspecto religioso, mas nele encontra expressão concreta de marcado relevo. Por outro lado, na dimensão externa, o texto constitucional brasileiro alberga a liberdade de crença, de aderir a alguma religião e a liberdade do exercício do culto respectivo. A CF, no entanto, autoriza a restrição relativa dessa liberdade ao prever cláusula de reserva legal para o exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI, da CF).

[...]

Aqui é importante que se diga: a Constituição Federal de 1988 não alberga tão somente a proteção da fé cristã.

[...]

[...] a doutrina estrangeira recorrentemente parte de uma interpretação do supracitado art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos para assentar uma subclassificação das dimensões do direito fundamental à liberdade religiosa.

Reconhece-se a existência de uma dimensão interna (*forum internum*) e de uma dimensão externa (*forum externum*) desse direito. O *forum internum* consiste na liberdade espiritual íntima de formar a sua crença, a sua ideologia ou a sua consciência, enquanto o *forum externum* diz respeito mais propriamente à liberdade de confissão e à liberdade de culto. Como destacado por LOTHAR MICHAEL & MARTIN MORLOK, nessa dimensão externa da liberdade religiosa, “a proteção jurídico-constitucional da liberdade de culto não se limita à fé religiosa como pura ‘questão privada’, mas comprova-se precisamente quando a fé é vivida publicamente, encontrando por isso resistências sociais

ou legais” (MICHAEL, Lothar e MORLOK, Martin. Direitos Fundamentais. São Paulo: IDP/Saraiva, 2016, p. 194-195.).

[...]

Como destacado pelo Professor MARK HILL QC, um dos mais renomados acadêmicos de Direito Constitucional da Religião no continente europeu, “o aspecto interno do direito à liberdade de pensamento, consciência e religião – é um direito absoluto tal que não pode ser restringido, enquanto que o aspecto externo o direito a manifestar uma religião ou crença no culto, ensino, prática e observância, está sujeito às limitações expressas na parte 2 do próprio art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que prescreve que a liberdade de manifestar a sua religião ou crenças está sujeita às limitações prescritas em lei” (HILL QC, Mark. Coronavirus and the Curtailment of Religious Liberty. *Laws*, v. 9, 4, 2020, p. 3-4, disponível em: <https://doi.org/10.3390/laws9040027>.).

Essa interpretação, por assim dizer, disjuntiva do direito fundamental à liberdade religiosa tem guiado os debates constitucionais recentes em torno das restrições impostas durante a pandemia do novo Coronavírus.

Em importante artigo sobre o tema, o professor PIOTR MAZURKIEWICZ avalia que “no contexto de uma pandemia, a questão da possibilidade de impor restrições ao exercício do direito à liberdade religiosa por parte do Estado torna-se particularmente importante”. De acordo com o acadêmico, no sentido técnico, “não é o direito à liberdade religiosa que está sujeito a restrições, mas a forma como o direito é exercido. Por conseguinte, pode-se dizer que o direito à liberdade religiosa é absoluto na dimensão interna (*forum internum*) e limitado na forma de expressão externa (*forum externum*)” (MAZURKIEWICZ, Piotr. *Religious Freedom in the Time of the Pandemic. Religions*, v. 12, 2, 2021, p 16.).

Embora advinda da interpretação das fontes supranacionais dos Direitos Humanos, esse reconhecimento da dúplici dimensão do direito à liberdade religiosa é albergado no texto da Constituição Federal de 1988. Tanto as liberdades de consciência quanto as de religião e de exercício de culto foram reconhecidas pelo constituinte. Conquanto uma e outra se aproximem em vários aspectos, não se confundem entre si.

Sob a dimensão interna, a liberdade de consciência está prevista no art. 5º, VI, da Constituição e não se esgota no aspecto religioso, mas nele encontra expressão concreta de marcado relevo. Nesse sentido é referida também no inciso VIII do art. 5º da CF.

Por outro lado, na dimensão externa, o texto constitucional brasileiro alberga a liberdade de crença, de aderir a alguma religião, e a liberdade do exercício do culto respectivo. As liturgias e os locais de culto são protegidos nos termos da lei, a qual deve proteger os templos e não deve interferir nas liturgias, a não ser que assim o imponha algum valor constitucional concorrente de maior peso na hipótese considerada. Os logradouros públicos não são, por natureza, locais de culto, mas a manifestação religiosa pode ocorrer ali, protegida pelo direito de reunião, com as limitações respectivas.

A LIBERDADE RELIGIOSA NÃO É ABSOLUTA

A dimensão do direito à liberdade religiosa (art. 5º, VI, da CF/1988) que reclama proteção jurídica na ADPF afasta-se do núcleo de liberdade de consciência (*forum internum*) e aproxima-se da proteção constitucionalmente conferida à liberdade do exercício de cultos em coletividade (*forum externum*). Sob a dimensão interna, a liberdade de consciência não se esgota no aspecto religioso, mas nele encontra expressão concreta de

marcado relevo. Por outro lado, na dimensão externa, o texto constitucional brasileiro alberga a liberdade de crença, de aderir a alguma religião e a liberdade do exercício do culto respectivo. A CF, no entanto, autoriza a restrição relativa dessa liberdade ao prever cláusula de reserva legal para o exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI, da CF).

Após a declaração da pandemia mundial do novo Coronavírus pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 11 de março de 2020, diversos países passaram a adotar proibições ou restrições ao exercício de atividades religiosas coletivas. Com variações de intensidade e de horizonte temporal, essas medidas ora consistiam na proibição total da realização de cultos, ora na fixação de diretrizes intermediárias ao funcionamento das casas religiosas. As restrições ao funcionamento das casas de cultos foram impulsionadas por eventos de supercontaminação identificados em diversas regiões do mundo. Colhe-se do Direito Comparado decisões de Cortes Constitucionais que reconhecem a constitucionalidade das restrições às atividades religiosas coletivas presenciais durante a pandemia do novo Coronavírus.

[...]

Corroborando a tese de que há uma possibilidade de restrição relativa do direito à liberdade religiosa em sua dimensão externa (*forum externum*), é digno de destaque que o constituinte de 1988, ao prescrever o direito de liberdade religiosa, estabeleceu inequívoca reserva de lei ao exercício dos cultos religiosos.

Nesse sentido, o inciso VI do art. 5º assegura “o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei”. Essa reserva legal, por si só, afasta qualquer compreensão no sentido de afirmar-se que a liberdade de realização de cultos coletivos seria absoluta. Como já tive a oportunidade de esclarecer em âmbito doutrinário, a lei deve proteger os templos e não deve interferir nas liturgias, “a não ser que assim o imponha algum valor

constitucional concorrente de maior peso na hipótese considerada” (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª Edição. São Paulo: IDP/Saraiva, 2020, p. 323.).

CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO DECRETO

[...] todos os entes federados têm competência para legislar e adotar medidas sanitárias voltadas ao enfrentamento da pandemia de Covid-19.

Sob o prisma da constitucionalidade formal, cumpre mais uma vez enfrentar a alegação de que o exercício da competência material comum da União, dos Estados e dos Municípios para adotar medidas de saúde (arts. 23, inciso II, e art. 30, inciso VII) não autorizaria a edição da norma impugnada.

Já nos primeiros meses do surto endêmico, o Supremo Tribunal Federal proferiu importantes decisões sobre o tema. Em abril de 2020, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341, de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, redator do acórdão Ministro Edson Fachin, assentou-se de forma clara e direta que todos os entes federados têm competência para legislar e adotar medidas sanitárias voltadas ao enfrentamento da pandemia de Covid-19.²

Assim o fez o STF levando em consideração pretensões do governo federal de obstar a que os Estados e Municípios adotassem uma das poucas medidas que, por comprovação científica revela-se capaz de promover o achatamento da curva de

² **ADI 6.341 MC REF**, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Edson Fachin, j. 15-4-2020, P, DJE de 12-11-2020.

contágio do Coronavírus, qual seja o *lockdown* – talvez a única disponível num contexto de falta de vacinas.

A pretendida obstrução em desfavor dos entes subnacionais seria realizada mediante uma concentração, na figura do Presidente da República, da definição de atividade essencial. Contra ela, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o dever de todos os entes políticos na promoção da saúde pública. De forma coerente ao federalismo cooperativo, adotado na Constituição de 1988, assentou a competência dos Estados e dos Municípios, ao lado da União, para adotarem medidas sanitárias direcionadas a enfrentar a pandemia [...].

CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO DECRETO

Sob o prisma da constitucionalidade material, as medidas impostas pelo Decreto estadual resultaram de análises técnicas relativas ao risco ambiental de contágio pela Covid-19 conforme o setor econômico e social, bem como de acordo com a necessidade de preservar a capacidade de atendimento da rede de serviço de saúde pública. A norma revelou-se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para o combate do grave quadro de contaminação que antecedeu a sua edição.

[...]

No contexto de uma pandemia das dimensões como a que ora vivenciamos, as controvérsias sobre os limites da juridicidade de restrições ao exercício de direitos fundamentais tornam-se tônicas dos debates constitucionais. As medidas de distanciamento social, a restrição à locomoção e a proibição de reuniões públicas recorrentemente suscitam o questionamento sobre a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais em jogo.

A principal pergunta que se coloca é, afinal, em que medida o valor normativo atribuído ao direito fundamental à vida e à saúde, cuja proteção historicamente é invocada para justificar restrições desse nível, pode acomodar limitações, por vezes, tão drásticas às liberdades individuais e coletivas. Aqui, temos o claro agravamento de uma problemática ínsita à solução dos conflitos entre direitos fundamentais: a incomensurabilidade das posições em questão.

Se, por um lado, essa ordem de ideias obsta que se confira peso máximo ao direito à liberdade religiosa, de modo a justificar a criação de espaços imunes às regras de restrição de circulação de pessoas voltadas ao combate da pandemia; por outro lado, ainda não explica se e até que ponto o poder público pode lançar mão de medidas restritivas à guisa de cumprir o dever inscrito no art. 196 da CF/88, a tutela da saúde.

[...]

[...] é possível afirmar que há razoável consenso na comunidade científica no sentido de que os riscos de contaminação decorrentes de atividades religiosas coletivas são superiores ao de outras atividades econômicas, mesmo aquelas realizadas em ambientes fechados.

Essa noção geral sobre o elevado risco de contaminação das atividades religiosas coletivas presenciais foi complementada por um exame de fatos e prognoses subjacente à edição do Decreto Estadual de São Paulo.

Sobre esse ponto, observa-se que a norma impugnada, em seus considerandos, busca justificar que as medidas impostas foram resultantes de análises técnicas relativas ao risco ambiental de contágio pela Covid-19 conforme o setor econômico e social, bem como de acordo com a necessidade de preservar a capacidade de atendimento da rede de serviço de saúde pública.

DOCTRINA CITADA

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. 871 p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. 165 p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts: *JUS* 1989, S.161-172. *In*: GRIGOLEIT, Hans Christoph; NEUNER, Jörg (ed.). **Claus-Wilhelm Canaris, Gesammelte Schriften**. Berlin, Boston: De Gruyter, 2012. p. 819-850.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 47.

HILL, Mark. Coronavirus and the curtailment of religious liberty. **Laws**, v. 9, n. 4, p. 3-4, 2020. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2075-471X/9/4/27/pdf?version=1607327938>. Acesso em: 24 fev. 2023.

MACHADO, Jónatas E. M. A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 82, p. 67, 2006.

MAZURKIEWICZ, Piotr. Religious freedom in the time of the pandemic. **Religions**, v. 12, n. 2, p. 16, 2021. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2077-1444/12/2/103/pdf?version=1612358786>. Acesso em: 24 fev. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 323.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 194-195.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 337.

SCHNEIDER, Peter *et al.* **Prinzipien der Verfassungsinterpretation Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht**. Berlin: de Gruyter, 1963. p. 77. (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer).

WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. **North Carolina Law Review**, v. 80, n. 3, p. 773-852, 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=3980&context=nclr>. Acesso em: 24 fev. 2023.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADPF 811
2. *Amicus curiae*

DIREITO AO ESQUECIMENTO

É incompatível com a Constituição
a ideia de um direito ao
esquecimento.

[RE 1.010.606, rel. min. Dias Toffoli, j. 11-2-2021, P, DJE de
20-5-2021, Tema 786.]

É incompatível com a Constituição 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.



Incompatível com a Constituição

Viola a liberdade de expressão

Restringe a manifestação de pensamento

DIREITO AO ESQUECIMENTO

Limita o direito de **informação** da coletividade

- a respeito de fatos relevantes da história social

Afeta a **harmonia** do exercício da **liberdade de expressão** com outros direitos



7 X 3

Vencedores no mérito:



Min. Dias
Toffoli – Relator

Min. Alexandre de Moraes

Min. Rosa Weber

Min. Cármen Lúcia

Min. Ricardo Lewandowski

Min. Marco Aurélio

Min. Luiz Fux – Presidente

**Vencidos parcialmente
no mérito:**

Min. Nunes Marques

Min. Edson Fachin

Min. Gilmar Mendes

Afirmou suspeição:

Min. Roberto Barroso

FUNDAMENTOS

CONCEITO DE DIREITO AO ESQUECIMENTO

[...] é pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtual, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.

AUSÊNCIA DE UM DIREITO FUNDAMENTAL AO ESQUECIMENTO

O ordenamento jurídico brasileiro possui expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações, em circunstâncias que não configuram, todavia, a pretensão ao direito ao esquecimento. Elas se relacionam com o efeito temporal, mas não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado, de modo que eventuais notícias sobre esses sujeitos – publicadas ao tempo em que os dados e as informações estiveram acessíveis – não são alcançadas pelo efeito de ocultamento. Elas permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido, a seu tempo, lícitamente obtidos e tratados. Isso porque a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar uma publicação ou um dado nela contido de lícito para ilícito.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO VIOLA O DIREITO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

[...] a previsão ou aplicação do direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. A existência de um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar prevista em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial.

[...] admitir um direito ao esquecimento seria uma restrição excessiva e peremptória às liberdades de expressão e de manifestação de pensamento e ao direito que todo cidadão tem de se manter informado a respeito de fatos relevantes da história social. Ademais, tal possibilidade equivaleria a atribuir, de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibiliza com a ideia de unidade da Constituição.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DEVE SER EXERCIDA EM HARMONIA COM OS DEMAIS DIREITOS E VALORES CONSTITUCIONAIS

[...] a manifestação do pensamento, por mais relevante que seja, não deve respaldar a alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação. Essas situações representam o exercício abusivo desse direito, por atentarem sobretudo contra o princípio democrático, que compreende o equilíbrio dinâmico entre as opiniões contrárias, o pluralismo, o respeito às diferenças e a tolerância.

[...]

A liberdade de expressão protege não apenas aquele que comunica, mas também a todos os que podem dele receber informações ou com ele partilhar os pensamentos.

A ponderação, assim, na pretensão ao direito ao esquecimento não se faz apenas entre o interesse do comunicante, de um lado, e o do indivíduo que pretende ver tornados privados dados ou fatos de sua vida, de outro. Envolve toda a coletividade, que poderá ser privada de conhecer os fatos em toda a sua amplitude.

[...]

[...] o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de previsões constitucionais e legais voltadas à proteção da personalidade, aí inserida a proteção aos dados pessoais, com repertório jurídico suficiente a que essa norma fundamental se efetive em consagração à dignidade humana.

Em todas essas situações legalmente definidas, é cabível a restrição, em alguma medida, à liberdade de expressão, sempre que afetados outros direitos fundamentais, mas não como decorrência de um pretense e prévio direito de ver dissociados fatos ou dados por alegada descontextualização das informações em que inseridos, por força da passagem do tempo.

DOCTRINA CITADA

ALMEIDA, José Luiz Gavião de *et al.* A identidade pessoal como direito fundamental da pessoa humana e algumas de suas manifestações na ordem jurídica brasileira. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 33-70, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/371/348>. Acesso em: 24 fev. 2023.

BERTONI, Eduardo. The right to be forgotten: an insult to Latin America history. **The Huffington Post**, Nova York, 24 nov. 2014. Disponível em: https://www.huffpost.com/entry/the-right-to-beforgotten_b_5870664. Acesso em: 24 fev. 2023.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **civilistica.com**, v. 2, n. 3, p. 1-17, 14 out. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/113/83>. Acesso em: 24 fev. 2023.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. *In*: CUNHA, Sérgio Sêrvulo da; GRAU, Eros Roberto (org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Restrições de direitos fundamentais: conceitos, espécies e método de resolução. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **O direito ao esquecimento**. São Paulo: Novo Século, 2017. 192 p. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%207.pdf?d=636680444556135606>. Acesso em: 24 fev. 2023.

MAYERSCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**: the virtue of forgetting in the digital age. Princeton University Press, 2011. 272 p.

MAURMO, Julia Gomes Pereira. O direito ao esquecimento sob a perspectiva da saúde individual. **Revista Internacional Consinter de Direito**, v. 4, n. 6, p. 81-97, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/wp-content/uploads/2018/07/ano-iv-numero-vi-o-direito-ao-esquecimento-sob-a-perspectiva-da-saude-individual.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2023.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Direito ao esquecimento**: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 397 p.

KOOPS, Bert-Jaap. Forgetting footprints, shunning shadows: a critical analysis of the ‘right to be forgotten’ in a Big Data practice. **SCRIPTed**, v. 8, n. 3, p. 229-256, Dec. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1986719_code797387.pdf?abstractid=1986719&mirid=1. Acesso em: 24 fev. 2023.

PINHEIRO, Denise. **A liberdade de expressão e o passado**: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento. Orientador: João dos Passos Martins Neto. 2016. 287 p. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 fev. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. 236 p.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão do RE 1.010.606

2. Audiência pública nº 22

Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou seus familiares

2.1 Despacho convocatório

2.2 *Obra Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática – Direito ao Esquecimento*

2.3 Transcrição da audiência

3. *Amicus curiae*

RECUSA DOS PAIS À VACINAÇÃO COMPULSÓRIA DE FILHO MENOR POR MOTIVO DE CONVICÇÃO FILOSÓFICA

É constitucional a obrigatoriedade
de imunização por meio de vacina.

[**ARE 1.267.879**, rel. min. Roberto Barroso, j. 17-12-2020, P,
DJE de 8-4-2021, Tema 1.103.]

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.



Liberdade de consciência
é **ponderada** com a
defesa da vida e da saúde

Ilegítima recusa vacinal

dos pais por motivo de
convicção filosófica

Legítimo caráter compulsório de vacina

- com registro em **órgão de vigilância sanitária**
- com **consenso médico-científico**

VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Estado pode **proteger** as
pessoas contra a sua vontade

Proteção de toda a sociedade –
imunização coletiva

Poder familiar não autoriza
que a saúde dos filhos seja
posta em risco



11 X 0

Vencedores no mérito:



Min. **Roberto Barroso** – Relator

Min. **Ricardo Lewandowski**

Min. **Nunes Marques**

Min. **Alexandre de Moraes**

Min. **Edson Fachin**

Min. **Rosa Weber**

Min. **Dias Toffoli**

Min. **Cármem Lúcia**

Min. **Gilmar Mendes**

Min. **Marco Aurélio**

Min. **Luiz Fux** – Presidente

FUNDAMENTOS

MOVIMENTO CONTRÁRIO À APLICAÇÃO DE VACINAS³

A tentativa de compatibilizar a imposição de medidas de proteção a doenças infectocontagiosas com o exercício dos direitos fundamentais à liberdade de crença e de convicção religiosa tem sido objeto de debate na doutrina constitucional comparada.

Em período recente, a discussão tem sido ressignificada pelo recrudescimento mundial dos movimentos antivacina. Em 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) considerou o “medo de vacina” como uma entre as 10 maiores ameaças à saúde, tendo sido apontado como um dos problemas que mais poderia causar vítimas no ano de 2020. Destacam-se as considerações da OMS a respeito:

“A hesitação em vacinar – a relutância ou recusa em vacinar apesar da disponibilidade de vacinas – ameaça reverter o progresso feito no combate a doenças preveníveis por vacinação. A vacinação é uma das formas mais econômicas de evitar doenças – atualmente previne 2-3 milhões de mortes por ano, e outros 1,5 milhões poderiam ser evitados se a cobertura global das vacinas melhorasse.

[...]

As razões pelas quais as pessoas optam por não vacinar são complexas; um grupo consultivo de vacinas da OMS identificou complacência, inconveniência no acesso às vacinas e falta de confiança são razões-chave subjacentes à hesitação.”

³ Fundamento selecionado da ADI 6.586, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-12-2020, P, DJE de 7-4-2021, julgada em conjunto com o ARE 1.267.879.

LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA: ILEGÍTIMA A RECUSA DOS PAIS À VACINAÇÃO COMPULSÓRIA DE FILHO MENOR POR MOTIVO DE CONVICÇÃO FILOSÓFICA

A liberdade de consciência é protegida constitucionalmente (art. 5º, VI e VIII) e se expressa no direito que toda pessoa tem de fazer suas escolhas existenciais e de viver o seu próprio ideal de vida boa. É senso comum, porém, que nenhum direito é absoluto, encontrando seus limites em outros direitos e valores constitucionais. No caso em exame, a liberdade de consciência precisa ser ponderada com a defesa da vida e da saúde de todos (arts. 5º e 196), bem como com a proteção prioritária da criança e do adolescente (art. 227).

Impõe-se [...] a distinção entre a objeção de consciência levantada por um adulto em relação aos tratamentos a que ele próprio tenha que se submeter, de um lado, e, de outro lado, a oposição desse mesmo adulto a uma providência médica essencial à saúde ou à vida de um menor sob sua responsabilidade e que ainda não é capaz de manifestar a sua própria vontade. E é muito fácil perceber a distinção entre as escolhas existenciais que alguém faça para si e as escolhas existenciais que alguém faça como responsável por outrem, como é o caso dos pais em relação aos filhos menores. Na primeira hipótese, quando pessoas adultas fazem escolhas para si, sob determinadas circunstâncias, é possível dar prevalência à autonomia individual como expressão da sua dignidade, desde que isso não repercuta ilegitimamente sobre a esfera jurídica de terceiros.⁴

[...]

⁴ Fundamento selecionado da ADI 6.586, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-12-2020, P, DJE de 7-4-2021, julgada em conjunto com o ARE 1.267.879.

[...] há direitos fundamentais contrapostos em jogo, a saber: liberdade de convicção filosófica, de um lado; direito à vida e à saúde da coletividade e melhor interesse da criança, do outro. Ao fazer a ponderação entre esses direitos, que não são hierarquizados abstratamente, mas que, em concreto, para decidir a questão, é preciso definir qual vai ter precedência, estou decidindo pela precedência do direito à vida e à saúde coletivas e à proteção prioritária da criança, por essas três razões que enunciei: porque é possível, em certos casos – e este é um deles –, proteger a pessoa contra si mesma; porque, aqui, o interesse da coletividade deve prevalecer, posto que, no fundo, estamos falando do direito à vida e à saúde de cada pessoa individualmente; e, por fim, a Constituição manda cuidar prioritariamente do interesse da criança, e toda a ciência médica entende que a vacinação é vital ou altamente relevante para a proteção da saúde das crianças.

FUNDAMENTOS DA VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA

De longa data, o Direito brasileiro prevê a obrigatoriedade da vacinação. Atualmente, ela está prevista em diversas leis vigentes, como, por exemplo, a Lei nº 6.259/1975 (Programa Nacional de Imunizações) e a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Tal previsão jamais foi reputada inconstitucional. Mais recentemente, a Lei nº 13.979/2020 (referente às medidas de enfrentamento da pandemia da Covid-19), de iniciativa do Poder Executivo, instituiu comando na mesma linha.

É legítimo impor o caráter compulsório de vacinas que tenha registro em órgão de vigilância sanitária e em relação à qual exista consenso médico-científico. Diversos fundamentos justificam a medida, entre os quais: a) o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade (dignidade como valor comunitário); b) a vacinação

é importante para a proteção de toda a sociedade, não sendo legítimas escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros (necessidade de imunização coletiva); e c) o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos (CF/1988, arts. 196, 227 e 229) (melhor interesse da criança).

[...] é legítimo impor o caráter compulsório das vacinas, quando exista consenso científico e registro em órgão de vigilância sanitária. E são três [...] os fundamentos que legitimam essa obrigatoriedade e, portanto, são esses os três fundamentos que dão mais peso à proteção da saúde coletiva e à proteção da criança em contraste com a liberdade de consciência.⁵

[...] o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas, mesmo contra a sua vontade.

[...]

[...] a vacinação é importante para a proteção de toda a sociedade, não sendo legítimas escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros. E aqui [...] organizações internacionais, institutos de pesquisa em todo o mundo defendem e incentivam o uso da vacina como um instrumento vital capaz de proteger os indivíduos contra uma série de doenças e de deficiências graves.

[...]

[...] não é legítimo, em nome de um direito individual, que seria a liberdade de consciência, frustrar o direito da coletividade. Isso não é um direito abstrato, é o direito de cada um, individual-

⁵ Fundamento selecionado da ADI 6.586, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-12-2020, P, DJE de 7-4-2021, julgada em conjunto com o ARE 1.267.879.

mente, de não estar exposto à contaminação por uma doença que poderia ser evitada mediante vacinação.

EXCEÇÃO

A vacinação compulsória, como disse, não vem de hoje; ela existe de longa data no Direito brasileiro, desde meados do período imperial. Atualmente, é prevista em diversas leis em vigor, a começar pela Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, que instituiu o Programa Nacional de Imunizações e estabeleceu a competência do Ministério da Saúde para definir as vacinações de caráter obrigatório. A própria legislação brasileira atribuiu ao Ministério da Saúde o poder-dever de definir quais são as vacinas obrigatórias. É, portanto, uma previsão *ex vi legis*. E esse diploma foi regulamentado pelo Decreto nº 78.231, de 12 de agosto de 1976, que prevê a obrigatoriedade da vacinação, inclusive para as crianças que estejam sob a guarda do responsável. A única exceção que o Programa Nacional de Imunizações prevê é para a hipótese de haver uma contraindicação médica àquela vacinação.

Além dessa lei que instituiu o Programa Nacional de Imunizações, a Lei nº 6.437, de 1977, tipifica infrações em caso de descumprimento do Programa Nacional de Imunizações, cominando inclusive pena de multa.

DOCTRINA CITADA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 93-94, p. 96.

BARBIERI, Carolina Luisa Alves; COUTO, Marcia Thereza; AITH, Fernando Mussa Abujamra. A (não) vacinação infantil entre a cultura e a lei: os significados atribuídos por casais de camadas medias de São Paulo, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 2, p. 2, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/NDSjRVcqw95WS4xCpxB5NPw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 27 fev. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, 2006. p. 225.

CARVALHO, Kildare Goncalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo**. 13. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 1167.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 4331-4332.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 58-59, 1988. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/jSj9cfJhsNcJyBfG3xDbyfN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 27 fev. 2023.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 9.

FÜRST, Henderson. Recusa terapêutica e recusa vacinal: notas sobre a regulação jurídica da vacina de Covid-19 e direitos dos pacientes. **Jusbrasil**, Gen Jurídico, São Paulo, 14 dez. 2020. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/1143668774/recusa-terapeutica-e-recusa-vacinal-notas-sobre-a-regulacao-juridica-da-vacina-de-covid-19-e-direitos-de-pacientes>. Acesso em: 27 fev. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 17. ed., rev. e atual. até as emendas 41 (da Previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 87.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 768.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2008. p. 151.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 196. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: 2013. p. 193.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 443-444.

SILVA, Jose Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed., atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 768.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, p. 92, abr./jun. 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em: 27 fev. 2023.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. **Inteiro teor do acórdão do ARE 1.267.879**

2. *Amicus curiae*

3. **Julgado relacionado**

ADI 6.586, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-12-2020, P, DJE de 7-4-2021⁶.

⁶ Fixada a seguinte tese: (I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, facultada a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade; e sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente. (II) Tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

CRÍTICA REALIZADA POR MEIO DE SÁTIRA A ELEMENTOS RELIGIOSOS INERENTES AO CRISTIANISMO

Viola a liberdade de expressão
artística a retirada de circulação
de produto audiovisual
disponibilizado em plataforma
de *streaming*.

[Rcl 38.782, rel. min. Gilmar Mendes, j. 3-11-2020,
2ª T, DJE de 24-2-2021.]

RESUMO

Retirar de circulação produto audiovisual disponibilizado em plataforma de *streaming*, apenas porque seu conteúdo desagradou parcela da população, ainda que majoritária, não encontra fundamento em uma sociedade democrática e pluralista como a brasileira.



Autoridade da decisão na ADPF 130

- contra atos do poder público tendentes a suprimir a **liberdade de expressão**

Liberdade plena de informação e de imprensa

- **proibitivas** de qualquer tipo de censura prévia

Ponderação acerca dos **limites** entre **liberdade de expressão artística** e **liberdade religiosa**

LIBERDADE ARTÍSTICA: CRÍTICA REALIZADA POR MEIO DE SÁTIRA A ELEMENTOS RELIGIOSOS INERENTES AO CRISTIANISMO

Colisão entre liberdade de expressão artística e outras garantias constitucionais

- conceito de arte
 - tem **sentido amplo**
 - inclui **obras provocativas**

Liberdade de **circulação** de **ideias**

- **livre debate** sobre todas as temáticas

Plataforma de transmissão particular

- acesso **voluntário** e **controlado**

Censura só é possível em **situação excepcional**



4 X 0

Vencedores no mérito:

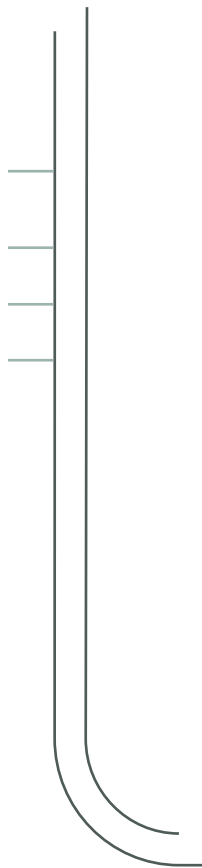


Min. **Gilmar
Mendes** – Relator
(Presidente da Turma)

Min. **Edson Fachin**

Min. **Cármem Lúcia**

Min. **Ricardo Lewandowski**



FUNDAMENTOS

AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADPF 130

[...] a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmada a partir do julgamento da ADPF 130 consagrou que as garantias de liberdade plena de informação e de imprensa somente podem ser integralmente preservadas se entendidas como proibitivas de qualquer tipo de censura prévia.

[...] o Supremo Tribunal Federal tem admitido o cabimento da reclamação constitucional para garantir a autoridade da decisão tomada na ADPF 130, uma vez que tal paradigma estabelece as balizas para o adensamento do debate sobre liberdade de expressão quando se está diante de atos do poder público tendentes à obliteração dessas garantias.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA: POSIÇÃO PREFERENCIAL EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS LIBERDADES

Apesar de expressamente prevista no texto constitucional, o âmbito de proteção da liberdade artística pode gerar controvérsias. Isso porque é praticamente impossível chegar-se a uma definição de arte universalmente aceita, o que dificulta a análise dos limites da liberdade artística e a consequente verificação de eventuais agressões a outros direitos igualmente assegurados pela Constituição Federal.

As formas de expressão artística são inúmeras e de impossível previsão, inclusive pelo fato de que a arte possui, em sua essência, muitas vezes um caráter inovador. Pode também ser polêmica, subversiva, agressiva a padrões usualmente aceitos

pela sociedade, características que não raramente fazem com que obras artísticas sejam submetidas ao escrutínio do Poder Judiciário para verificação de possíveis abusos.

[...] a Constituição de 1988 estabelece amplo espectro de proteção a toda forma de credo e de celebração religiosa ou, ainda, à objeção de consciência, cabendo, de fato, ao Poder Judiciário intervir, ao identificar eventuais abusos, quando provocado.

[...] neutralidade do Estado não significa que este precise deixar de garantir as condições adequadas à facilitação do exercício de liberdade religiosa. O que não se admite é que o Estado assuma determinada concepção religiosa como a oficial ou a correta, beneficiando um grupo religioso em detrimento dos demais ou concedendo privilégios.

Nesse contexto, ao Poder Judiciário cabe contrabalancear direitos e possíveis tensões existentes – no caso ora apreciado, ponderar acerca dos limites entre liberdade de expressão artística e liberdade religiosa.

[...] eventual colisão entre liberdade de expressão artística e outros direitos constitucionalmente garantidos deve levar em conta o fato de que o conceito de arte possui sentido amplo, incluindo-se aí obras provocativas, que pretendam atingir fins políticos ou religiosos, também por meio de sátiras.

PLATAFORMA DE TRANSMISSÃO PARTICULAR: ACESSO VOLUNTÁRIO E CONTROLADO PELO USUÁRIO

Reitero [...] a importância da liberdade de circulação de ideias e o fato de que deve ser assegurada à sociedade brasileira, na medida do possível, o livre debate sobre todas as temáticas,

permitindo-se que cada indivíduo forme suas próprias convicções, a partir de informações que escolha obter.

No caso, por se tratar de conteúdo veiculado em plataforma de transmissão particular, à qual o acesso é voluntário e controlado pelo próprio usuário, não apenas é possível optar-se por não assistir ao conteúdo disponibilizado, como também é viável decidir-se pelo cancelamento da assinatura contratada. Há diversas formas de indicar descontentamento com determinada opinião e de manifestar-se contra ideais com os quais não se concorda – o que, em verdade, nada mais é do que a dinâmica do chamado mercado livre de ideias.

CENSURA: SITUAÇÃO EXCEPCIONAL

A censura, com a definição de qual conteúdo pode ou não ser divulgado, deve-se dar em situações excepcionais, para que seja evitada, inclusive, a ocorrência de verdadeira imposição de determinada visão de mundo. Retirar de circulação material apenas porque seu conteúdo desagrade parcela da população, ainda que majoritária, não encontra fundamento em uma sociedade democrática e pluralista como a brasileira.

Atos estatais, de quaisquer de suas esferas de Poder, praticados sob o manto da moral e dos bons costumes ou do politicamente correto apenas servem para inflamar o sentimento de dissenso, de ódio ou de preconceito, afastando-se da aproximação e da convivência harmônica.

DOCTRINA CITADA

APÓS protesto, mostra com temática LGBT em Porto Alegre é cancelada. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Ilustrada, 10 set. 2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/09/1917269-apos-protesto-mostra-com-tematica-lgbt-em-porto-alegre-e-cancelada.shtml>. Acesso em: 27 fev. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MACHADO, Jônatas. Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, v. 16, n. 64, out./dez. 1995. p. 29-30.

HÄBERLE, Peter. Constituição ‘da cultura’ e Constituição ‘como cultura’: um projeto científico para o Brasil. **Direito público**, v. 13, n. 72, p. 9-32, nov./dez. 2016. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2846/pdf>. Acesso em: 27 fev. 2023.

HÄBERLE, Peter. **Constituição e cultura**: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976. p. 154.

MARTINS, Felipe. Peça com travesti no papel de Cristo é proibida pelo prefeito Marcelo Crivella. **Fórum**, 5 jun. 2018. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/lgbt/2018/6/5/pea-com-atriz-travesti-no-papel-de-cristo-proibida-pelo-prefeito-marcelo-crivella-31618.html>. Acesso em: 27 fev. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 268.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed., reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 4, p. 427.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 244, p. 291, p. 293.

VALE, André Rufino do. A importância dos 500 anos da Reforma Luterana para o constitucionalismo. **Consultor Jurídico**, Observatório Constitucional, 5 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-05/observatorio-constitucional-importancia-500-anos-reforma-luterana-constitucionalismo>. Acesso em: 27 fev. 2023.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da Rcl 38.782

2. Vídeo do julgamento

3. Julgados relacionados

ADPF 467, rel. min. Gilmar Mendes, j. 29-5-2020, P, DJE de 7-7-2020.

ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, j. 4-9-2008, P, DJE de 7-11-2008.

TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO

A tipificação do crime de desacato
não viola a garantia da liberdade
de expressão.

[ADPF 496, rel. min. Roberto Barroso, j. 22-6-2020,
P, DJE de 24-9-2020.]

RESUMO

Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato.



Convenção Americana de Direitos Humanos

- **norma supralegal**
- **proteção ampla** à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento
- **responsabilização ulterior** por manifestação que viole o respeito aos direitos ou à reputação
- liberdade de expressão **não é** um **direito absoluto**
- **legítima** a utilização do direito penal, em casos de **grave abuso**
 - para a proteção de outros interesses e direitos relevantes

TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO

No **exercício** de sua **função**, o agente público

- representa a Administração Pública
- está submetido a um **regime jurídico diferenciado**
 - de deveres e
 - prerrogativas
- responde por seus atos objetivamente, sem prejuízo do direito de regresso

Previsão de **tipo penal protetivo** da atuação dos agentes públicos

- para preservação da função pública exercida pelo funcionário

Interpretação restritiva do tipo penal (art. 331 do Código Penal)

- **em casos graves e evidentes** de **menosprezo** à função pública



9 X 2⁷

Vencedores no mérito:



Min. **Roberto Barroso** – Relator

Min. **Alexandre de Moraes** – voto escrito

Min. **Luiz Fux**

Min. **Cármen Lúcia**

Min. **Ricardo Lewandowski**

Min. **Gilmar Mendes** – voto escrito

Min. **Marco Aurélio**

Min. **Celso de Mello** – voto escrito

Min. **Dias Toffoli** – Presidente

Vencidos no mérito:

Min. **Edson Fachin** – voto escrito

Min. **Rosa Weber** – voto escrito

⁷ Julgamento realizado pelo Plenário Virtual com ordem de julgamento livre.

FUNDAMENTOS

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada a partir do RE 466.343 (Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 03.12.2008), os tratados internacionais sobre direitos humanos: a) serão equivalentes às emendas constitucionais, se forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (CF, art. 5º, § 3º); ou b) terão caráter supralegal se não submetidos ao processo legislativo típico das emendas constitucionais (CF, art. 5º, § 2º).

O Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de São José da Costa Rica”) em 9 de julho de 1992. Após o depósito da carta de adesão, em 25 de setembro de 1992, sua promulgação no ordenamento jurídico interno se deu com a edição do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Não tendo havido, portanto, submissão das disposições do tratado internacional ao processo legislativo de adoção de emendas constitucionais, seu *status* é de norma supralegal.

COMPATIBILIDADE DO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO COM O ART. 13 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos [...] confere uma proteção ampla à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, por qualquer meio. Veda-se a censura prévia, salvo se realizada com o objetivo exclusivo de

regular o acesso a espetáculos públicos, para proteção moral da infância e da adolescência; proíbe-se, ademais, a restrição do direito de expressão por vias ou meios indiretos.

Não obstante, o dispositivo ressalva expressamente a possibilidade de responsabilização ulterior daqueles que, a pretexto de exercerem a liberdade de manifestação do pensamento, violem não apenas “o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas” (art. 13.2, “a”), mas também “a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública” (art. 13.2, “b”).

Vê-se, portanto, que o próprio texto da convenção excepciona a liberdade de expressão para a proteção da honra subjetiva (reputação) de todas as pessoas, bem como para o respeito à ordem e à moral públicas. Portanto, a lei de cada Estado-Parte pode garantir ao servidor público a proteção necessária para o adequado exercício da função de que foi incumbido, não como um privilégio em seu benefício – o que seria evidentemente indevido –, mas como um instrumento de proteção do serviço público por ele prestado e, em última instância, do público destinatário do serviço.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem destacado que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e que, em casos de grave abuso, faz-se legítima a utilização do direito penal para a proteção da honra, devendo a aplicação dessas medidas ser avaliada com especial cautela [...].

[...]

Portanto, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não indica uma proibição terminante da utilização do direito penal para a coibição de abusos cometidos sob pretexto de exercício da liberdade de expressão, embora exija que a via criminal seja reservada a casos graves.

Em conclusão, nem o texto expresso da Convenção, nem a jurisprudência da Corte vedam que os Estados-Partes se valham de normas penais para a proteção da honra e do adequado funcionamento da Administração Pública, desde que de modo proporcional e justificado.

AMPLITUDE E LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência ampla e consolidada de defesa da liberdade de expressão. Não obstante, como qualquer direito fundamental, a liberdade de expressão comporta restrições, desde que previstas em lei, proporcionais e respeitadoras do seu núcleo essencial⁸.

[...]

A liberdade de expressão, contudo, encontra seus limites quando é utilizada como pretexto para violações graves a outros interesses e direitos fundamentais⁹.

⁸ Julgados ilustrativos da deferência conferida pelo Supremo Tribunal Federal à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, citados no voto: ADI 4.815, rel. min. Cármen Lúcia, j. 10-6-2015, P, *DJE* de 1º-2-2016; ADPF 187, rel. min. Celso de Mello, j. 15-6-2011, P, *DJE* de 29-5-2014; ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, *DJE* de 6-11-2009; e ADI 4.451, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2018, P, *DJE* de 6-3-2019.

⁹ HC 82.424, rel. min. Moreira Alves, red. do ac. min. Maurício Corrêa, j. 17-9-2003, P, *DJ* de 19-3-2004; e Pet 7.174, rel. min. Alexandre de Moraes, red. do ac. min. Marco Aurélio, j. 10-3-2020, 1ª T, *DJE* de 28-9-2020.

Ao atuar no exercício de sua função, o agente público (re)presenta a Administração Pública, situação que lhe sujeita a um regime jurídico diferenciado de deveres e prerrogativas. Seus atos são diretamente atribuídos ao Poder Público, que por eles responde objetivamente, sem prejuízo do direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (CF, art. 37, § 6º).

Em razão da responsabilidade que sobre ele recai, o agente público está submetido a uma ampla gama de deveres, cujo descumprimento lhe acarreta a imposição de sanções próprias, como as decorrentes de atos de improbidade (CF, art. 37, § 4º; Lei nº 8.429/1992), de faltas funcionais (v.g., Lei nº 8.112/1990, no âmbito federal) e dos delitos especiais de funcionários públicos (CP, arts. 312 a 327).

Ao praticar determinadas condutas idênticas às perpetradas pelos particulares, os funcionários públicos são punidos de modo mais rigoroso. [...]

[...]

Reforçando o rigor com que se controlam as atividades dos funcionários públicos, a Lei nº 13.869/2019 previu uma série de crimes de abuso de autoridade, que somente podem ser cometidos por agentes públicos, servidores ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abusem do poder que lhes tenha sido atribuído (art. 1º).

Em contrapartida, os agentes públicos possuem prerrogativas próprias, que são instrumentais em relação aos seus deveres, ou seja, são meios conferidos à Administração e aos seus agentes exclusivamente para que possam atender adequadamente ao interesse público. [...]

Também no campo penal é razoável que se prevejam tipos penais protetivos da atuação dos agentes públicos. É nesse contexto que se justifica a criminalização do desacato. Não se trata de conferir um tratamento privilegiado ao funcionário público. Trata-se, isso sim, de proteger a função pública exercida pelo funcionário, por meio da garantia, reforçada pela ameaça de pena, de que ele não será menosprezado ou humilhado enquanto se desincumbe dos deveres inerentes ao seu cargo ou função públicos.

Vê-se, portanto, que a diversidade de regime jurídico – inclusive penal – existente entre agentes públicos e particulares é uma via de mão dupla: se existente justificativa razoável para tanto, as consequências previstas para as condutas típicas são diversas não somente quando os agentes públicos são autores dos delitos, mas, de igual modo, quando deles são vítimas.

INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO TIPO PENAL

O tipo penal do art. 331 do Código Penal está previsto no capítulo dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública. O bem jurídico diretamente tutelado não é a honra do funcionário público, mas a própria Administração Pública, cuja respeitabilidade e regular funcionamento se veem afetados pela agressão perpetrada contra o servidor.

[...]

O autor do desacato atua com o objetivo principal de aviltar a autoridade do agente que exerce a função pública, executando diretamente a lei, a ordem judicial ou a determinação administrativa.

Para que efetivamente tenha potencial de interferir no exercício da função pública, o crime deve ser praticado na presença do

funcionário público. O tipo penal não abrange, portanto, eventuais ofensas perpetradas por meio da imprensa ou de redes sociais, resguardando-se a liberdade de expressão. [...]

Não basta, ademais, que o funcionário se veja ofendido em sua honra. Não há crime se a ofensa não tiver relação com o exercício da função. É preciso um menosprezo da própria função pública exercida pelo agente. E, mais, é necessário que o ato perturbe ou obstrua a execução das funções do funcionário público.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a atipicidade de reclamações, censuras ou críticas, ainda que veementes, à atuação funcional do funcionário [...] ¹⁰.

[...]

[...] os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, devendo demonstrar maior tolerância à reprovação e à insatisfação, sobretudo em situações em que se verifica uma tensão entre o agente público e o particular. Devem ser relevados, portanto, eventuais excessos na expressão da discordância, indignação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com a atuação do funcionário público.

Assim, o tipo penal do art. 331 do Código Penal deve ser interpretado restritivamente, a fim de evitar a aplicação de punições injustas e desarrazoadas.

O sistema de persecução penal brasileiro possui uma série de filtros para tanto, que vão desde a autocontenção do próprio funcionário, passando por seus deveres funcionais de atender com presteza e tratar com urbanidade as pessoas (ex. art. 116, V e XI, da Lei nº 8.112/1990) e pela ameaça de cometimento

¹⁰ Inq 3.215, rel. min. Dias Toffoli, j. 4-4-2013, P, DJE de 25-9-2013; HC 83.233, rel. min. Nelson Jobim, j. 4-11-2003, 2ª T, DJ de 19-3-2004.

de crime de abuso de autoridade, chegando à necessidade de formação de *opinio delicti* positiva pelo Ministério Público e, finalmente, à apreciação do Poder Judiciário.

Em suma, o tipo penal deve ser limitado a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública [...].

DOCTRINA CITADA

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade**: os limites entre o lícito e o ilícito. Barueri, SP: Manole, 2020. 341 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1447, item 2.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código penal comentado**. 6. ed., atual. de acordo com a Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 672, item 1.

COOLEY, Thomas Mc Intyre. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**: em conformidade com a 3ª edição de *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, Boston: Little Brown, and Company 1898 Campinas: Russell, 2002. 383 p.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código penal comentado**. 9. ed., rev., atual. e ampl., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 985.

GOLDMAN, Alvin I., BAKER, Daniel, Free speech, fake news, and democracy. **First Amendment Law Review**, v. 66, n. 18, p. 66-141, 2019.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 136. (Direito penal, v. 4).

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código penal: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9. p. 424.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1230.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à Constituição americana**. São Paulo: Aracati, 2011. 248 p.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience? **Revista Direito GV**, v. 13, n. 1, p. 274-302, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/tRnqx97GRkqny4L77JFGBTx/?format=pdf&lang=en>. Acesso em: 27 fev. 2020.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado: análise completa: legislação, doutrina e jurisprudência** 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 1396-1397.

MATA, Jéssica Gomes da. **A política do enquadro**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 178.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2017. p. 94-95.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 9. ed. Atlas, 2015. p. 2116, item 331.2.

NAÇÕES UNIDAS. Economic and Social Council. Commission on Human Rights. **Civil and political rights, including the question of**

freedom of expression: report submitted by Mr. Abid Hussain, Special Rapporteur, in accordance with Commission on Human Rights Resolution 1999/36: addendum: visit to the Sudan: E/CN.4/2000/63/Add. 13 March 2000. 33 p. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/411063/files/E_CN-4_2000_63_Add-1-EN.pdf. Acesso em: 27 fev. 2023.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4, p. 303.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. p. 317, item 1391.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1517-1518, item 48.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe anual del relator especial para la libertad de expresión:** 1999. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%201999.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2023.

OSORIO, Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 456 p.

SMET, Stijn; BREMS, Eva (ed.). **When human rights clash at the European Court of Human Rights: conflict or harmony?**. Oxford: Oxford University Press, 2017. 280 p.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS¹¹

1. Inteiro teor do acórdão da ADPF 496

2. *Amicus curiae*

3. Julgados relacionados

ARE 1.049.152 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 7-5-2018, 2ª T, DJE de 28-5-2018.

HC 106.808, rel. min. Gilmar Mendes, j. 9-4-2013, 2ª T, DJE de 24-4-2013.

¹¹ A ausência de áudio e/ou vídeo justifica-se em razão de o julgamento ter sido realizado em ambiente virtual.

FAKE NEWS

É constitucional o inquérito instaurado com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares.

[ADPF 572, rel. min. Edson Fachin, j. 18-6-2020, P, DJE de 13-11-2020.]

RESUMO

É constitucional a instauração de inquérito pelo STF com o objetivo de apurar a existência de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas, ameaças e atos que podem configurar crimes contra a honra e atingir a honorabilidade e a segurança do STF, dos seus membros e familiares.



O **inquérito** previsto no **art. 43** do **Regimento Interno do STF** é **compatível** com a **ordem constitucional** vigente

Princípio do **juiz natural**:
designação do **relator**
por ato do presidente

**É CONSTITUCIONAL INQUÉRITO
INSTAURADO PELO STF PARA
APURAR NOTÍCIAS FRAUDULENTAS,
DENÚNCIAS CALUNIOSAS, AMEAÇAS
E ATOS PRATICADOS CONTRA A CORTE,
SEUS MEMBROS E FAMILIARES**

Não há liberdade de expressão
que ampare a defesa de **atos**
que **atentem** contra **direitos**
assegurados na **Constituição**

Instrumento de defesa do
equilíbrio e da **estabilidade**
entre os **Poderes**

Infração à lei penal ocorrida
na **sede** ou **dependência**
do **Tribunal**



10 X 1

Vencedores no mérito:



Min. Edson
Fachin – Relator

Min. Alexandre de Moraes

Min. Roberto Barroso

Min. Rosa Weber

Min. Ricardo Lewandowski

Min. Luiz Fux

Min. Cármen Lúcia

Min. Gilmar Mendes

Min. Celso de Mello

Min. Dias Toffoli – Presidente

Vencido no mérito:

Min. Marco Aurélio

FUNDAMENTOS

COMPATIBILIDADE DO ART. 43 DO REGIMENTO INTERNO DO STF COM A ORDEM CONSTITUCIONAL

O Regimento Interno da CORTE, no que diz respeito à matéria processual, foi editado no exercício de competência legiferante, como então previsto pela ordem constitucional em vigor (art. 119, § 3º, *c*, da CF/1969), e formalmente recepcionado pela Constituição de 1988 como ato normativo com força de lei.

[...]

O inquérito previsto no art. 43 do RISTF situa-se em nível normativo apropriado, semelhante às previsões do próprio Código de Processo Penal alusivas ao inquérito policial, as quais se aplicam subsidiariamente, por evidentes razões de instrumentalidade, não conflitando com os arts. 129, inciso I (privatividade da ação penal pública), e 144, §§ 1º e 3º (previsão das funções de polícia judiciária), do CPP.

O sistema acusatório de 1988 concedeu ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública, porém não a estendeu às investigações penais, mantendo, em regra, a presidência dos inquéritos policiais junto aos delegados de Polícia Judiciária. Excepcionalmente, a legislação autoriza outras hipóteses de investigações pré-processuais, tais como a prevista no Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por instauração e determinação de sua Presidência, nos termos do [art.] 43 do RISTF.

[...]

A atribuição de prerrogativas para instauração de procedimento investigatório ao SUPREMO TRIBUNAL, como órgão

de cúpula do Poder Judiciário e principal titular da Jurisdição Constitucional, é coerente com o sistema de garantias conferidos pela Constituição, não havendo que se falar em afronta ao devido processo legal, ao dever de imparcialidade ou ao princípio acusatório.

Ao Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, enquanto Chefe do Poder Judiciário, compete a defesa institucional da CORTE e da independência de seus magistrados, que somente será plenamente assegurada quando efetivamente garantidas a integridade física e psíquica e a própria vida de seus membros contra graves ofensas, ameaças e atentados realizados em virtude do exercício da função jurisdicional.

DESIGNAÇÃO DE MINISTRO PARA SER O RELATOR X PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Toca assentar, quanto ao princípio do juiz natural, que a competência regimental é do Ministro Presidente, que pode proceder diretamente ou por delegação a um dos ministros da Corte, além de ter atuação restrita à fase preambular.

[...]

A questão que nesse passo se coloca é pertinente à forma da delegação na hipótese.

No ato (portaria presidencial) impugnado, o Presidente designou ministro da Corte para condução do feito; o Presidente poderia ter assumido diretamente essa condução, e não o fez; valeu-se, nada obstante, de possibilidade regimental que prevê, expressamente, ao final do art. 43 do RISTF, a hipótese de delegação a outro Ministro.

É o texto que se reproduziu neste voto do art. 43, segundo o qual “o Presidente instaurará inquérito” ou “delegará esta atribuição a outro Ministro.”

A designação por delegação é mesmo direta por ato presidencial, como ocorreu, ou deve se submeter ao crivo da distribuição, eis a questão a ser respondida. Em tal contexto estão os significantes designação e delegação. O Regimento se refere à delegação, enquanto a Portaria designa o condutor do inquérito.

[...]

Não é extravagante apreender que a designação é um modo de realizar a delegação. O delegante transfere de si poderes que são seus ao exercício de outrem. Ao fazê-lo por designação aponta, indica, escolhe desde logo a quem delegará. Aqui se tem a delegação por designação.

A matéria não isenta de controvérsia. Também seria compreensível que a delegação ali encartada poderia ser exercitada por um dentre os Ministros integrantes do STF, sem prévia designação, e, portanto, um ato cuja materialização se submete à normal distribuição. O que se passa é que a regra assenta a atribuição no Presidente e este pode delegar. Age, pois, o delegatário em nome do delegante.

[...] a delegação, nestes termos, pode afastar a distribuição por sorteio, por conseguinte, a distribuição de modo aleatório entre todos os Ministros do Tribunal. Em casos tais, embora legítimas as duas vias (delegação por designação e distribuição via sorteio), a regra do art. 43 não prevê a distribuição ou a redistribuição entre todos os Ministros.

Nenhuma disposição do texto Constitucional pode ser interpretada ou praticada no sentido de permitir a grupos ou pessoas suprimirem o gozo e o exercício dos direitos e garantias fundamentais. Nenhuma disposição pode ser interpretada ou praticada no sentido de excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo.

[...]

Não há ordem democrática sem o respeito às decisões judiciais. Não há direito que possa justificar o descumprimento de uma decisão judicial da última instância do Poder Judiciário. Afinal, é o Poder Judiciário o órgão responsável por afastar, mesmo contra maiorias constitucionais, quaisquer medidas que suprimam os direitos assegurados na Constituição. São inadmissíveis no Estado de Direito democrático, portanto, a defesa da ditadura, do fechamento do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal. Não há liberdade de expressão que ampare a defesa desses atos. Quem quer que os pratique precisa saber que enfrentará a justiça constitucional. Quem quer que os pratique precisa saber que o Supremo Tribunal Federal não os tolerará.

Não há direito e não há princípio que possam ser invocados para autorizar transigir com a prevalência dos direitos fundamentais e com a estabilidade da ordem democrática. Nada há no texto Constitucional que autorize outro Poder ou outra instituição a ter a última palavra sobre a Constituição.

[...]

Atentar contra um dos Poderes, incitando o seu fechamento, a morte, a prisão de seus membros, a desobediência a seus atos,

o vazamento de informações sigilosas não são, enfim, manifestações protegidas pela liberdade de expressão.

Não há direito no abuso de direito. O antídoto à intolerância é a legalidade democrática.

INSTRUMENTO DE DEFESA DO EQUILÍBRIO E ESTABILIDADE ENTRE OS PODERES

Indiciária de ameaça concreta a ensejar esse regime constitucional de responsabilidade é a vulneração do núcleo essencial de identidade constitucional de cada Poder, que, no caso do Judiciário, está na sua na independência funcional [...].¹²

[...]

Pois bem, é esse o predicado essencial: o equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, reclamando a necessária atuação da competência institucional para preservar a supremacia da Constituição. Constatase, *in casu*, inequívoca ausência de atuação *sponte propria* dos órgãos de controle com o fim de apurar o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito. Emerge daí a incidência do artigo 43 do RISTF: na omissão dos órgãos de controle, averiguar, no limite da natureza de peça informativa, lesão ou perigo de lesão à independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.

¹² A independência suporta, na sua feição constitucional, teores diversos de autonomia administrativa, financeira e disciplinar. Na verdade, ela só considera invulnerável, como predicado essencial do sistema da separação, quando concreta redução de seu âmbito primitivo importe, em dano do equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, transferência de prerrogativas a outro deles, ainda que não chegue a caracterizar submissão política. (ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, Pleno, DJ de 17.3.2006, p. 209).

Sem embargo, inexistente sentido ou prática que possa desbordar desse múnus.

[...]

Na perspectiva do devido processo penal constitucional, investigar, acusar, defender e julgar são mesmo afazeres de funções distintas. Nas democracias, reitero, há mesmo um sistema de justiça a ser preservado, incluindo-se a advocacia (pública e privada), as defensorias, o Ministério Público e o Judiciário.

O art. 43 do Regimento Interno é, assim, regra excepcional que confere ao Judiciário função atípica na seara da investigação, de modo que, a fim de preservar preceitos fundamentais, dentre os quais, o princípio da separação dos poderes (CFRB, art. 60, § 4º, III), impende ter um rígido escrutínio do seu emprego.

[...]

Esse dispositivo é repetido no art. 2º da Resolução STF nº 564/2015, ocasião recente em que o Tribunal reconheceu a constitucionalidade das disposições sobre a polícia do STF, regulamentando “o exercício do poder de polícia previsto no art. 42, 43, 44 e 45 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

INFRAÇÃO À LEI PENAL OCORRIDA NA SEDE OU DEPENDÊNCIA DO TRIBUNAL

[...] no mundo da terceira revolução industrial, que é marcado pela tecnologia da informação, pela universalização dos computadores pessoais e pela rede mundial de computadores, que interconecta a todos em tempo real, e já às vésperas da quarta revolução industrial, que combina a tecnologia da informação com a biotecnologia e muitas outras técnicas que o avanço tecnológico tem trazido, a ideia de sede ou dependência já não pode

mais ter uma conotação puramente física, porque boa parte da vida contemporânea, para bem e para mal, é vivida virtualmente, como de resto bem comprova esta sessão a que todos estamos comparecendo, em que estamos todos em locais geograficamente distintos, inclusive em Estados distintos da Federação, e estamos, no entanto, reunidos virtualmente no mesmo lugar, que é esta plataforma pela qual estamos nos comunicando.

A ideia de sede ou dependência no mundo contemporâneo já não significa mais dentro de um espaço físico determinado. E, portanto, ataques virtuais ao Supremo Tribunal Federal, via internet, via rede mundial de computadores, e os múltiplos instrumentos que a rede mundial oferece – vão do *WhatsApp*, passam pelo *YouTube*, *Instagram*, *Facebook* –, todos eles permitem que se amplie a ideia de sede e dependência para significar tudo aquilo que, de alguma forma, chegue ao Tribunal, agredindo-o, sem que necessariamente se exija que alguém tenha fisicamente invadido as dependências do prédio. Portanto, ao analisar o art. 43, assento que “sede, ou dependência” não exclui, no mundo contemporâneo, a possibilidade de que esses ataques ao Supremo sejam por via virtual e que se considere que isso tenha ocorrido efetivamente dentro do Supremo Tribunal Federal.

DOCTRINA CITADA

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 289.

BON, Pierre. La légitimité du Conseil Constitutionnel français. *In*: COLÓQUIO NO 10. ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIO-

NAL, 1993, Lisboa. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 139-153.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 782.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidade de la justicia constitucional. *In*: FAVOREU, Louis *et al.* **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 599-662.

COOLEY, Thomas Mc Intyre. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 142.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 54.

MIRANDA, JORGE. Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional. *In*: COLÓQUIO NO 10. ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1993, Lisboa. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 95.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2017. p. 39-40.

LUCHAIRE, François. El Consejo Constitucional francés. *In*: FAVOREU, Louis *et al.* **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 55-132.

PEREZ ROYO, Javier. **Tribunal constitucional y división de poderes**. Madri: Tecnos, 1988. p. 24-25.

SHWARTZ, BERNARD. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 26-27.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADPF 572

2. *Amicus curiae*

3. Vídeos do julgamento

Vídeo 1

Vídeo 2

LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS AGENTES POLÍTICOS

Ocupante de cargo público no Poder Executivo tem imunidade relativa, quando se pronuncie sobre fatos relacionados ao exercício da função pública.

[RE 685.493, rel. min. Marco Aurélio, j. 22-5-2020, P, DJE de 17-8-2020, Tema 562.]

Ante conflito entre a liberdade de expressão de agente político, na defesa da coisa pública, e honra de terceiro, há de prevalecer o interesse coletivo.



Relativização quanto à tutela de seus direitos à privacidade, à honra e à imagem

- esfera de privacidade **reduzida**

Liberdade de manifestar opiniões com **maior elasticidade** que os agentes privados

Prevalência do interesse coletivo na condução dos negócios públicos

LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE AGENTES POLÍTICOS

Imunidade relativa dos agentes do Poder Executivo

- quanto à manifestação sobre **temas conexos** ao exercício de seu cargo

Dever de **informação**

- transparência e
- *accountability*



9 X 1¹³

Vencedores no mérito:



Min. **Marco Aurélio** – Relator

Min. **Alexandre de Moraes** – voto escrito

Min. **Rosa Weber** – voto escrito

Min. **Luiz Fux** – voto escrito

Min. **Cármem Lúcia**

Min. **Ricardo Lewandowski**

Min. **Gilmar Mendes**

Min. **Celso de Mello**

Min. **Dias Toffoli** – Presidente

Afirmou suspeição:

Min. **Roberto Barroso**

Vencido:

(art. 485, VI, do CPC)

Min. **Edson Fachin** – voto escrito

¹³ Julgamento realizado pelo Plenário Virtual com ordem de julgamento livre.

FUNDAMENTOS

LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS AGENTES POLÍTICOS

[...] premissas quanto à liberdade de expressão assumem contornos especiais quando se está a tratar de seu alcance para agentes públicos, relativamente a matérias que dizem respeito ao exercício da função. Sobre o ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello define os agentes públicos como “os titulares dos cargos estruturais à organização política do país” (*Curso de direito administrativo*, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018).

Para esses agentes, em razão do regime jurídico especial a que se submetem, há certa relativização quanto à tutela de seus direitos à privacidade, honra e imagem. Entretanto, a eles também se outorga maior liberdade para se manifestar, podendo expressar suas opiniões com menor embaraço, especialmente quando se tratar de tema conexo ao exercício de seu cargo.

Manifestações ácidas, inconvenientes e controversas são intrínsecas ao cotidiano dos agentes políticos, em relação às quais se exige tolerância mais ampla, cuja admissão só se supera em casos de ofensas manifestamente abusivas, desleais ou comprovadamente falsas. Isso porque a liberdade dos governados se manifestarem quanto ao papel desempenhado por seus governantes é inerente à atividade democrática, permitindo maior controle da atividade política por meio da crítica pública (MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. A liberdade de expressão e o direito de crítica pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, nº 22, 2002).

É por essa razão que, como bem expõe o eminente Ministro Luís Roberto Barroso, “as pessoas que ocupam cargos públicos têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda”,

já que “o controle do poder governamental e a prevenção contra a censura ampliam o grau legítimo de ingerência na esfera pessoal da conduta dos agentes públicos” (BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p.1-36, Jan./Mar. 2004).

Isto é, na vigência de princípios e regras democráticas, a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento deve ser a mais ampla possível e, conseqüentemente, aqueles que buscam a vida pública devem tolerar as implicações de tal escolha.

De outro modo, porém, o dever de informação dos agentes públicos para com os cidadãos e a exigência de transparência e de *accountability* por parte do Poder Público promovem mitigação dessa flexibilização, mercê de o discurso dos agentes políticos possuir proteção mais abrangente, não obstante o direito de personalidade de terceiros envolvidos e/ou afetados. Disputas políticas, não raramente, são marcadas justamente por uma linguagem áspera e pungente, o que faz com que declarações mordazes sejam deveras mais aceitas em tal contexto, a despeito de inadmissíveis em âmbito distinto, por exemplo.

Nesse contexto, para se averiguar eventual excesso no exercício da liberdade de expressão de alguém e, por conseguinte, autorizar necessária indenização relativa aos danos causados, é preciso, antes, avaliar elementos como: (i) quem foi o emissor da manifestação; (ii) em que ambiente esta foi exteriorizada; e (iii) em qual contexto a proferiu.

IMUNIDADE RELATIVA DOS AGENTES POLÍTICOS INSERIDOS NO PODER EXECUTIVO

Os agentes políticos inseridos no Poder Executivo, embora não possuam imunidade absoluta quando no exercício da função, devem também ser titulares de algum grau de proteção conferida pela ordem jurídica constitucional. Defendo essa posição com apoio em dois argumentos. Explico.

Primeiro, existe evidente interesse público em que os agentes políticos mantenham os administrados plenamente informados a respeito da condução dos negócios públicos. Trata-se de exigência clara dos princípios democrático e republicano. Em outras palavras, quando se cuida de agente político, há um dever de expressão relacionado aos assuntos públicos, alcançando não apenas os fatos a respeito do funcionamento das instituições públicas, mas até mesmo os prognósticos que eventualmente efetuem.

[...]

Reconhecer a imunidade relativa no tocante aos agentes do Poder Executivo, tal como ocorre com os membros do Poder Legislativo, no que tange às opiniões, palavras e juízos que manifestam publicamente, é importante no sentido de fomentar o livre intercâmbio de informações entre eles e a sociedade civil. É o que se diz, quanto à liberdade de imprensa, do denominado efeito silenciador. O direito também pode ser entendido como uma política pública e, como tal, tem o papel de fomentar o aperfeiçoamento do sistema político. Interpretar o ordenamento jurídico de modo a restringir demasiadamente o grau de liberdade de manifestação pública conferida aos agentes políticos serve ao propósito de criar uma mordaza, ainda que sob a roupagem de proteção de outros direitos fundamentais.

Além disso, mostra-se necessária a existência de um ambiente de segurança jurídica para que pessoas verdadeiramente com-

prometidas com o interesse público venham a ocupar os cargos políticos. O risco de ser processado a todo tempo por grupos politicamente descontentes tem como consequência uma atitude defensiva, a dificultar a prestação de contas à população, além de desestimular que os indivíduos concorram a cargos públicos de cúpula.

O segundo argumento concerne à necessidade de reconhecer algum grau de simetria entre a compressão que sofrem no direito à privacidade e o regime da liberdade de expressão.

[...]

O argumento é singelo: aqueles que ocupam cargos públicos tem a esfera de privacidade reduzida. Isso porque o regime democrático impõe que estejam mais abertos à crítica popular. Em contrapartida, devem ter também a liberdade de discutir, comentar e manifestar opiniões sobre os mais diversos assuntos com maior elasticidade que os agentes privados, desde que, naturalmente, assim o façam no exercício e com relação ao cargo público ocupado.

IMUNIDADE: NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OPINIÃO DIVULGADA E O EXERCÍCIO DO MANDATO

[...] É plausível, no contexto da Carta de 1988, reconhecer aos servidores públicos um campo de imunidade relativa, vinculada ao direito à liberdade de expressão, quando se pronunciam sobre fatos relacionados ao exercício da função pública. Essa liberdade é tanto maior quanto mais elasticizadas forem as atribuições políticas do cargo que exercem. A proteção desse espaço, que não pode ser qualificado como imunidade absoluta, relaciona-se à importância, para a coletividade, de esses

servidores exprimirem a própria visão e conhecimento sobre a condução dos negócios públicos.

A imunidade relativa dos agentes políticos está circunscrita aos casos em que puder ser reconduzida, ainda que de modo tênue, ao exercício da função pública. Naturalmente, não de ser excluídos os casos de dolo manifesto, ou seja, o deliberado intento de prejudicar outrem. No mais, as afirmações equivocadas, quando assim provadas, são inevitáveis em um debate livre e também devem ser protegidas para que a liberdade de expressão tenha vez na ordem constitucional brasileira.

DOCTRINA CITADA

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. Acesso em: 28 fev. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed., rev. e atual. até a Emenda constitucional 92, de 12.07.2016. São Paulo: Malheiros, 2016. 1151 p.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. A liberdade de expressão e o direito de crítica pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 22, p. 8-30, abr. 2002. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/72634/41106>. Acesso em: 28 fev. 2023.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS¹⁴

1. Inteiro teor do acórdão do RE 685.493

2. Julgados relacionados

RE 600.063, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Roberto Barroso, j. 25-2-2015, P, *DJE* de 15-5-2015, Tema 469.

Pet 7.174, rel. min. Alexandre de Moraes, red. do ac. min. Marco Aurélio, j. 10-3-2020, 1ª T, *DJE* de 28-9-2020.

Inq 4.694, rel. min. Marco Aurélio, j. 11-9-2018, 1ª T, *DJE* de 1º-8-2019.

Inq 4.177, rel. min. Edson Fachin, j. 12-4-2016, P, *DJE* de 16-6-2016.

AC 3.883 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 10-11-2015, 2ª T, *DJE* de 1º-2-2016.

HC 82.424, rel. min. Moreira Alves, red. do ac. min. Maurício Corrêa, j. 26-6-2003, P, *DJE* de 13-3-2004.

¹⁴ A ausência de áudio e/ou vídeo justifica-se em razão de o julgamento ter sido realizado em ambiente virtual.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO AMBIENTE UNIVERSITÁRIO

Atos de busca e apreensão de
materiais de conteúdo eleitoral
e a suspensão de atividades
de divulgação de ideias em
universidades públicas e
privadas violam a Constituição
Federal de 1988.

[ADPF 548, rel. min. Cármen Lúcia, j. 15-5-2020,
P, DJE de 9-6-2020.]

RESUMO

É inconstitucional a interpretação dos artigos 24 e 37 da Lei n. 9.504/1997 que conduza a atos judiciais ou administrativos que possibilitem, determinem ou promovam ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, recolhimento de documentos, interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e coleta irregular de depoimentos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação de pensamento nos ambientes universitários ou equipamentos sob administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos.



Descumprimento de preceitos constitucionais fundamentais

- liberdade de **expressão** e livre manifestação do **pensamento**
- liberdade de **reunião**
- liberdade de **informação, ensino e aprendizagem**
- **pluralismo político**
- **autonomia universitária**

Nulidade dos atos do poder público que, ao interpretar **normas jurídicas impeditivas de práticas** durante o **processo eleitoral** (art. 37 da Lei 9.504/1997):

- executou ou autorizou **buscas e apreensões**
- determinou **proibições** de ingresso e interrupção de aulas, palestras, debates ou atos congêneres
- promoveu a **inquirição** de docentes, discentes e de outros cidadãos em universidades públicas e privadas

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO AMBIENTE UNIVERSITÁRIO

Art. 37 da Lei 9.504/1997

- **Interpretação restritiva**
 - se impedir ou restringir as formas de liberdades e de sua manifestação, há nulidade
 - se houver restrição no ambiente de informação, ensino e aprendizagem, como é o universitário, a nulidade é mais patente
- **Finalidade**
 - **impedir** o abuso do poder econômico e político
 - **preservar** a igualdade entre os candidatos no processo

Processo eleitoral **democrático**

- fundamenta-se nos princípios das **liberdades públicas**

Autonomia universitária

- autonomia **didático-científica**
- **pluralismo** de ideias
- A **liberdade de expressão** e de **manifestação de pensamento** deve ser assegurada do modo mais amplo possível



11 X 0¹⁵

Vencedores no mérito:



Min. **Cármen
Lúcia** – Relatora

Min. **Alexandre de
Moraes** – voto escrito

Min. **Edson Fachin**

Min. **Roberto Barroso**

Min. **Rosa Weber**

Min. **Luiz Fux**

Min. **Ricardo
Lewandowski** – voto escrito

Min. **Gilmar Mendes**

Min. **Marco Aurélio**

Min. **Celso de
Mello** – voto escrito

Min. **Dias Toffoli** – Presidente

¹⁵ Julgamento realizado pelo Plenário Virtual com ordem de julgamento livre.

FUNDAMENTOS

LIBERDADES PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO

O processo eleitoral, no Estado democrático, fundamenta-se nos princípios da liberdade de manifestação do pensamento, da liberdade de informação e de ensino e aprendizagem, da liberdade de criação e artística, da liberdade de escolhas políticas, em perfeita compatibilidade com elas se tendo o princípio, também constitucionalmente adotado, da autonomia universitária.

Por eles se garante a liberdade de escolha política sem o que não se tem processo eleitoral plural, como inerente à democracia a ser construída e garantida e no qual comparece a eleição como instrumento imprescindível à sua dinâmica.

Sem liberdade de manifestação, a escolha é inexistente. O que é para ser opção, transforma-se em simulacro de alternativa. O processo eleitoral transforma-se em enquadramento eleitoral, próprio das ditaduras.

Por isso, toda interpretação de norma jurídica que colida com qualquer daqueles princípios, ou, o que é pior e mais grave, que restrinja ou impeça a manifestação da liberdade é inconstitucional, inválida, írrita.

Todo ato particular ou estatal que limite, fora dos princípios fundamentais constitucionalmente estabelecidos, a liberdade de ser e de manifestar a forma de pensar e viver o que se é, não vale juridicamente, devendo ser impedido, desfeito ou retirado do universo das práticas aceitas ou aceitáveis.

Em qualquer espaço no qual se imponham algemas à liberdade de manifestação há nulidade a ser desfeita. Quando esta imposição

emana de ato do Estado (no caso do Estado-juiz ou de atividade administrativa policial), mais afrontoso é por ser ele o responsável por assegurar o pleno exercício das liberdades, responsável juridicamente por impedir sejam elas indevidamente tolhidas.

Fazendo incidir restrição no ambiente de informação, ensino e aprendizagem como é o universitário, que tem o reforço constitucional da garantia de autonomia, assegurado de maneira específica e expressa constitucionalmente, para se blindar esse espaço de investidas indevidas restritivas de direitos, a demonstração da nulidade faz-se mais patente e também mais séria.

A liberdade é o pressuposto necessário para o exercício de todos os direitos fundamentais. Os atos questionados na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental desatendem os princípios constitucionais assecuratórios da liberdade de manifestação do pensamento e desobedecem as garantias inerentes à autonomia universitária.

INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS IMPEDITIVAS DE PRÁTICAS DURANTE O PROCESSO ELEITORAL

Há que se interpretem as normas jurídicas impeditivas de práticas durante o processo eleitoral segundo a sua finalidade e nos limites por elas contemplados e que não transgridem princípios constitucionais. Fora ou além do limite necessário ao resguardo de todas as formas de manifestação livre de pensar e do espaço livre de cada um atuar segundo o seu pensamento político o que há é abuso não de quem se expressa, mas de quem limita a expressão.

[...]

O mandamento normativo cerceador durante o período eleitoral está previsto no artigo 37 da Lei 9.504/97, vedando “a veiculação

de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados nos espaços indicados na norma”.

A interpretação do referido dispositivo deve sempre ser realizada de maneira absolutamente restritiva, pois é cerceadora do debate político [...].

[...]

Não se trata, aqui, de fazer letra morta do art. 37 da Lei das Eleições, que tem a função relevante de coibir o abuso do poder político e econômico, os quais não devem influenciar nem as eleições nem mesmo, ressaltado, as atividades acadêmicas da universidade. A tal dispositivo, porém, deve ser dada a leitura correta diante de valores da máxima envergadura que com ele podem colidir. Notadamente, destaco, a liberdade de expressão de pensamento, a liberdade acadêmica e a autonomia universitária em sua dimensão didático-científica.

FINALIDADE DO ART. 37 DA LEI Nº 9.504/1997

A finalidade da norma na qual se regulamenta a propaganda eleitoral e impõe proibição de alguns comportamentos em períodos especificados é impedir o abuso do poder econômico e político e preservar a igualdade entre os candidatos no processo.

A norma visa ao resguardo da liberdade do cidadão, ao amplo acesso das informações para que ele decida conforme sua conclusão livremente obtida, sem cerceamento direto ou indireto a seu direito de escolha.

A vedação legalmente imposta tem finalidade específica. Logo, o que não se contiver nos limites da finalidade de lisura do processo eleitoral e, diversamente, atingir a livre manifestação

do cidadão não se afina com a teleologia da norma eleitoral, menos ainda com os princípios constitucionais garantidores da liberdade de pensamento, de manifestação, de informação, de aprender e ensinar.

AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

[...] dentre todas as corporações, públicas ou privadas, é precisamente no seio das universidades que a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento deve ser assegurada do modo mais amplo possível, vedada a imposição de quaisquer barreiras, quer formais quer informais, visto que, seja qual for a sua natureza, laicas ou mesmo confessionais, elas todas ostentam uma posição *sui generis* no cenário cultural, pois lhes é assegurada constitucionalmente a autonomia didático-científica, bem assim a irrestrita liberdade de expressão por parte de alunos e professores, resguardadas, por óbvio, as regras básicas de convivência civilizada.

Como bem pontuam Jean-Paul Veiga da Rocha e Diogo R. Coutinho, a universidade somente pode cumprir sua função numa sociedade livre, democrática, plural e decente se houver liberdade acadêmica e, talvez, esta sociedade somente possa existir onde houver universidade que produza “conhecimento de forma autônoma, protegida contra pressões externas”.

Sublinho que a verdade contida nessas assertivas decorre de serem as universidades os templos onde se cultua de forma desinteressada a ciência em todas as suas formas. Por isso mesmo, ainda que se admita que as vedações estabelecidas pela legislação eleitoral podem, em tese, incidir com maior rigor em determinadas repartições públicas, tal não se aplica às instituições de ensino superior, nas quais a autonomia acadêmica e a

livre manifestação do pensamento, por definição constitucional, hão de ser as mais amplas possíveis.

[...]

A autonomia é o espaço de discricionariedade deixado constitucionalmente à atuação normativa infralegal de cada universidade para o excelente desempenho de suas funções constitucionais. Reitere-se: universidades são espaços de liberdade e de libertação pessoal e política. Seu título indica a pluralidade e o respeito às diferenças, às divergências para se formarem consensos, legítimos apenas quando decorrentes de manifestações livres. Discordâncias são próprias das liberdades individuais. As pessoas divergem, não se tornam por isso inimigas. As pessoas criticam. Não se tornam por isso ingratas. Democracia não é unanimidade. Consenso não é imposição, é conformação livre a partir de diferenças respeitadas.

Daí ali ser expressamente assegurado pela Constituição da República a liberdade de aprender e de ensinar e de divulgar livremente o pensamento, porque sem a manifestação garantida o pensamento é ideia engaiolada.

Também o pluralismo de ideias está na base da autonomia universitária como extensão do princípio fundante da democracia brasileira, que é exposta no inc. V do art. 1º da Constituição do Brasil.

[...]

Cabe a esta Corte, no exercício da tutela constitucional da defesa das liberdades públicas, proteger de forma incondicional as universidades, que sempre foram bastiões da independência, da autonomia e da emancipação do pensamento nacional, e que como tal foram erigidas pelo Poder Constitucional, no art. 207 da Carta Magna.

DOCTRINA CITADA

ROCHA, Jean-Paul Veiga da; COUTINHO, Diogo R. Liberdade acadêmica, hierarquia e autonomia: STF pode reconhecer e proteger de forma contundente a liberdade acadêmica ao julgar a ADPF 548. **JOTA**, 31 out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/liberdade-academica-hierarquia-e-autonomia-31102018>. Acesso em: 31 out. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed., rev. e atual. até a Emenda constitucional n. 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 562-563.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. **Inteiro teor do acórdão da ADPF 548**
2. *Amicus curiae*
3. **Vídeo do programa da TV Justiça “Plenárias”**
4. **Vídeos do julgamento**

Vídeo 1

Vídeo 2

IDENTIDADE DE GÊNERO

É inconstitucional lei municipal
que proíba a divulgação de
material sobre questões de gênero
nas escolas.

[ADPF 457, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 27-4-2020,
P, DJE de 3-6-2020.]

RESUMO

A eventual necessidade de suplementação da legislação federal, com vistas à regulamentação de interesse local (art. 30, I e II, CRFB/88), não justifica a proibição de conteúdo pedagógico, não correspondente às diretrizes fixadas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996). A lei municipal, ao proibir divulgação de material com referência a ideologia de gênero nas escolas municipais, não cumpre com o dever estatal de promover políticas de inclusão e de igualdade, contribuindo para a manutenção da discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero.



Oposição do silêncio

- **contraria objetivos e princípios fundamentais** da República Federativa do Brasil

Contrariedade ao **objetivo fundamental** relacionado à **promoção do bem de todos**

- **todos são iguais** perante a lei, **sem distinção** de qualquer natureza

PROIBIÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE MATERIAL DIDÁTICO COM CONTEÚDO RELACIONADO À TEMÁTICA DE GÊNERO NAS ESCOLAS

Princípio de Yogyakarta

- aplicação da **legislação internacional** sobre **direitos humanos** em relação à orientação sexual e identidade de gênero

O reconhecimento da **identidade de gênero** é, portanto, constitutivo da **dignidade humana**



11 X 0¹⁶

Vencedores no mérito:



Min. **Alexandre de Moraes** – Relator

Min. **Edson Fachin** – voto escrito

Min. **Roberto Barroso**

Min. **Rosa Weber**

Min. **Luiz Fux**

Min. **Cármem Lúcia**

Min. **Ricardo Lewandowski**

Min. **Gilmar Mendes** – voto escrito

Min. **Marco Aurélio**

Min. **Celso de Mello**

Min. **Dias Toffoli** – Presidente

¹⁶ Julgamento realizado pelo Plenário Virtual com ordem de julgamento livre.

FUNDAMENTOS

A IMPOSIÇÃO DO SILÊNCIO CONTRARIA OBJETIVOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Ao aderir à imposição do silêncio, da censura e, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia, a Lei municipal impugnada contrariou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, relacionado à promoção do bem de todos (art. 3º, IV, CF), e, por consequência, o princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*, CF).

Regentes da ministração do ensino no País, os princípios atinentes à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II, CF) e ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), amplamente reconduzíveis à proibição da censura em atividades culturais em geral e, consequentemente, à liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF), não se direcionam apenas a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas eventualmente não compartilhadas pelas majorias.

[...]

[...] as normas impugnadas, ao proibirem qualquer referência à diversidade de gênero no material didático utilizado em escolas da rede pública de ensino, acabam cristalizando uma cosmovisão tradicional de gênero e sexualidade que ignoram o pluralismo da sociedade moderna.

IDENTIDADE DE GÊNERO

[...] é extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

[...] como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo.

[...]

O reconhecimento da identidade de gênero é, portanto, constitutivo da dignidade humana. O Estado, para garantir o gozo pleno dos direitos humanos, não pode vedar aos estudantes o acesso a conhecimento a respeito de seus direitos de personalidade e de identidade.

[...]

[...] cumpre registrar que a ausência de debate sobre questões envolvendo sexo e gênero não equivale à suposta “neutralidade” sobre o assunto. Na verdade, reflete uma posição política e ideológica bem delimitada, que optar por reforçar os preconceitos e a discriminação existentes na sociedade.

DOCTRINA CITADA

PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 28 fev. 2023.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS¹⁷

1. Inteiro teor do acórdão da ADPF 457
2. *Amicus curiae*

¹⁷ A ausência de áudio e/ou vídeo justifica-se em razão de o julgamento ter sido realizado em ambiente virtual.

DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

É incompatível com a Constituição
Federal dispositivo de decreto-
-lei que trata de despesas
confidenciais.

[ADPF 129, rel. min. Edson Fachin, j. 5-11-2019,
P, DJE de 9-12-2019.]

RESUMO

O Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição de 1988 estabeleceu, como regra, a publicidade das informações referentes às despesas públicas, prescrevendo o sigilo como exceção, admitido apenas quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Reconhecida a incompatibilidade com o texto constitucional do art. 86 do Decreto-Lei 200/1967.



Responsividade dos agentes públicos

Viabilidade de **acesso à informação** pública

Transparência

- liberdade de expressão
- Estado Constitucional de Direito = democrático

Publicidade é a regra

- **sigilo** é a excepcional exceção

PUBLICIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Liberdade de acesso às informações públicas

- **Restrição**
 - prevista em **lei** e com **devido processo legal**
 - proteção da **intimidade** e da **segurança nacional**
 - **necessária e proporcional**

Art. 86 do **Decreto-Lei 200/1967** = **previsão genérica**

- insuficiente para amparar a restrição ao direito de acesso à informação



6 X 5¹⁸

Vencedores no mérito:



Min. **Edson Fachin** – Relator

Min. **Luiz Fux**

Min. **Cármem Lúcia**

Min. **Ricardo Lewandowski**

Min. **Marco Aurélio**

Min. **Celso de Mello**

Vencidos no mérito:

Min. **Alexandre de Moraes** – voto escrito

Min. **Roberto Barroso**

Min. **Rosa Weber**

Min. **Gilmar Mendes** – voto escrito

Min. **Dias Toffoli** – Presidente

¹⁸ Julgamento realizado pelo Plenário Virtual com ordem de julgamento livre.

FUNDAMENTOS

PUBLICIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

[...] o princípio da publicidade dos atos da administração pública encontra-se ligado à responsividade dos agentes públicos perante a cidadania, esta última um dos fundamentos de nossa República (art. 1º, II, CRFB). Mais fundamentalmente, o direito à publicidade viabiliza o acesso à informação pública, direito que é corolário da liberdade de expressão.

[...] a partir da noção de publicidade e, com ela, de transparência, há direta e própria referibilidade à instituição de um Estado Constitucional de Direito que se pretende democrático, no qual, recorde-se aqui o texto expresso da Constituição, todo o poder dimana do povo (Art. 1º, parágrafo único, CRFB).

[...]

A ordem constitucional vigente estabeleceu a publicidade administrativa como regra geral em um esforço para buscar a transparência na utilização das verbas públicas. Ao assim proceder, deu ampla e integral proteção ao direito à liberdade de expressão, que é definido não apenas como o direito de divulgar, mas também o de receber e buscar informações.

Mais do que isso, tal modo de se lidar com a coisa pública possibilita a ampla fiscalização dos agentes estatais pela cidadania em razão de eventuais irregularidades que eventualmente venham a ser cometidas, possibilitando, portanto, a responsabilização dos agentes públicos.

Noutras palavras, a Constituição da República nutriu um prestigioso compromisso com a liberdade de informação, a publicidade e a transparência das atividades estatais, de modo que o

sigilo, quando referido no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional, deve ser interpretado de forma restritiva, levando-se em conta a dimensão pluralística e democrática do estado brasileiro.

[...]

A publicidade é a regra, o sigilo, a excepcional exceção.

LIBERDADE DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PÚBLICAS

O art. 37, § 3º, II, da CRFB tratou de incumbir à lei as formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, especialmente quanto ao acesso dos usuários a registros administrativos e as informações sobre atos de governo, fazendo ressalva, nesse ponto, quanto aos incisos X e XXXIII, do art. 5º, da CRFB, que tratam, respectivamente, da inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas e do sigilo das informações imprescindíveis à segurança nacional.

A leitura sistemática da Constituição permite reconhecer, assim, que o direito de acesso à informação pública é amplo e a limitação a esse direito é estrita, devendo, portanto, ser legalmente prevista e amparada na finalidade de proteção à intimidade e ao sigilo de dados imprescindíveis à segurança nacional. Além disso, como é um direito, a sua restrição deve ter por base o devido processo legal e, portanto, deve ser proporcionalmente justificada. Por isso, quanto maior for o sigilo, mais completas devem ser as justificativas para que, em nome da proteção da sociedade e do Estado, tais movimentações se realizem.

[...] em sociedades democráticas, algumas informações podem ser legitimamente objeto de restrições a seu amplo acesso; é evi-

dente, no entanto, que apenas em excepcionais circunstâncias ele se encontra justificado.

[...]

Os tratados internacionais e a própria Constituição Federal convergem no sentido de se reconhecer não apenas a ampla liberdade de acesso às informações públicas, corolário do direito à liberdade de expressão, mas também a possibilidade de restringir o acesso, desde de que (i) haja previsão legal; (ii) destina-se a proteger a intimidade e a segurança nacional; e (iii) seja necessária e proporcional.

[...]

[...] disposto em termos demasiadamente genéricos, a previsão constante do art. 86 do Decreto-Lei 200/67, embora veiculada em norma jurídica, é insuficiente para amparar a restrição ao direito de acesso à informação. Não prevê a lei a única hipótese em que a restrição é admitida, isto é, proteção da segurança nacional, nem regula o direito dos cidadãos de entenderem eventual restrição.

DOCTRINA CITADA

FACHIN, Luiz Edson. A promoção da transparência pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 53.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15. ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 562.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos fundamentais e orçamento: despesas sigilosas e o direito à verdade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (org.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 231.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed., atual. até a Emenda Constitucional 83, de 5.8.2014. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 132.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS¹⁹

1. Inteiro teor do acórdão da ADPF 129

2. Julgado relacionado

RE 865.401, rel. min. Dias Toffoli, j. 25-4-2018, P, *DJE* de 19-10-2018, Tema 832.

¹⁹ A ausência de áudio e/ou vídeo justifica-se em razão de o julgamento ter sido realizado em ambiente virtual.

TOLERÂNCIA E RESPEITO À DIVERSIDADE

Práticas homofóbicas e
transfóbicas configuram atos
delituosos.

[**ADO 26**, rel. min. Celso de Mello, j. 13-6-2019,
P, *DJE* de 6-10-2020.]

TESE FIXADA

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, *in fine*);

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípi-

cos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.



Reunião de **pessoas e grupos sociais distintos**

- unidos pela **vulnerabilidade**
- agravada por práticas discriminatórias e atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais

Direito à autodeterminação

- poder fundamental de qualquer pessoa

Condutas **homofóbicas e transfóbicas = racismo**

- delitos enquadrados na Lei 7.716/1989

GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - LGBT+

Igualdade em dignidade e direitos

Liberdade de expressão

- garantia de **opinião divergente**

Construção de **espaço de liberdade**

- apto ao **crescimento** de **ideias** em ambiente de tolerância

Discurso de ódio **não é amparado** pela liberdade de expressão



8 X 3

Vencedores no mérito:



Min. **Celso de Mello** – Relator

Min. Edson Fachin

Min. Alexandre de Moraes

Min. Roberto Barroso

Min. Rosa Weber

Min. Luiz Fux

Min. Cármen Lúcia

Min. Gilmar Mendes

Vencidos no mérito:

Min. **Ricardo Lewandowski**
(parcialmente procedente)

Min. **Marco Aurélio**
(improcedente)

Min. **Dias Toffoli** (parcialmente procedente) – Presidente

FUNDAMENTOS

TERMINOLOGIA

[...] a sigla LGBT, no contexto dos debates nacionais e internacionais sobre a questão da diversidade sexual e de gênero, tem sido utilizada para designar a comunidade global das pessoas lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, além de outras definidas por sua orientação sexual ou identidade de gênero.

[...]

[...] a comunidade LGBT, longe de constituir uma coletividade homogênea, caracteriza-se, na verdade, pela diversidade de seus integrantes, sendo formada pela reunião de pessoas e grupos sociais distintos, apresentando elevado grau de diferenciação entre si, embora unidos por um ponto comum: a sua absoluta vulnerabilidade agravada por práticas discriminatórias e atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais.

IDEOLOGIA DE GÊNERO

O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, veio a assinalar que o direito à autodeterminação do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual, enquanto expressões do princípio do livre desenvolvimento da personalidade – longe de caracterizar mera “ideologia de gênero” ou teoria sobre a sexualidade humana – qualifica-se como poder fundamental de qualquer pessoa, inclusive daquela que compõe o grupo LGBT, poder jurídico esse impregnado de natureza constitucional, e que traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um

essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos [...].²⁰

PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, *in fine*).

²⁰ [...] tal como esta Corte já o fez quando do julgamento da união civil homoafetiva (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ), das quais foi relator o ministro Ayres Britto) e, também, no exame da controvérsia referente à alteração do prenome da pessoa transgênero, com redesignação do gênero por ela própria autopercebido, independentemente de cirurgia de transgenitalização (ADI 4.275, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Edson Fachin, j. 1º-3-2018, P, DJE de 7-3-2019).

NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO

Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica.

Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero!

Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie.

TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA “HARMONIA NA DIFERENÇA” E RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS

A proteção constitucional da liberdade de manifestação do pensamento, por revestir-se de caráter abrangente, estende-se, também, às ideias que causem profunda discordância ou que suscitem intenso clamor público ou que provoquem grave

rejeição por parte de correntes majoritárias ou hegemônicas em uma dada coletividade.

As ideias, nestas compreendidas as mensagens, inclusive as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso *United States v. Schwimmer* (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido (*dissenting opinion*) do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR.

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância.

O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua

identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele.

DOCTRINA CITADA

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direito LGBTI**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 123-125.

DIAS, Rodrigo Bernardes. **Estado, sexo e direito**: reflexões acerca do processo histórico de reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos fundamentais. São Paulo: SRS, 2015. p. 59-69, p. 331-332.

GIRARDI, Viviane. Direito fundamental à própria sexualidade. *In*: DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 367-370, item 3.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**: racismo, discriminação, preconceito, pornografia, financiamento público das atividades artísticas das campanhas eleitorais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 203-205.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2, p. 305.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 705-717.

SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de expressão e crimes de opinião**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 117-118.

SILVA JUNIOR, Jonas Alves da. Uma explosão de cores: sexo, sexualidade, gênero e diversidade. *In*: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Minorias sexuais: direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, 2012. p. 12-14.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 77-85.

TREVIZANI, Giovanna Bianca. Meu corpo, minhas regras: a transexualidade sob a luz do direito constitucional e as lacunas no Estado democrático de direito. *In*: DESLANDES, Keila (coord.). **Homotransfobia e direito sexuais: debates e embates contemporâneos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 98-100.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADO 26

2. *Amicus curiae*

3. Vídeos do julgamento

Vídeo 1

Vídeo 2

Vídeo 3

Vídeo 4

Vídeo 5

Vídeo 6

Vídeo 7

Vídeo 8

Vídeo 9

4. Julgado relacionado

MI 4.733, rel. min. Edson Fachin, j. 13-6-2019, P, DJE de 29-9-2020.

LIVRE ORGANIZAÇÃO DE ENTIDADES ESTUDANTIS

É constitucional lei estadual que estabelece direito de instalação, atuação e participação de centros, diretórios acadêmicos e diretórios centrais de estudantes no âmbito das instituições de ensino superior.

[ADI 3.757, rel. min. Dias Toffoli, j. 17-10-2018, P, DJE de 27-4-2020.]

RESUMO

É constitucional a norma estadual que assegura, no âmbito da educação superior: a livre criação e a auto-organização de centros e dire-tórios acadêmicos, seu funcionamento no espaço físico da faculdade, a livre circulação das ideias por eles produzidas, o acesso dos seus membros às salas de aula e a participação em órgãos colegiados, em observância aos mandamentos constitucionais da liberdade de asso-ciação, da promoção de uma educação plena e capacitadora para o exercício da cidadania e da gestão democrática da educação.



Constitucionalidade da norma estadual que assegura, no âmbito da educação superior, a **livre criação** e a **auto-organização** de centros e diretórios acadêmicos

- funcionamento no **espaço físico** da **faculdade**
- **livre divulgação** de jornais e outras publicações
- **livre circulação** das ideias por eles produzidas
- **acesso** dos seus membros às **salas de aula**
- participação em **órgãos colegiados**
 - **liberdade** de **associação**
 - promoção de uma **educação plena e capacitadora** para o exercício da cidadania
 - **gestão democrática** da educação

LIVRE ORGANIZAÇÃO DE ENTIDADES ESTUDANTIS

Inaplicabilidade às instituições federais e particulares de ensino superior

- por integrarem o **sistema federal**



6 X 2

Vencedores no mérito:



Min. Dias Toffoli –
Relator (Presidente)

Min. Roberto Barroso

Min. Edson Fachin

Min. Rosa Weber

Min. Luiz Fux

Min. Cármen Lúcia

Vencidos no mérito:

Min. Alexandre de Moraes

Min. Marco Aurélio

Ausentes:

Min. Celso de Mello

Min. Gilmar Mendes

Min. Ricardo Lewandowski

FUNDAMENTOS

LIVRE ORGANIZAÇÃO DE CENTROS ACADÊMICOS

Os diretórios e centros acadêmicos asseguram canais participativos e de representação aos estudantes e constituem parte importante do seu processo de formação, da capacitação para o exercício da cidadania e para a experiência democrática. São, por isso, instrumentais para a promoção do pleno desenvolvimento da pessoa e do seu preparo para o exercício da cidadania, como determinado pela Constituição (CF/1988, art. 205).

Os arts. 1º e 2º da Lei estadual nº 14.808/2005 não tratam de direito civil. Apenas asseguram a livre criação dos diretórios e dos centros acadêmicos, bem como a sua auto-organização, em respeito à liberdade de associação (CF/1988, art. 5º, XVII).

INSTALAÇÃO EM ÁREAS DA UNIVERSIDADE

Quanto aos arts. 3º e 4º da norma, que determinam a disponibilização de espaço físico nas instituições de ensino superior para a divulgação e instalação de diretórios e centrais estudantis, preferencialmente no prédio correspondente ao curso que o órgão estudantil representa, não há propriamente interferência sobre o patrimônio da universidade, tampouco violação à autonomia universitária, como alegado pelo relator.

A norma não traz especificações como espaço mínimo ou estrutura de que devem ser dotadas as áreas destinadas aos centros acadêmicos. Apenas prevê a alocação de algum espaço, onde tais centros e diretórios possam interagir com os alunos e se organizar. Trata-se tão-somente de garantir a sua presença na instituição de ensino superior, de modo a não frustrar a sua efetiva existência.

A LIVRE DIVULGAÇÃO DE PUBLICAÇÕES CONSAGRA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE CIRCULAÇÃO DA INFORMAÇÃO

[...] a previsão constante do art. 3º, I, da Lei 14.808/2005, que garante “a livre divulgação dos jornais e outras publicações dos Centros Acadêmicos, Diretórios Acadêmicos e Diretórios Centrais dos Estudantes”, apenas consagra a liberdade de expressão e de circulação da informação, tão cara à educação e ao processo democrático. A universidade é, por excelência, o ambiente adequado para tal divulgação. A reflexão e a formação da opinião pressupõem o acesso à informação e o livre confronto de ideias, condições essenciais para o processo democrático.

Não há que se falar, portanto, em violação à autonomia universitária no caso. A norma não tem o propósito de interferir diretamente sobre a proposta pedagógica das universidades, sobre os conteúdos dos cursos que oferecem ou sobre a sua gestão. A lei impugnada prevê apenas a proteção à criação e à efetiva atuação da representação dos alunos, bem como a livre circulação de ideias e de informações no âmbito de tais instituições, providências que inequivocamente amparadas pela Constituição.

PARTICIPAÇÃO EM CONSELHOS

O art. 3º, II, da norma, que estabelece “a participação dos Centros Acadêmicos, Diretórios Acadêmicos e Diretórios Centrais dos Estudantes nos Conselhos Fiscais e Consultivos das instituições de ensino”, ajusta-se à norma constitucional que determina a “gestão democrática do ensino público, na forma da lei” (art. 206, VI, CF). Encontra-se, ainda, em harmonia com o art. 56 da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN), que indica que tal gestão democrática pressupõe a exis-

tência de “órgãos colegiados deliberativos”, de que participem “os segmentos da comunidade institucional, local e regional”.

[...] a regra geral em relação à gestão de recursos públicos é a da publicidade. Essa é uma decorrência de um conjunto de normas constitucionais, tais como o direito de acesso à informação dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII), especialmente quanto à documentação governamental (art. 216, § 2º), o princípio da publicidade (art. 37, *caput*, CF) e o princípio republicano (art. 1º), do qual se originam os deveres de transparência e de prestação de contas, bem como a possibilidade de responsabilização ampla por eventuais irregularidades.

No mesmo sentido, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) prevê a “observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção” (art. 3º, I), e assegura o acesso à informação sobre “atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores (art. 7º, V, VI e VII, b)”, entre outros temas.

ACESSO ÀS SALAS DE AULA E DEMAIS ESPAÇOS DE CIRCULAÇÃO

O acesso dos centros e diretórios acadêmicos às salas de aula e demais espaços de circulação dos estudantes, frise-se, com a ressalva constante da própria norma, no sentido de que o exercício deste direito deve respeitar “o bom senso”, tampouco enseja violação à autonomia universitária. A própria norma

condiciona o exercício de tal direito ao “bom senso”, à razoabilidade, compatibilizando o livre acesso com a necessidade de funcionamento adequado da universidade.

[...] a livre circulação dos integrantes dos centros e diretórios acadêmicos nas universidades públicas é necessária para viabilizar a sua existência. Isso porque, como órgão de representação dos acadêmicos de uma Instituição de Ensino Superior, as atividades relacionadas à representação dos estudantes somente poderão ser viabilizadas caso os membros dos centros acadêmicos possam entrar em contato com os estudantes, para difundir ideias e mobilizar seus representados.

LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DO ESTADO E INVALIDADE DA MULTA APLICÁVEL EXCLUSIVAMENTE ÀS UNIVERSIDADES PARTICULARES

[...] as instituições federais e as instituições particulares de ensino superior integram o sistema federal (arts. 209 e 211, CF c/c arts. 16 e 17 da Lei 9.394/1996) e, por essa razão, não podem ser validamente alcançadas pela norma estadual. Interpretação conforme a Constituição dos arts. 1º a 4º, para excluir do âmbito de incidência da lei impugnada as mencionadas instituições.

Além disso, art. 5º da Lei nº 14.808/2005, ao estabelecer multa exclusivamente em desfavor das universidades privadas, desrespeita não apenas a competência legislativa da União para dispor sobre o sistema federal de ensino, mas igualmente o tratamento isonômico a que devem ser submetidas as diferentes instituições de nível superior. Trata-se, por isso, de dispositivo inconstitucional.

DOCTRINA CITADA

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 35, 1995. p. 28-29. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1470/1399>. Acesso em: 28 fev. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1291.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 97.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 335.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADI 3.757

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

É constitucional a Lei
nº 13.467/2017, que extinguiu a
contribuição sindical obrigatória.

[ADI 5.794, rel. min. Edson Fachin, red. do ac. min. Luiz Fux,
j. 29-6-2018, P, DJE de 23-4-2019.]

RESUMO

O engajamento notório de entidades sindicais em atividades políticas faz com que a exigência de financiamento por indivíduos a atividades políticas com as quais não concordam, por meio de contribuições compulsórias a sindicatos, configure violação à garantia fundamental da liberdade de expressão, protegida pelo art. 5º, IV, da Constituição.



A **supressão** no caráter **compulsório** das contribuições sindicais **não viola** o **princípio da autonomia** das **organizações sindicais**

Inexistência de **comando constitucional** impondo a compulsoriedade da contribuição sindical

É CONSTITUCIONAL A LEI 13.467/2017, QUE EXTINGUIU A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA

A **contribuição obrigatória** viola o princípio da **liberdade sindical**

- liberdade de **criação** e extinção de sindicatos, sem necessidade de prévia autorização do poder público
- liberdade de organização, administração e exercício das funções dos sindicatos
- livre filiação e desfiliação

Liberdades de **expressão**, de **associação** e de **sindicalização**



6 X 3

Vencedores no mérito:



Min. **Luiz Fux** – Redator
do acórdão

Min. **Alexandre de Moraes**

Min. **Roberto Barroso**

Min. **Gilmar Mendes**

Min. **Marco Aurélio**

Min. **Cármem Lúcia** – Presidente

Vencidos no mérito:

Min. **Edson Fachin** – Relator

Min. **Rosa Weber**

Min. **Dias Toffoli**

Ausentes:

Min. **Celso de Mello**

Min. **Ricardo Lewandowski**

FUNDAMENTOS

A SUPRESSÃO NO CARÁTER COMPULSÓRIO DAS CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS NÃO VIOLA O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS

A supressão do caráter compulsório das contribuições sindicais não vulnera o princípio constitucional da autonomia da organização sindical, previsto no art. 8º, I, da Carta Magna, nem configura retrocesso social e violação aos direitos básicos de proteção ao trabalhador insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 5º, XXXV, LV e LXXIV, 6º e 7º da Constituição.

[...]

O legislador democrático constatou que a contribuição compulsória gerava uma oferta excessiva e artificial de organizações sindicais, configurando uma perda social em detrimento dos trabalhadores, porquanto não apenas uma parcela dos vencimentos dos empregados era transferida para entidades sobre as quais eles possuíam pouca ou nenhuma ingerência, como também o número estratosférico de sindicatos não se traduzia em um correspondente aumento do bem-estar da categoria.

A garantia de uma fonte de custeio, independentemente de resultados, cria incentivos perversos para uma atuação dos sindicatos fraca e descompromissada com os anseios dos empregados, de modo que a Lei nº 13.467/2017 tem por escopo o fortalecimento e a eficiência das entidades sindicais, que passam a ser orientadas pela necessidade de perseguir os reais interesses dos trabalhadores, a fim de atraírem cada vez mais filiados.

INEXISTÊNCIA DE COMANDO CONSTITUCIONAL IMPONDO A COMPULSORIEDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

A Carta Magna não contém qualquer comando impondo a compulsoriedade da contribuição sindical, na medida em que o art. 8º, IV, da Constituição remete à lei a tarefa de dispor sobre a referida contribuição e o art. 149 da Lei Maior, por sua vez, limita-se a conferir à União o poder de criar contribuições sociais, o que, evidentemente, inclui a prerrogativa de extinguir ou modificar a natureza de contribuições existentes.

A CONTRIBUIÇÃO OBRIGATÓRIA VIOLA O PRINCÍPIO DA LIBERDADE SINDICAL

Além de não ser imposto pela Constituição, o modelo de financiamento compulsório conflita com o princípio da liberdade sindical. Esse princípio abrange diversas dimensões, das quais podemos destacar a liberdade de criação e extinção de sindicatos, sem necessidade de prévia autorização do Poder Público, a liberdade de organização, administração e exercício das funções dos sindicatos e a livre filiação e desfiliação. É essa última dimensão que se coloca no caso em análise.

As liberdades de filiação e de desfiliação têm por objetivo impedir a associação obrigatória. Portanto, seus destinatários não são apenas os sindicatos, mas também o Estado, que fica impedido de interferir nessa escolha. Nesse cenário, não apenas o regime da sindicalização compulsória ofende a liberdade sindical. A instituição de contribuições sindicais obrigatórias para toda a categoria, independentemente de sua filiação, não se compatibiliza com o princípio.

LIBERDADES DE EXPRESSÃO, DE ASSOCIAÇÃO E DE SINDICALIZAÇÃO

No que diz respeito à liberdade de expressão, é consabido que entidades sindicais frequentemente se engajam em atividades políticas, lançando e apoiando candidatos, conclamando protestos e mantendo estreitos laços com partidos políticos. Ocorre que o discurso político é o núcleo por excelência da liberdade de expressão. Ao exigir que indivíduos financiem atividades políticas com as quais não concordam, por meio de contribuições compulsórias a sindicatos, o regime anterior certamente vulnerava a garantia fundamental da liberdade de expressão, protegida pelo art. 5º, IV, da Constituição.

A esse respeito, é conveniente uma referência de Direito Comparado. No caso *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31*, julgado no dia 28 de junho de 2018, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que um trabalhador não filiado a sindicato não pode ser obrigado por lei a pagar contribuição sindical, denominada *agency fee*, ainda que sob o argumento de custear as atividades sindicais de negociação coletiva. Superando a orientação anteriormente fixada em *Abood v. Detroit Board of Education* (1977), entendeu a Corte que a extração forçada e não consentida de contribuições sindicais viola a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, a qual garante as liberdades de expressão e associação.

A Suprema Corte americana rebateu dois argumentos muito semelhantes aos lançados pelos Requerentes da presente Ação Direta. Primeiro, quanto à alegação de que sem as contribuições obrigatórias haveria enfraquecimento da atuação dos sindicatos, anotou-se que, nos 28 Estados em que há leis proibindo as exações compulsórias, milhões de trabalhadores continuam a ser representados por sindicatos, não tendo ocorrido prejuízo à “paz laboral” (*labor peace*).

Em segundo lugar, quanto ao risco de *free-riders* se beneficiarem da atuação dos sindicatos sem contribuírem para a sua manutenção, a Corte concluiu que na verdade são os sindicatos que se beneficiam da prerrogativa de representarem trabalhadores não filiados, aumentando seu poder político e influência. Mais ainda, o risco de *free-riders* não justifica a violação a liberdades fundamentais. Do contrário, alegou a Corte, seria preciso concluir que, para financiar grupos de *lobby* em favor de idosos, por exemplo, o governo poderia obrigar todos os idosos a pagar-lhes uma contribuição. Consignou-se que a “Primeira Emenda não permite que o governo obrigue uma pessoa a financiar a atuação de outra só porque o governo pensa que o seu discurso promove os interesses da pessoa que não quer pagar” (“*the First Amendment does not permit the government to compel a person to pay for another party’s speech just because the government thinks that the speech furthers the interests of the person who does not want to pay*”).

Além disso, ressaltou-se que a atuação dos sindicatos atinge o núcleo da liberdade de expressão dos trabalhadores, pois abrangem matérias centrais do debate público, como restrições orçamentárias, tributos, educação, suporte a dependentes menores, assistência à saúde e direitos das minorias. Por isso, entendeu-se que as contribuições sindicais obrigatórias violariam a liberdade de expressão dos não filiados sem gerar benefícios que justifiquem a restrição, quanto mais quando demonstrado que os sindicatos podem continuar sendo efetivos sem as *agency fees*. Com base nesses fundamentos, afirmou a Suprema Corte que: “empregados devem escolher financiar o sindicato antes que qualquer coisa lhes seja tomada” (“*employees must choose to support the union before anything is taken from them*”).

Perceba-se que, no caso americano, a lei obrigava o pagamento das contribuições sindicais e a mais alta Corte do país declarou a prática incompatível com os direitos fundamentais inscul-

pidos na Constituição. No caso ora em exame, a lei brasileira impede a cobrança de contribuições sindicais sem prévia e expressa autorização do empregado, mas as Requerentes das ADIs pretendem a declaração de que o pagamento forçado é decorrência da Constituição, malgrado os artigos 5º, incisos IV e XVII, e 8º, *caput*, garantam as liberdades de expressão, de associação e de sindicalização.

Não havendo razões teóricas ou elementos empíricos que tornem inadmissível a opção do legislador, é de se respeitar a sua escolha democrática, plasmada na reforma trabalhista sancionada pelo Presidente da República, em homenagem à presunção de constitucionalidade das leis.

DOCTRINA CITADA

ALMEIDA, Renato Rua de. As implicações da Lei da reforma trabalhista nos sindicatos. **Revista LTr**, v. 82, n. 4, abr. 2018.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 99.

AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2012. p. 214 e 229.

BARROS, Alice Monteiro de. Repensando o sindicato sob a ótica da globalização. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**, v. 31, n. 61, p. 197-202, jan./jun. 2000. Disponível em: https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27077/alice_monteiro_repensando_o_sindicato.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 28 fev. 2023.

BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. A Convenção 87 da OIT sobre a liberdade sindical de 1948: recomendações para a adequação do direito interno brasileiro aos princípios e regras internacionais do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 3, p. 124-219, jul./set. 2012. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/34308/2012_basso_maristela_convencao_oit.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 28 fev. 2023.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. p. 553.

BOLETIM DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS DO FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, Fundo de Amparo ao Trabalhador, nov./dez. 2017. Disponível em: <https://portalfat.mte.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/Boletim-de-Infoma%C3%A7%C3%B5es-Financeiras-do-FAT-6%-C2%BA-Bimestre-de-2017.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2023.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Fórum Nacional do Trabalho. Comissão de Sistematização. Relatório da 2ª Reunião – 11, 12, 13 de fevereiro de 2004. **Ministério do Trabalho e Emprego**, Brasília, [2004]. Disponível em: http://www3.mte.gov.br/fnt/comissao_relatorio2.asp. Acesso em: 28 fev. 2023.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Fundo de Amparo ao Trabalhador. Sobre o FAT. **Portal do Fundo de Amparo ao Trabalhador**, Brasília, 24 jan. 2018. Disponível em: <https://portalfat.mte.gov.br/resolucoes-2/resolucoes-por-assunto/geracao-de-emprego-e-renda/linhas-de-creditos-especiais/fat-giro-cooperativo-agropecuario/sobre-o-fat/>. Acesso em: 28 fev. 2023.

CARDOSO, Adalberto Moreira. Dimensões da crise do sindicalismo brasileiro. **Cadernos CRH**, v. 28, n. 75, p. 493-510, p. 502-503, set./dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/n7T4KCgy6HtkPp-WDddGSSfH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 fev. 2023.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 20. ed., rev., ampl. e atual. até a Emenda constitucional n. 44/2004. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 612.

CORREIA, Henrique. **Direito do trabalho**: para os concursos de analista do TRT, TST e MPU. 12. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 1370-1372.

CUNTO, Raphael Di; MARTINS, Arícia. Arrecadação das entidades de trabalhadores com imposto sindical diminui 80% em 2018. **Valor Econômico**, 4 maio 2018. Disponível somente para assinantes em: <http://www.valor.com.br/brasil/5501555/arrecadacao-das-entidades-detrabalhadore-com-imposto-sindical-diminui-80-em-2018>. Acesso em: 28 fev. 2023.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Fim da contribuição sindical obrigatória: consequências para as entidades sindicais e categorias representadas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, n. especial, p. 271-287, nov. 2017. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/35792/REVISTA-TRT3-Edicao-Especial-Reforma-Trabalhista-271-287.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 fev. 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, sistema trabalhista brasileiro e direito coletivo do trabalho. **Justiça do Trabalho**, p. 7-31, v. 32, n. 376, abr. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/151812/2015_delgado_mauricio_constituicao_republica.pdf?sequence=1&isAllowed=n. Acesso em: 28 fev. 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: LTR, 2017. p. 129 e 375.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 247.

FERNANDES, Anais. Governo inclui ganho com imposto sindical no orçamento. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 21 maio 2018. Disponível somente para assinantes em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/governo-inclui-ganho-com-imposto-sindical-no-orcamento.shtml>. Acesso em: 28 fev. 2023.

GALVÃO, Andrea (coord.). **Texto de discussão nº 5: movimento sindical e negociação coletiva**. Campinas: CESIT, 2017. Projeto de pesquisa: subsídios para a discussão sobre a reforma trabalhista no Brasil. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/11/Texto-de-discuss%C3%A3o-5-Negociacao-coletiva-e-sindicalismo-1.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2023.

GOMES, Angela Maria de Castro. **A invenção do trabalhismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 249.

GUNTHER, Luiz Eduardo. O fim da contribuição sindical obrigatória: a crônica de uma morte anunciada. *In*: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (coord.). **Reforma trabalhista ponto a ponto**. São Paulo: Ltr, 2018. p. 210-211.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Aspectos das relações de trabalho e sindicalização**: 2015. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv100322.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2018.

LEAL, Carla Reita F; MARTINAZZO, Waleska M. Piovan. A plena liberdade sindical no Brasil como resultado da aplicação da Convenção 87 da OIT e outros documentos internacionais. *In*: FRANCO FILHO, Georgenor De Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). **Direito internacional do trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil**. São Paulo: LTr, 2016. p. 78.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A contribuição sindical e sua natureza jurídica. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 81,

n. 2, p. 91-95, abr./jun. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95932/2015_martins_ives_contribuicao_sindical.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 28 fev. 2023.

MARTINS, Sérgio Pinto. Contribuição confederativa. In: PRADO, Ney (coord). **Direito sindical brasileiro: estudos em homenagem ao professor Arion Sayão Romita**. São Paulo: LTr, 1998. p. 350-366.

MARTINS, Sérgio Pinto. Contribuição sindical e a reforma trabalhista. **Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário**, n. 15, p. 479-476, ago. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Contribuições sindicais: direito comparado e internacional, contribuições assistencial, confederativa e sindical**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25-27.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 88.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 35-48, p. 201-208, p. 595-599.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. **Direito sindical**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 99-101, p. 106-107, p. 110-115.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. **Contribuições sindicais: modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical**. São Paulo: LTr, 2010. p. 90.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A liberdade sindical: recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT**. Brasília: OIT, 1997. p. 98-99. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_231054.pdf. Acesso em: 26 jun. 2018.

PEREIRA NETO, João Batista. **O sistema brasileiro de unicidade sindical e compulsoriedade de representação.** São Paulo: LTr, 2017. p. 28-36, p. 53, p. 60-61.

PERRINI, Valdyr. A inconstitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória compulsória e o quadripé do peleguismo. *In: DAL-LEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (coord.). Reforma trabalhista ponto a ponto.* São Paulo: LTr, 2018. p. 222.

PIOVESAN, Eduardo. Plenário ratifica extinção da contribuição sindical obrigatória e conclui reforma trabalhista. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 27 abr. 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/531606-PLENARIORATIFICA-EXTINCAO-DA-CONTRIBUICAO-SINDICAL-OBRIGATORIA-E-CONCLUIREFORMA-TRABALHISTA.html>. Acesso em: 28 fev. 2023.

REIS, Daniela Muradas. A imposição da contribuição sindical e o princípio da liberdade associativa: reflexões sobre o regime democrático e o financiamento sindical brasileiro. **Repertório de Jurisprudência IOB: trabalhista e previdenciário**, n. 5, p. 158-150, mar. 2012.

SAAD, Eduardo Gabriel. Federação, confederação e central sindical. *In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (coord.). Relações coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao ministro Arnaldo Süssekind.* São Paulo : LTr, 1989, p. 331-335.

SILVA, Otavio Pinto e. Extinção da contribuição sindical compulsória. **Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário**, n. 16, p. 482 e 483, ago. 2012.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Arranjos institucionais e estrutura sindical: o que há de novo no sistema jurídico sindical brasileiro? *In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto (coord.). Trabalho, constituição e cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas.* São Paulo : LTr, 2014, p. 262. 2014.

VIANA, Oliveira. **Problemas de direito sindical**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1943. 288 p. (Coleção de direito do trabalho, 5).

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADI 5.794

2. *Amicus curiae*

3. Vídeos do julgamento

Vídeo 1

Vídeo 2

Vídeo 3

4. Julgados relacionados

ADI 4.697, rel. min. Edson Fachin, j. 6-10-2016, P, DJE de 30-3-2017.

ADI 2.522, rel. min. Eros Grau, j. 8-6-2006, P, DJ de 18-8-2006.

PROPAGANDA ELEITORAL VIA TELEMARKETING

Constitucionalidade do § 2º do art. 25 da Resolução 23.404/2014 do TSE, que proíbe a realização de propaganda eleitoral via *telemarketing* em qualquer horário.

[ADI 5.122, rel. min. Edson Fachin, j. 3-5-2018,
P, DJE de 20-2-2020.]

RESUMO

A vedação à veiculação de propaganda política por meio de *tele-marketing* não configura controle prévio, por autoridade pública, do conteúdo ou da matéria a ser publicada.



Meios de propaganda permitidos pela Lei Eleitoral:

- **rol taxativo** (arts. 37, § 2º, e 38 da Lei 9.504/1997)

VEDAÇÃO À REALIZAÇÃO DE PROPAGANDA ELEITORAL VIA *TELEMARKETING*

Proibição de propagandas eleitorais via **telemarketing**:

- **não configura censura**
- **não viola** a liberdade de expressão e o direito à informação
- visa **assegurar** a manutenção do **sossego público**, da **intimidade** e da **vida privada**



8 X 1

Vencedores no mérito:



Min. Edson
Fachin – Relator

Min. Luiz Fux

Min. Alexandre de Moraes

Min. Rosa Weber

Min. Dias Toffoli

Min. Ricardo Lewandowski

Min. Celso de Mello

Min. Cármen Lúcia – Presidente

Vencido no mérito:

Min. Marco Aurélio

Ausentes:

Min. Roberto Barroso

Min. Gilmar Mendes

FUNDAMENTOS

MEIOS DE PROPAGANDA PERMITIDOS PELA LEI ELEITORAL (ARTS. 37, § 2º, E 38 DA LEI Nº 9.504/1997)

[...] os arts. 37, § 2º e 38, da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições) estabelecem um rol taxativo das situações em que a propaganda eleitoral pode ser realizada independentemente de autorização. Logo, concluiu-se que as demais formas de divulgação utilizadas pelos partidos políticos e por seus candidatos somente poderiam ocorrer com a chancela da Justiça Especializada.

Portanto, nada impede o Tribunal Superior Eleitoral se antecipar a eventuais pedidos de autorização, e vedar, desde logo, o uso de determinada técnica propagandística, qual seja, o uso de *telemarketing*, sem que isso caracterize usurpação de competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Eleitoral.

CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA RESOLUÇÃO 23.404/ 2014

O art. 25, § 2º, da citada Resolução (n. 23.404/2014) extraiu seu fundamento do art. 243, VI, do Código Eleitoral, que não tolera a propaganda que “perturbe o sossego público, com algazarras e abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos”, bem como dos incisos X e XI do art. 5º, da Constituição da República, que preservam a intimidade, a vida e a inviolabilidade domiciliar do eleitor.

Assim, o dispositivo da Resolução ora impugnada, além de concretizar o conteúdo material do Código Eleitoral, que determina a preservação do sossego público, limita o alcance da propa-

ganda política à esfera de intimidade do eleitor. Isso porque o uso de aparelhos telefônicos destinam-se, em regra, aos ambientes profissionais ou residenciais do cidadão, espaços protegidos contra intervenções arbitrárias que não tenham conotação de proteção a direitos de feição coletiva.

No caso dos autos, o parágrafo 2º do artigo 25 da Resolução nº 23.404/2014 proibiu, de forma indistinta, o uso de *telemarketing* para a realização de propaganda eleitoral. Criou regra nova, condizente com a exigência de atuação eficiente da Justiça Eleitoral. Longe de configurar ato inconstitucional, o dispositivo constitui meio idôneo para a preservação da higidez do processo eleitoral.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À INFORMAÇÃO X DIREITO À INTIMIDADE E AO SOSSEGO

[...] no Direito Eleitoral, o caráter dialético imanente às disputas político-eleitorais exige maior deferência à liberdade de expressão e de pensamento. Nesse cenário, recomenda-se a intervenção mínima do Judiciário nas manifestações próprias do embate eleitoral, sob pena de se tolher substancialmente o conteúdo da liberdade de expressão.

Deveras, a Justiça Eleitoral deve abster-se de tentar impedir “que os indivíduos decidam quais informações entendem relevantes para a formação de suas convicções políticas”, notadamente porque toda visão paternalista, nesse campo, revela-se “intrinsecamente incompatível com a democracia, uma vez que nega aos indivíduos a autonomia fundamental à própria ideia de autogoverno e de soberania popular, tratando-lhes como ‘eternas crianças imaturas’” (OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum 2017, p. 221, com

referência ao parecer de Sepúlveda Pertence, na qualidade de Procurador-Geral Eleitoral, nos Mandados de Segurança 984, 997 e 1.008, de 26/10/1988).

No âmbito político-eleitoral, a meu sentir, essa proeminência da liberdade de expressão deve ser trasladada por óbvias razões: os cidadãos devem ser informados da variedade e riqueza de assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo, sem que isso implique, em linha de princípio, violação às normas que regulam a comunicação social (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 116-119).

No campo da comunicação política, pois, a livre circulação de ideias e opiniões deve prosperar, em definitivo, máxime porque a democracia se desenvolve sob a crença no valor do diálogo e sob a premissa de que os sujeitos participantes gozam de uma certa capacidade intelectual para tomar parte, em condições de igualdade, das circunstâncias relativas aos assuntos que conclamam uma atenção comum (PERROUX, citado por BURGUERA AMEAVE. *Democracia electoral: comunicación y poder*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2013, p. 33).

[...]

Sucede que, a despeito de sua *preferred position* nas democracias constitucionais contemporâneas, a liberdade de expressão, tal como os demais direitos e garantias fundamentais, pode sofrer limitações. Como sugere Gregorio Badeni (BADENI, Gregorio. *Tratado de libertad de prensa*. Buenos Aires: Lexis Nevis, 2002, p. 21), se alguma liberdade jurídica fosse absoluta, seria impossível concretizar uma vida social em liberdade. Daí que as liberdades constitucionais encontram-se condicionadas à adequação do indivíduo à ordem jurídica da comunidade global. Mais: é essa mesma *ratio essendi* que admite a imposição de

restrições razoáveis, aquelas vocacionadas à harmonização dos interesses individuais rumo à satisfação do interesse comum. No valioso escólio de Robert Alexy, é impossível a existência de um “*estado global de liberdade*” não apenas em função dos choques entre direitos subjetivos e competências que condicionam a sua existência, mas ainda em função de inúmeras características presentes na organização estatal e na sociedade (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 379).

Sob esse prisma, não há negar que mesmo uma *liberdade preferencial*, como a de expressão, pode ser limitada em uma atividade de ponderação, máxime quando o seu modo de exteriorização redunde em um menoscabo de outro princípio prioritário segundo o quadro da Constituição. [...]

[...]

Na espécie, é evidente que a alegada inconstitucionalidade do art. 25, § 2º, da Resolução 23.404/2014 do Tribunal Superior Eleitoral, patentemente respaldado pelo art. 243, VI, do Código Eleitoral, suscita um aparente choque entre princípios: de um lado, as garantias relativas à liberdade de expressão, à liberdade da propaganda e ao direito do eleitor à informação; e, de outro, o direito à intimidade e ao sossego. O deslinde da questão, então, não pode deixar de passar pela análise do *status* daquelas garantias da personalidade específicas no plano constitucional.

[...]

Destarte, a medida plasmada no art. 25, § 2º, da Resolução 23.404 é apta a promover o fim a que se destina (*i.e.*, salvaguardar a intimidade dos cidadãos). Ela visa a impedir transtornos no local de descanso dos indivíduos, que certamente seriam invadidos por um sem-número de chamadas telefônicas indesejáveis, provenientes de dezenas, por vezes centenas de candidatos, no

curto espaço de mais ou menos quarenta e cinco dias em que se desenvolvem as campanhas eleitorais.

[...]

[...] a solução alvitada pelo Tribunal Superior Eleitoral, ao proscurever propagandas via *telemarketing*, atende à proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque a incidência limitativa sobre a liberdade de expressão é insignificante, considerando-se que segue à disposição dos candidatos um farto catálogo de opções publicitárias, sendo-lhes, ainda, totalmente possível fazer com que suas mensagens cheguem ao corpo de cidadãos.

DOCTRINA CITADA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 116.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. Funções da Justiça Eleitoral. *In*: SANTANA, Alexandre Ávalo *et al.* (coord.). **O novo direito eleitoral brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 415-428.

ALVIM, Frederico. **Curso de direito eleitoral**. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016. p. 70-71.

BADENI, Gregorio. **Tratado de libertad de prensa**. Buenos Aires: Lexis Nevis, 2002. p. 21.

BURGUERA AMEAVE, Leyre. **Democracia electoral: comunicación y poder**. Madrid: Congreso de los Diputados, 2013. p. 33.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 116-119.

OSORIO, Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 221.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADI 5.122

2. Vídeo do programa da TV Justiça

3. Julgados relacionados

ADI 4.451, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2018, P, DJE de 6-3-2019.

ADI 5.488, rel. min. Dias Toffoli, j. 31-8-2016, P, DJE de 19-12-2017.

ADI 3.741, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 6-8-2006, P, DJE de 23-2-2007.

LIMITE À MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO RELIGIOSO

A intolerância religiosa não
está protegida pela cláusula
constitucional que assegura a
liberdade de expressão.

[RHC 146.303, rel. min. Edson Fachin, red. do ac. min. Dias
Toffoli, j. 6-3-2018, 2ª T, DJE de 7-8-2018.]

RESUMO

Os postulados da igualdade e da dignidade pessoal constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode ser exercida com o propósito de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e expressões de ódio público por motivo de crença religiosa ou de convicção política ou filosófica.



A **liberdade** de **expressão** e a **livre manifestação** do **pensamento** integram a própria concepção do direito à liberdade religiosa

A liberdade religiosa **não** ostenta carácter absoluto

DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

Deve haver **respeito** a ideologias religiosas, direitos e liberdades das demais pessoas

- **tolerância** religiosa
- livre **circulação** de ideias

A incitação ao ódio público **não** está amparada pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão



4 X 1

Vencedores no mérito:



Min. **Dias Toffoli** –
Redator do acórdão

Min. **Ricardo Lewandowski**

Min. **Gilmar Mendes**

Min. **Celso de Mello**

Vencido no mérito:

Min. **Edson Fachin** –
Relator (Presidente da Turma)

FUNDAMENTOS

LIBERDADE RELIGIOSA E A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

O direito à liberdade de crença, portanto, guarda íntima relação com o direito à livre manifestação do pensamento, seja do pensamento religioso, seja das ideias agnósticas, sendo um contrasenso que a exteriorização do pensamento de uns seja tolhido em nome da proteção da liberdade de crença de outrem.

A liberdade de crença, desse modo, pressupõe a existência de autonomia para professar e exprimir uma religião, um credo ou a ausência dele. Retrata, portanto, a liberdade “de acreditar ou não em algo” (Uadi Lammêgo Bulos, Curso de Direito Constitucional, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 558), e, mais que isso, se consubstancia na unidade entre crença e conduta, de forma que haja uma “autodeterminação existencial a partir dela (crença)” (Fábio Carvalho Leite. Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 458).

Dito de outro modo: a liberdade de crença assegurada no art. 5º, VI, da CF/88 não se limita ao direito de construção de um pensamento religioso, envolvendo, também a possibilidade de que o destinatário dessa liberdade se autodetermine de acordo com seu credo.

Sob essa compreensão é que se permite aos que professam alguma fé a realização de cultos e a manifestação de suas liturgias. Também sob esse entendimento é que protege a Constituição diversas formas de exteriorização da crença, inclusive em âmbito coletivo. Ainda sob essa percepção é que se resguarda

os que professam uma religião de qualquer restrição de direito motivada em sua crença religiosa.

[...]

[...] a exteriorização do pensamento e da crença encontra proteção constitucional, integrando a própria concepção do direito de liberdade religiosa.

LIBERDADE RELIGIOSA: HARMONIZAÇÃO COM AS DEMAIS LIBERDADES

A liberdade religiosa, com sói acontecer com os demais direitos fundamentais, não ostenta caráter absoluto.

[...]

[...] a linha tênue a favor da liberdade religiosa deve ceder espaço à liberdade e inviolabilidade de crença alheia (direitos e liberdades das demais pessoas), respeitando-se as diferenças sem escarnecer ou vilipendiar objeto de culto religioso de outrem.

Relembre-se que, no seio da liberdade religiosa, está o direito de “confeccionar, adquirir e utilizar, em quantidade adequada, os artigos e materiais necessários relacionados com os ritos ou costumes de determinada religião ou convicção”, além de “escrever, publicar e divulgar publicações relevantes nestas áreas”.

E mais: está assegurada “a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino”, contanto que se respeitem os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Em outras palavras: não obstante seja assegurada essa liberdade de professar sua fé, em público, através de culto, observâncias

das regras próprias e o ensino dessa linha teológica, deve haver o respeito às ideologias dos demais concidadãos sem que se atinjam de maneira vil as convicções alheias.

[...]

No que respeita à liberdade religiosa, há, como dito acima, variadas nuances em sua concepção, inclusive a que assegura o direito à liberdade de não crer, ou de crer de modo distinto dos demais, sem seguimento a um discurso único de crença. O direito à liberdade religiosa é, portanto, em grande medida, o direito à multiplicidade de crenças/descrenças religiosas, que se vinculam e se harmonizam – para a sobrevivência de toda essa multiplicidade de fés protegida constitucionalmente – na chamada tolerância religiosa.

ALCANCE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM RELAÇÃO AO “DISCURSO DE ÓDIO”

As ideias, ninguém o desconhece, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento, inclusive o pensamento religioso, não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores

essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância.

[...]

Daí a essencialidade de propiciar-se a livre circulação de ideias, particularmente no plano das formulações de índole confessional, eis que tal prerrogativa individual representa um signo inerente às formações democráticas que convivem com a diversidade, vale dizer, com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, em dado momento histórico-cultural, o *mainstream*, ou seja, a corrente dominante em determinada sociedade.

Irrecusável, contudo, que o direito de dissentir, que constitui irradiação das liberdades do pensamento, não obstante a sua extração eminentemente constitucional, deslegitima-se quando a sua exteriorização atingir, lesionando-os, valores e bens jurídicos postos sob a imediata tutela da ordem constitucional, como sucede com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral.

É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

[...]

É que pronunciamentos, como os de que trata este processo, que extravasam os limites da prática confessional, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público contra fiéis de outras denominações religiosas, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do

pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio público a outras denominações confessionais – veiculadas com evidente superação dos limites da pregação religiosa – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.

[...]

[...] os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.

DOCTRINA CITADA

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev. e atual. de acordo com a Emenda constitucional n. 66/2011. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 558.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 458.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão do RHC 146.303

2. Vídeo do julgamento

3. Julgado relacionado

ADI 4.439, rel. min. Roberto Barroso, red. do ac. min. Alexandre de Moraes, j. 27-9-2017, P, DJE de 21-6-2018.

NOVO MARCO REGULATÓRIO DA TELEVISÃO POR ASSINATURA

É inconstitucional a reserva de mercado em favor de agências de publicidade nacionais para veiculação de propaganda comercial nas TVs por assinatura.

[**ADI 4.923**, rel. min. Luiz Fux, j. 8-11-2017,
P, *DJE* de 5-4-2018.]

RESUMO

É inconstitucional o art. 25 da Lei 12.485/2011, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado (TVs por assinatura). O dispositivo veda a oferta de canais que veiculem publicidade comercial direcionada ao público brasileiro, contratada no exterior, por agência de publicidade estrangeira.



Constitucionalidade das **restrições** impostas à **propriedade cruzada** e à **verticalização** da **cadeia de valor** do audiovisual

- coíbem o **abuso** do **poder econômico**
- evitam a **concentração excessiva** do **mercado**

Restrição à **participação** de **estrangeiros** nas atividades de **programação** e **empacotamento** de conteúdo audiovisual de acesso condicionado

- atividade de **comunicação em massa**
 - preservação da **soberania** e **identidade nacionais**
 - **pluralismo** informativo
 - **igualdade** entre os prestadores de serviço

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 25 DA LEI 12.485/2011, QUE DISPÕE SOBRE A COMUNICAÇÃO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO (TVS POR ASSINATURA)

Exigência de **credenciamento prévio** na **Ancine**

- **não tolhe** a liberdade de manifestação
- serve para determinar se os agentes econômicos estão **prestando serviço** em **conformidade**

Política de **cotas** de **conteúdo nacional**

- **promove** a **cultura** brasileira
- estimula a **produção independente**

Validade da imposição às concessionárias de radiodifusão de sons e imagens do dever de **disponibilização gratuita** dos **canais de sinal aberto** às distribuidoras do Serviço de Acesso Condicionado (**SeAC**)

- **não ofende** a liberdade de iniciativa nem os direitos de propriedade intelectual



8 X 0

Vencedores no mérito:



Min. Luiz
Fux – Relator

Min. Edson Fachin

Min. Roberto Barroso

Min. Teori Zavascki

Min. Rosa Weber

Min. Dias Toffoli

Min. Marco Aurélio

Min. Cármen Lúcia – Presidente

Ausentes:

Min. Celso de Mello

Min. Gilmar Mendes

Min. Ricardo Lewandowski

FUNDAMENTOS

RESTRIÇÕES IMPOSTAS À PROPRIEDADE CRUZADA E À VERTICALIZAÇÃO DA CADEIA DE VALOR DO AUDIOVISUAL

[...] as regras proibitivas da propriedade cruzada entre os setores de radiodifusão e de telecomunicações, bem como aquelas impeditivas da verticalização da cadeia de valor do audiovisual nada mais fazem do que, direta e imediatamente, concretizar os comandos constitucionais inscritos no art. 170, § 4º, e 220, §5º, da Lei Maior, no sentido de coibir o abuso do poder econômico e evitar a concentração excessiva do mercado. Cuida-se, portanto, de regras antitruste que buscam prevenir a configuração de falhas de mercado (monopólios e oligopólios) e a distorção alocativa que lhes é correlata.

De forma mediata, as aludidas regras contribuem ainda para promover a diversificação do conteúdo produzido, justamente porque tendem a evitar que o mercado de TV por assinatura se feche, ampliando as fontes de informação disponíveis e o espaço para a manifestação de novos entrantes. [...] trata-se de reconhecer que as proibições veiculadas pelo art. 5º, *caput* e § 1º, e pelo art. 6º, I e II, ambos da Lei nº 12.485/11, realizam a dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão e de informação, no que tem destaque o papel promocional do Estado no combate à concentração do poder comunicativo.

[...]

[...] não se está aqui a “publicizar”, via hermenêutica constitucional, o regime jurídico da TV por assinatura, confundindo-o com o tratamento dispensado pela Lei Maior aos serviços de radiodifusão de sons e imagens (TV aberta). Não se trata disso.

Cuida-se, isto sim, de reconhecer que foi a própria Constituição de 1988 que previu diretrizes comuns e gerais aplicáveis indistintamente a todos os veículos de comunicação social, tais como a proteção da livre manifestação do pensamento e da informação e a vedação à censura (CRFB, art. 220, *caput*, §§ 1º, 2º e 3º), a proibição da configuração de monopólio ou oligopólio no setor comunicativo (CRFB, art. 220, § 5º) e as regras de preferência de conteúdo a serem estimulados na produção e na programação das emissoras de rádio e televisão (CRFB, art. 221 c/c art. 222, § 3º). Esses dispositivos respaldam, a toda evidência, uma postura não meramente passiva do Estado na regulação da TV por assinatura, viabilizando (e porque não dizer reclamando) verdadeira atuação positiva do Poder Público na promoção dos valores constitucionais pertinentes ao setor.

RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS NAS ATIVIDADES DE PROGRAMAÇÃO E EMPACOTAMENTO DE CONTEÚDO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO

[...] nota-se que o debate tem como foco a viabilidade constitucional da extensão parcial do regime jurídico da radiodifusão a novas plataformas tecnológicas de comunicação de massa, em especial a TV por assinatura, cuja disciplina normativa foi recentemente unificada pela Lei nº 12.485/11. Diz-se que essa extensão foi apenas parcial porque o art. 10, *caput* e §1º, da Lei do SeAC se refere tão somente às regras que restringem a gestão, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento, na linha do que prescreve o art. 222, § 2º, da CRFB quanto à radiodifusão. A Lei federal não cogitou de estender à TV paga outros aspectos do regime jurídico da TV aberta, como a necessidade de concessão especial, aprovada pelo Congresso Nacional (CRFB, art. 223)

ou a restrição à participação societária do capital estrangeiro (CRFB, art. 222, *caput* e § 1º).

Não me parece que tal previsão legislativa viole o princípio constitucional da igualdade (CRFB, art. 5º, *caput*) entre brasileiros e estrangeiros nem mesmo represente injustificada restrição à liberdade profissional de não nacionais no Brasil. Ao revés, entendo que a restrição operada pelo art. 10, *caput* e §1º, da Lei nº 12.485/11 representa típica interpretação legislativa evolutiva do comando constitucional encartado no art. 222, § 2º, da Lei Maior, de todo condizente com os vetores axiológicos que informam, no plano constitucional, a atividade de comunicação de massa, dentre os quais a preservação da soberania e identidade nacionais, o pluralismo informativo e a igualdade entre os prestadores de serviço a despeito da tecnologia utilizada na atividade.

[...] convém observar que a Constituição de 1988 firmou compromisso com a proteção da soberania nacional e valorização da cultura brasileira, alçando a primeira como princípio fundamental da República (art. 1º, I) e a segunda como diretriz da produção e da programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221, II). Tal compromisso geral foi densificado (embora não exaurido), ao longo da Carta Constitucional, por regras específicas, dentre as quais as previstas no art. 222 da Lei Maior, que definiram os traços fundamentais da radiodifusão. A relevância constitucional da mídia de massa se explica pela capacidade (significativa) de influência desses veículos de comunicação sobre o imaginário dos cidadãos, o livre fluxo de ideias e os valores fundamentais cultivados pela sociedade.

CRENCIAMENTO PRÉVIO NA ANCINE PARA EXPLORAÇÃO DAS ATIVIDADES DE PROGRAMAÇÃO E EMPACOTAMENTO, E PROIBIÇÃO À DISTRIBUIÇÃO DE CONTEÚDO EMPACOTADO POR EMPRESA NÃO CRENCIADA PELA AGÊNCIA

[...] é necessário refutar a tese de que caracterizaria censura prévia a exigência de credenciamento junto à Ancine para o exercício das atividades de programação e empacotamento. É que, em nenhum momento, a Lei admite, pelo menos em relação a esses dispositivos, a influência do Estado sobre a liberdade de expressão ou criação intelectual, em quaisquer de suas três dimensões (*i.e.*, produção de conteúdo audiovisual, estruturação da programação e formatação de pacotes). Credenciar-se perante um órgão público ou prestar a ele informações não são obrigações que tolham a liberdade de manifestação de nenhum agente econômico, na medida em que nada têm a ver com o objeto final das atividades de produção, programação e empacotamento, como faz querer crer o partido requerente.

[...]

Agregue-se a isso o fato de que tanto o art. 12 quanto o art. 13 da Lei simplesmente fixam deveres instrumentais de colaboração das empresas para fins de permitir a atividade fiscalizatória da Ancine quanto ao cumprimento das novas obrigações materiais a que estão sujeitos todos os *players* do mercado. Nesse sentido, pode-se dizer que o credenciamento prévio e a prestação de informações à agência simplesmente servem para que a Ancine possa determinar se os agentes econômicos estão a prestar o respectivo serviço em conformidade com a disciplina normativa aplicável. Ora, se existem requisitos legais necessários para que alguém possa realizar alguma atividade, é consequência lógica imediata que exista algum órgão respon-

sável por aferir o seu preenchimento, sob pena de, na prática, não existir requisito nenhum.

Não vejo, a propósito, qualquer empecilho a que essa fiscalização seja realizada previamente sempre que a obrigação instituída por lei seja exigível dos seus destinatários antes mesmo do início das suas atividades. É o que ocorre, na hipótese, com o credenciamento de programadoras e empacotadoras, que se presta a aferir, por exemplo, se a gestão, a responsabilidade editorial ou as atividades de seleção e direção inerentes à programação e ao empacotamento estão designadas a brasileiros natos ou naturalizados, como exige o art. 6º da Lei do SeAC. Assentada a constitucionalidade desta exigência material (consoante os fundamentos aduzidos no item anterior), não é possível a uma sociedade empresária atuar no mercado sem cumpri-la rigorosamente. Daí ser evidentemente natural que o órgão competente controle seu cumprimento desde o primeiro momento possível.

POLÍTICA DE COTAS DE CONTEÚDO NACIONAL

[...] os arts. 16, 17, 18, 19, 20, 23 da Lei nº 12.485/11, ao fixarem “cotas de conteúdo nacional” para canais e pacotes de TV por assinatura, promovem a cultura brasileira e estimulam a produção independente, dando concretude ao art. 221 da Constituição e ao art. 6º da Convenção Internacional sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (Decreto nº 6.177/2007). A intervenção estatal revela-se, ademais, (i) adequada, quando relacionada ao fim a que se destina, (ii) necessária, quando cotejada com possíveis meios alternativos e (iii) proporcional em sentido estrito, quando sopesados os ônus e bônus inerentes à medida restritiva.

VALIDADE DA IMPOSIÇÃO ÀS CONCESSIONÁRIAS DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS DO DEVER DE DISPONIBILIZAÇÃO GRATUITA DOS CANAIS DE SINAL ABERTO ÀS DISTRIBUIDORAS DO SeAC

O art. 32, §§ 2º, 13 e 14, da Lei nº 12.485/11, ao impor a disponibilidade gratuita dos canais de TV aberta às distribuidoras e às geradoras de programação da TV por assinatura, não ofende a liberdade de iniciativa nem os direitos de propriedade intelectual, porquanto o serviço de radiodifusão é hoje inteiramente disponibilizado aos usuários de forma gratuita. A Lei do SeAC apenas replicou, no âmbito do serviço de acesso condicionado, a lógica vigente na televisão aberta.

DOCTRINA CITADA

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 275.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 857.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 14, dez. 2003. p. 436.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 116, 412-415.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 408.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A concepção pós-positivista do princípio da legalidade**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 236, p. 12, abr./jun. 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia R. Pinheiro. Omissão no exercício do poder normativo das agências e a concorrência desleal. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 403-426.

ARANHA, Márcio Iório. Comentário ao art. 222. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2061.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 176.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 178-182.

BALDWIN, Robert. The case against infant industry protection. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 75, p. 295-305, may/june 1969.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation**: theory, strategy, and practice. New York: Oxford University Press, 2012. p. 15-17.

BARBOSA, Joaquim. Agências Reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado). *In*: BINENBOJM, Gustavo (org.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, comunicação social e as novas plataformas tecnológicas. *In*: Barroso, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 2, p. 109.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. ver. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 3.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 417.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. New York: Wolters Kluwer, 2011. p. 335.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. 159 p.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 122.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. Tradução: Sofia Rodrigues. Lisboa: Temas e Debates, 2003. p. 40.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 151.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 402-406.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel. **Teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2006. p. 80.

GUERRA, Sérgio. **Introdução ao direito das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

HOTELLING, Harold. Stability in Competition. **The Economic Journal**, Oxford, v. 39, n. 153, p. 55, mar. 1929.

KAHN, Alfred. **The economics of regulation**: principles and institutions. Cambridge: The MIT Press, 1988. p. 1-3.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2008. p. 46.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 456.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes**: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 94-95.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 82.

MELITZ, Marc. When and how should infant industries be protected? **Journal of International Economics**, New York, n. 66, p. 177-196, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre o poder de polícia. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 2, n. 9, p.55-68, jul./set. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21-22.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 747.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 170, 838-839.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2010. p. 793.

MENDES, Conrado Hubner. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A administração indireta e sua eficiência. *In*: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MEYER-PFLUNG, Samantha Ribeiro (coords.). **A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites**. São Paulo: LTr, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 113-114, 117.

NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. **Microeconomic theory: basic principles and extensions**. Ohio: Thomson SouthWestern, 2007. p. 221 e 467.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e serviços de energia elétrica. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

PAZ FILHO, José de Sousa; NAZARENO, Cláudio. **Cotas de programação na televisão**. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, 2008. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1315/cotas_programacao_pazetali.pdf?sequence=1. Acesso em: 23 fev. 2020.

RAGAZZO, Carlos. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Renovar: Rio de Janeiro, 2011. p. 255-256, 267-268.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídico**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 120-125.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 310.

SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, William D. **Economia**. 19. ed. São Paulo: Mcgraw-Hill, 2012. p. 142.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 89-90.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 220. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2041-2042.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e papel promocional do Estado. *In*: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 286.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 250, 762 e 769.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Mateus Maia de; ALEM, Nichollas de Miranda. Direito à cultura e políticas públicas no Brasil: uma análise dos gastos diretos e indiretos com o setor audiovisual durante a Nova República. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 93-112, jul. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

STEWART, Richard. The reformation of american administrative law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 8, p. 1695-1697, june 1975.

VARIAN, Hal. **Microeconomic analysis**. New York: W. Norton & Company Inc, 1992. p. 218.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADI 4.923²¹

2. Audiência pública nº 8

Audiência Pública convocada para subsidiar o julgamento dos processos que impugnam dispositivos da Lei n. 12.485/2011, que estabeleceu o novo marco regulatório da televisão por assinatura no Brasil.

2.1 Despacho convocatório

2.2 *Obra Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática – TV por Assinatura*

2.3 Vídeos da audiência

3. *Amicus curiae*

²¹ Julgamento em conjunto com as ADIs 4.679, 4.756, 4.747, rel. min. Luiz Fux, j. 8-11-2017, P, DJE de 5-4-2018.

ENSINO RELIGIOSO CONFSSIONAL

O ensino religioso nas escolas
públicas brasileiras pode ser
vinculado a religiões específicas.

[**ADI 4.439**, rel. min. Roberto Barroso, red. do ac. min.
Alexandre de Moraes, j. 27-9-2017, P, *DJE* de 21-6-2018.]

RESUMO

Constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.



Conjugação do binômio **laicidade** do **Estado** (CF, art. 19, I) e **liberdade religiosa** (CF, art. 5º, VI)

Respeito ao princípio da **igualdade** entre todas as **crenças religiosas**

O dirigismo estatal **não** pode ser **admitido**

O **conteúdo** das aulas deve ser **definido** pela religião que está promovendo a disciplina

ENSINO RELIGIOSO CONFSSIONAL

O **poder público** deverá atuar na regulamentação do **cumprimento** do **preceito constitucional** previsto no art. 210, § 1º, de modo a garantir:

- pleno **exercício** do direito subjetivo ao ensino religioso
- **matrícula facultativa**
 - resguardada a **individualidade** da pessoa e sua **liberdade de crença**
- disciplina dos **horários normais** das **escolas públicas** de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de confissão religiosa do aluno
 - conteúdo programático estabelecido em **parceria** com a sociedade civil
 - respeitada a **diversidade cultural** do Brasil
 - vedadas quaisquer formas de **proselitismo**



6 X 5

Vencedores no mérito:



Min. Alexandre de Moraes – Redator do acórdão

Min. Edson Fachin

Min. Gilmar Mendes

Min. Dias Toffoli

Min. Ricardo Lewandowski

Min. Cármen Lúcia – Presidente

Vencidos no mérito:

Min. Roberto Barroso – Relator

Min. Rosa Weber

Min. Luiz Fux

Min. Marco Aurélio

Min. Celso de Mello

FUNDAMENTOS

LAICIDADE DO ESTADO X LIBERDADE RELIGIOSA

A relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado. A interpretação da Carta Magna brasileira, que, mantendo a nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos.

IGUALDADE DE ACESSO E TRATAMENTO A TODAS AS CONFISSÕES RELIGIOSAS

A plena liberdade religiosa deve assegurar o respeito à diversidade dos dogmas e crenças, sem a hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais, que vem acarretando tantos sofrimentos desde as cruzadas e guerras santas até os atos de terrorismo em nome da fé. O respeito à fé alheia ou a ausência de qualquer crença religiosa é primordial para a garantia de segurança de nossa própria fé, pois a verdadeira liberdade religiosa consagra a pluralidade, como bem lembrado por THOMAS MORE em sua grande obra, ao narrar que “as religiões, na Utopia, variam não unicamente de uma província para outra, mas ainda dentro dos muros de cada cidade, estes adoram o Sol, aqueles divinizam a Lua ou outro qualquer planeta. Alguns veneram como Deus supremo um homem cuja glória e virtudes brilharam outrora de um vivo fulgor”.

[...]

Assim, a Constituição Federal, ao consagrar a inviolabilidade de crença religiosa, está também assegurando plena proteção à liberdade de culto e às suas liturgias (FRANCESCO FINOCCHIARO, Il fenômeno religioso. I rapporti trà Stato e Chiesa cattolica. I culti non cattolici. *Manuale di diritto pubblico*. Bolonha: Il Molino, 1994. p. 943-964).

Insisto, um Estado não consagra verdadeiramente a liberdade religiosa sem absoluto respeito aos seus dogmas, suas crenças, liturgias e cultos. O direito fundamental à liberdade religiosa não exige do Estado concordância ou parceria com uma ou várias religiões; exige, tão somente, respeito; impossibilitando-o de mutilar dogmas religiosos de várias crenças, bem como de unificar dogmas contraditórios sob o pretexto de criar uma pseudo neutralidade no “ensino religioso estatal”.

O Estado deve respeitar todas as confissões religiosas, bem como a ausência delas, e seus seguidores, mas jamais sua legislação, suas condutas e políticas públicas devem ser pautadas por quaisquer dogmas ou crenças religiosas ou por concessões benéficas e privilegiadas a determinada religião.

O Poder Público tem a obrigação constitucional de garantir a plena liberdade religiosa, mas, em face de sua laicidade, não pode ser subserviente, ou mesmo conivente com qualquer dogma ou princípio religioso que possa colocar em risco sua própria laicidade ou a efetividade dos demais direitos fundamentais, entre eles, o princípio isonômico no tratamento de todas as crenças e de seus adeptos, bem como dos agnósticos e ateus.

É essa a ótica que deve garantir a efetividade da determinação constitucional do ensino religioso, de matrícula facultativa, como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (CF, art. 210, § 1º), pautada pela análise da excepcio-

nal e singular previsão constitucional do tema; pelo binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade Religiosa e pelo respeito ao princípio da igualdade entre todas as crenças religiosas.

AULAS DE ENSINO RELIGIOSO: CONTEÚDO DEFINIDO PELA RELIGIÃO QUE AS PROMOVE

O ensino religioso previsto constitucionalmente é um direito subjetivo individual e não um dever imposto pelo Poder Público. A definição do núcleo imprescindível do ensino religioso como sendo os dogmas de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença, de cada uma das diversas confissões religiosas, demonstra que não há possibilidade de neutralidade ao se ministrar essa disciplina, que possui seus próprios dogmas estruturantes, postulados, métodos e conclusões que o diferenciam de todos os demais ramos do saber jurídico e deverá ser oferecida segundo a confissão religiosa manifestada voluntariamente pelos alunos, sem qualquer interferência estatal, seja ao impor determinada crença religiosa, seja ao estabelecer fictício conteúdo misturando diversas crenças religiosas, em desrespeito à singularidade de cada qual, ou confundindo o ensino religioso com o estudo de história, filosofia ou ciência das religiões.

[...]

O respeito ao binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade Religiosa, na implantação do ensino religioso de matrícula facultativa, somente será atingido com o afastamento do dirigismo estatal na imposição prévia de conteúdo, que significaria verdadeira censura à liberdade religiosa, e com a observância do Poder Público, tanto da livre e voluntária opção do aluno ou de seus pais e responsáveis na indicação de determinada crença religiosa, quanto da autonomia e autossuficiência das

organizações religiosas em oferecerem as disciplinas de acordo com a confissão religiosa do aluno, em igualdade de condições.

[...]

Não faria sentido garantir a frequência facultativa às aulas de ensino religioso se esse se limitasse a enunciar, de maneira absolutamente descritiva e neutra, princípios e regras gerais das várias crenças. A descrição do fenômeno religioso pelos enfoques histórico, sociológico ou filosófico não ensejaria nenhum motivo para a dispensa de comparecimento, cabendo lembrar que há disciplinas de diversos cursos de ciências humanas, inclusive do Direito e Ciências Jurídicas, em que tais abordagens são corriqueiras e até imprescindíveis, sem que jamais se cogitasse da possibilidade de algum aluno eximir-se de frequentá-las.

VOLUNTARIEDADE DA MATRÍCULA PARA O ENSINO RELIGIOSO

[...] como compatibilizar o ensino religioso confessional com a laicidade do Estado brasileiro e a liberdade de crença?

A própria Constituição Federal trouxe a solução para a composição desse aparente conflito: a facultatividade do ensino religioso, expressamente prevista no § 1º do art. 210 do texto constitucional.

O ensino pode, portanto, ser religioso na modalidade confessional e a facultatividade existe exatamente para resguardar a individualidade da pessoa e sua liberdade de crença.

Ou seja, o art. 210, § 1º, da Constituição Federal, ao prever a oferta do ensino religioso na forma facultativa, resguarda, de um lado, o desejo dos que queiram se aprofundar numa determinada fé e, de outro, o desejo dos que não querem se sujeitar a determinados dogmas e preceitos.

[...]

O reconhecimento da laicidade e da liberdade de crença não podem tornar letra morta a previsão constitucional de que deve haver nas escolas públicas ensino religioso. De outra banda, o cumprimento da referida previsão não pode acarretar o afastamento do caráter laico do Estado brasileiro e da proteção da liberdade de crença.

Exatamente para harmonizar essas disposições constitucionais é que foi facultada a matrícula na mencionada disciplina.

Além disso, para dar concretude ao art. 210, § 1º, da Constituição e para que não restassem dúvidas a respeito da harmonia entre ensino religioso, laicidade do Estado e o direito fundamental de liberdade de crença, os dispositivos legais questionados preveem, (i) além da matrícula facultativa, (ii) que o ensino religioso deve ser plural e diverso, (iii) devendo o conteúdo programático ser estabelecido em parceria com a sociedade civil, inclusive com a participação das diferentes denominações religiosas, (iv) respeitada, ainda, a diversidade cultural do Brasil e (v) vedadas quaisquer formas de proselitismo.

DOCTRINA CITADA

FINOCCHIARO, Francesco. Il fenomeno religioso: i rapporti trà Stato e chiesa cattolica: i culti non cattolici. *In*: FINOCCHIARO, Francesco. **Manuale di diritto pubblico**. Bolonha: Il Mulino, 1994. p. 943-964.

MOORE, Thomas. **A religion of one's own**: a guide to creating a personal spirituality in a secular world. New York: Avery, 2015.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADI 4.439

2. Audiência pública nº 17

Audiência Pública convocada para subsidiar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439, que discute os modelos de ensino religioso em escolas públicas.

2.1 Despacho convocatório

2.2 Vídeos da audiência

3. *Amicus curiae*

4. Vídeo do programa da TV Justiça “Plenárias”

5. Vídeos do julgamento

Vídeo 1

Vídeo 2

Vídeo 3

Vídeo 4

Vídeo 5

Vídeo 6

Vídeo 7

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CULTURAL

A imunidade tributária que alcança livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão abrange as peças e os componentes a serem utilizados como material didático da publicação.

[RE 595.676, rel. min. Marco Aurélio, j. 8-3-2017, P, DJE de 18-12-2017, Tema 259.]

A imunidade da alínea *d* do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal alcança componentes eletrônicos destinados, exclusivamente, a integrar unidade didática com fascículos.



Funções políticas e sociais da imunidade tributária

A **imunidade** dos **livros, jornais e periódicos** visa

- promover a **educação** e o acesso à **cultura**
- garantir o princípio da **liberdade** de **expressão** e **manifestação** do **pensamento**
- proteger o **direito** à **informação**
- estimular a **circulação** de **ideias**
- viabilizar a **liberdade** de **imprensa**

O avanço da **tecnologia** e a **imunidade** prevista no art. 150, IV, *d*, da CF

- interpretação teológica e sistemática da imunidade
- para adequar o texto constitucional à luz dos avanços tecnológicos

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CULTURAL

Ampliação dos conceitos de livros, jornais e periódicos

- para alcançar **componentes eletrônicos**
- destinados, exclusivamente, a **integrar** a **unidade didática** com **fascículos**

Imunidade **não protege** a **venda dissimulada** de mercadorias



10 X 0

Vencedores no mérito:



Min. Marco
Aurélio – Relator

Min. Roberto Barroso

Min. Teori Zavascki

Min. Rosa Weber

Min. Dias Toffoli

Min. Edson Fachin

Min. Luiz Fux

Min. Ricardo Lewandowski

Min. Gilmar Mendes

Min. Cármen Lúcia – Presidente

Ausente:

Min. Celso de Mello

FUNDAMENTOS

HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

No século XX, a humanidade presenciou o grande avanço da informatização, principalmente depois do surgimento a rede mundial de computadores, nos anos noventa, marco da evolução digital. Com a chegada da internet às residências, novos cenários sociais, educacionais e comerciais surgiram – as pessoas nunca mais se comunicaram, buscaram o conhecimento e informações, realizaram transações comerciais como antes.

Tanto sob a óptica quantitativa como qualitativa, no século XXI, tem havido maior expansão dessas inovações. Na realidade, e sem exageros, pode-se dizer que, desde a criação do primeiro computador, nos meados da década de quarenta do século passado, a vida humana já estava fadada a ser influenciada e transformada por toda essa ascensão tecnológica [...].

Até mesmo a política sofre hoje forte impacto desses recentes paradigmas comunicacionais. As redes sociais são um importante canal de diálogo entre os eleitores e entre esses e os candidatos, modificando em boa medida o perfil das eleições, já bastante impactadas pelo uso das urnas eletrônicas. As oportunidades de crítica aos governantes, elemento fundamental de qualquer democracia real, foram ampliadas de modo extraordinário com os blogues e as redes sociais digitais. Fala-se hoje em “democracia digital”. Sem dúvida, os “movimentos populares de junho de 2013” não teriam sido os mesmos sem a prévia articulação virtual.

A capacidade institucional dos órgãos judiciais tem sido constantemente colocada à prova ante toda essa evolução tecnológica que resultou, conforme já consignado, em profundas mudanças sociais e comportamentais, portanto, jurídicas [...].

Novas modalidades de litígios surgem a todo tempo. Discussões envolvendo o direito à informação e a liberdade de pensamento, de um lado, e o direito à privacidade e à honra, de outro, foram verdadeiramente reinauguradas na “Era Digital”. Controvérsias relacionadas ao intrincado mundo das empresas virtuais, dos serviços e comércio eletrônicos, repercutindo a necessidade de proteção à figura do “consumidor online”, à propriedade intelectual e aos direitos autorais presentes as novas mídias eletrônicas, aos limites comportamentais dos trabalhadores no ambiente de trabalho quanto ao acesso à internet, entre muitas outras, fazem parte do cenário judicial contemporâneo. O próprio aperfeiçoamento do processo eletrônico vem sendo um desafio. O que dizer do denominado Plenário Virtual do Supremo, considerada a alteração introduzida à tradicional forma colegiada de deliberação do Tribunal?

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL

As normas de imunidade tributária constantes da Carta visam proteger valores políticos, morais, culturais e sociais essenciais, não permitindo que os entes tributem certas pessoas, bens, serviços ou situações ligadas a esses valores. Onde há regra constitucional de imunidade, não poderá haver exercício da competência tributária e isso em razão de uma seleção de motivos fundamentais.

[...] as imunidades servem a “assegurar certos princípios fundamentais ao regime, a incolumidade de valores éticos e culturais consagrados pelo ordenamento constitucional positivo e que se pretende manter livres das interferências ou perturbações da tributação”. [...] “a causa justificativa da imunidade é facilitar, por meio da exclusão de encargos tributários, a consecução de finalidades que devem ser atingidas pelo próprio Estado”.

As regras de imunidade devem ser vistas como elementos de um sistema harmônico e integrado de normas e propósitos constitucionais e interpretadas em função do papel que cumprem em favor dos valores prestigiados por esse sistema. Isso vale, especialmente, para as imunidades previstas no mencionado artigo 150, inciso VI, considerados os impostos.

Os precedentes do Supremo, no tocante às imunidades das alíneas “a”, “b” e “c” do aludido inciso VI, têm deixado clara a atenção do Tribunal com as funções políticas e sociais dessas normas, revelando-se prática de interpretação teleológica para a solução das controvérsias surgidas e buscando-se sempre a melhor realização dos valores protegidos. Como afirmado pelo ministro Sepúlveda Pertence, no Recurso Extraordinário nº 237.718, da relatoria de Sua Excelência, julgado em 29 de março de 2001, a linha jurisprudencial do Tribunal, nos últimos tempos, vem sendo “decisivamente inclinada à interpretação teleológica das normas de imunidade tributária, de modo a maximizar-lhes o potencial de efetividade, como garantia ou estímulo à concretização dos valores constitucionais que inspiram limitações ao poder de tributar.”

[...] Esse propósito nuclear orienta a interpretação de modo que a imunidade seja assegurada até o ponto que a tributação não represente restrição à autonomia política dos entes. O intérprete deve levar em conta o fim maior da norma – a salvaguarda da Federação, princípio estruturante de nossa ordem política e constitucional – e, a partir dessa premissa, definir a abrangência da imunidade.

IMUNIDADE DE LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS

A postura hermenêutica do Supremo alusiva às normas de imunidade das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso VI do artigo 150 vem

sendo a mesma adotada para a norma da alínea “d” do preceito constitucional, ou seja, em relação à imunidade dos livros, jornais e periódicos. O dispositivo visa promover a educação, garantir o princípio da liberdade de manifestação do pensamento e da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, facilitando e estimulando a circulação de ideias, o direito de informar e de ser informado e a própria liberdade de imprensa. Considerados esses propósitos, a imunidade se apresenta como essencial ao próprio desenvolvimento da cultura, da democracia e da cidadania participativa e reivindicatória.

A definição interpretativa do alcance da norma constitucional deve guardar relação mais do que íntima com a compreensão da função política e social que a imunidade cumpre em favor da difusão das ideias, da educação, da cultura, da democracia e da cidadania. Deve-se ter presente que a norma objetiva proteger não simplesmente o livro, jornal ou periódico como “suportes físicos de ideias e comunicação”, mas o valor intrínseco do conteúdo veiculado, de natureza educacional, informativa, expressiva do pensamento individual ou coletivo. O meio é secundário, importando, precipuamente, promover e assegurar o direito fundamental à educação, à cultura, à informação, à participação política dos cidadãos. O Supremo tem compreendido bem a distinção e aplicado a norma de imunidade valendo-se dessa diretriz.

IMUNIDADE DOS COMPONENTES ELETRÔNICOS QUE COMPÕEM O MATERIAL DIDÁTICO DE PUBLICAÇÃO

[...] Considerada a realidade fático-tecnológica, pode-se dizer que negar a imunidade aos novos formatos de transmissão de educação, cultura e informação resulta, hoje, em amesquinhar a norma constitucional e, amanhã, esvaziá-la por completo.

Ainda mais grave, essa perda gradativa de efetividade não concerne apenas à norma de imunidade em si, mas aos valores sociais, éticos e políticos cuja proteção e promoção são, verdadeiramente, o propósito constitucional. Há o perigo de enfraquecimento dos direitos fundamentais que serviram de razão última para a instituição da imunidade pelo constituinte desde 1946.

[...] Fixada a premissa da unidade didática, integrados fascículos impressos e componentes eletrônicos, a abordagem sistêmico-teleológica da imunidade, marcante na jurisprudência do Supremo, não permite outra definição senão a do alcance da imunidade nos termos definidos pelo Tribunal de origem.

Ainda que se parta de premissa fática diversa, qual seja, a caracterização dos elementos eletrônicos como insumos, a conclusão pela imunidade se mantém.

IMUNIDADE À VENDA DISSIMULADA DE MERCADORIA

[...] evidentemente essa imunidade não protege a venda dissimulada de mercadorias. Portanto, tem de haver uma unidade entre o fascículo e o complemento que o acompanhe. Assim, não é possível lançar uma coleção de fascículos sobre pedras preciosas brasileiras e, aí, vender o fascículo junto com uma esmeralda a cinco mil reais, ou, quem sabe a história do automóvel, junto com o fascículo, o sujeito pode comprar uma Mercedes C. É indispensável a unidade didática e a razoabilidade dessa complementaridade [...].

DOCTRINA CITADA

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 273.

BARRETO, Aires Fernandino. **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001. p. 34.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 221.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 761-762.

CARVALHO, André Castro. **Tributação de bens digitais: interpretação do art. 150, VI, d, da Constituição federal**. São Paulo: MP Editora, 2009, p. 25 e ss.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 2, p. 288.

MOSQUERA, Roberto Quiroga; NOVELLO, Guilherme Lautenschlaeger. Imunidade dos livros eletrônicos e a extensão do art. 150, VI, d, da Constituição Federal. *In*: PISCITELLI, Tathiane (coord.); PEIXOTO, Monteiro Daniel *et al.* **Direito tributário: o direito tributário na prática dos tribunais superiores: Sistema Tributário Nacional e o Código tributário em debate**. Saraiva, 2013.

PINHEIRO, Patrícia. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48.

PISCITELLI, Tathiane (org.); PEIXOTO, Daniel Monteiro *et al.* **Direito tributário na prática dos tribunais superiores: Sistema Tributário Nacional e Código Tributário Nacional em debate**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A imunidade do livro eletrônico e o pluralismo metodológico na interpretação do art. 150, VI, d, CF. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 46, p. 249, abril/junho de 2011.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A imunidade do livro eletrônico e o pluralismo metodológico na interpretação do art. 150, VI, d, CF. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 46, p. 260, abril/junho de 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 415-416.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão do RE 595.676

2. *Amicus curiae*

3. Vídeos do julgamento

Vídeo 1

Vídeo 2

Vídeo 3

4. Julgado relacionado

RE 330.817, rel. min. Dias Toffoli, j. 8-3-2017, P, DJE de 31-8-2017, Tema 593.

CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

As emissoras de rádio e TV gozam de “liberdade de programação”.

[ADI 2.404, rel. min. Dias Toffoli, j. 31-8-2016, P, DJE de 1º-8-2017.]

RESUMO

É inconstitucional a expressão “em horário diverso do autorizado” contida no art. 254 da Lei nº 8.069/1990. Não há horário autorizado, mas horário recomendado.



Forma de **liberdade** de **expressão**

Classificação indicativa

- busca **esclarecer, informar** e **indicar** aos pais a existência de **conteúdo inadequado** para crianças e adolescentes
- **não se confunde** com autorização
- tem **efeito pedagógico**

Não há horário autorizado, mas **horário recomendado**

LIBERDADE DE PROGRAMAÇÃO

Dever das emissoras de rádio e de televisão de **exibir** ao público o **aviso de classificação etária**

- **descumprimento** tipificado como **infração administrativa** – art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Dever do Estado

- conferir **publicidade** aos avisos de classificação
- desenvolver **programas educativos** acerca do sistema de classificação indicativa

Responsabilização judicial
em caso de abusos



7 X 3

Vencedores no mérito:



Min. Dias
Toffoli – Relator

Min. Luiz Fux

Min. Cármen Lúcia

Min. Ayres Britto

Min. Teori Zavascki

Min. Marco Aurélio

Min. Celso de Mello

Vencidos no mérito:

Min. Edson Fachin

Min. Rosa Weber

Min. Ricardo
Lewandowski – Presidente

Impedido:

Min. Gilmar Mendes

FUNDAMENTOS

LIBERDADE DE PROGRAMAÇÃO É UMA FORMA DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A própria Constituição da República delineou as regras de sopesamento entre os valores da liberdade de expressão dos meios de comunicação e da proteção da criança e do adolescente. Apesar da garantia constitucional da liberdade de expressão, livre de censura ou licença, a própria Carta de 1988 conferiu à União, com exclusividade, no art. 21, inciso XVI, o desempenho da atividade material de “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”. A Constituição Federal estabeleceu mecanismo apto a oferecer aos telespectadores das diversões públicas e de programas de rádio e televisão as indicações, as informações e as recomendações necessárias acerca do conteúdo veiculado. É o sistema de classificação indicativa esse ponto de equilíbrio tênue, e ao mesmo tempo tenso, adotado pela Carta da República para compatibilizar esses dois axiomas, velando pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão.

A classificação dos produtos audiovisuais busca esclarecer, informar, indicar aos pais a existência de conteúdo inadequado para as crianças e os adolescentes. O exercício da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação estatal prévia. A submissão ao Ministério da Justiça ocorre, exclusivamente, para que a União exerça sua competência administrativa prevista no inciso XVI do art. 21 da Constituição, qual seja, classificar, para efeito indicativo, as diversões públicas e os programas de rádio e televisão, o que não se confunde com autorização. Entretanto, essa atividade não

pode ser confundida com um ato de licença, nem confere poder à União para determinar que a exibição da programação somente se dê nos horários determinados pelo Ministério da Justiça, de forma a caracterizar uma imposição, e não uma recomendação. Não há horário autorizado, mas horário recomendado.

CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA E AUTORIZAÇÃO PARA EXIBIÇÃO DE PROGRAMAS

Permanece o dever das emissoras de rádio e de televisão de exibir ao público o aviso de classificação etária, antes e no decorrer da veiculação do conteúdo, regra essa prevista no parágrafo único do art. 76 do ECA, sendo seu descumprimento tipificado como infração administrativa pelo art. 254, ora questionado [...]. Essa, sim, é uma importante área de atuação do Estado. É importante que se faça, portanto, um apelo aos órgãos competentes para que reforcem a necessidade de exibição destacada da informação sobre a faixa etária especificada, no início e durante a exibição da programação, e em intervalos de tempo não muito distantes (a cada quinze minutos, por exemplo), inclusive, quanto às chamadas da programação, de forma que as crianças e os adolescentes não sejam estimulados a assistir programas inadequados para sua faixa etária. Deve o Estado, ainda, conferir maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas educativos acerca do sistema de classificação indicativa, divulgando, para toda a sociedade, a importância de se fazer uma escolha refletida acerca da programação ofertada ao público infantojuvenil.

[...]

É inequívoca, portanto, a percepção de que o modelo de classificação indicativa é o instrumento de defesa que a Constituição ofereceu aos pais e aos responsáveis contra programações de

conteúdo inadequado, garantindo-lhes o acesso às informações necessárias à proteção das crianças e dos adolescentes, mas sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão, pois não surge com o caráter de imposição.

CENSURA PRÉVIA X CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA (HORÁRIO RECOMENDADO)

[...] Há, sim, censura prévia, já revelada na necessidade de submissão da programação de rádio e de televisão à autoridade administrativa, a qual, por sua vez, não apenas exercerá a classificação indicativa, no sentido de informar a faixa etária e os horários aos quais “não se recomend[a]” (conforme prevê a Constituição), mas de impor e condicionar, *prima facie*, a veiculação da programação no horário autorizado, sob pena de incorrer em ilícito administrativo.

O que se faz, nesse caso, não é classificação indicativa, mas restrição prévia à liberdade de conformação das emissoras de rádio e de televisão, inclusive acompanhada de elemento repressor, de punição. O que se diz é: “a programação ‘X’ não pode ser transmitida em horário diverso do autorizado pela autoridade administrativa, sob pena de pagamento de multa e até de suspensão temporária da programação da emissora no caso de reincidência”. O que seria isso senão ato de proibição, acompanhado, ainda, da reprimenda?

Esse caráter autorizativo, vinculativo e compulsório conferido pela norma questionada ao sistema de classificação, *data venia*, não se harmoniza com os arts. 5º, IX; 21, inciso XVI; e 220, § 3º, I, da Constituição da República.

Pode-se questionar, naturalmente, que, na ausência de sanção, de que adiantaria o exercício da classificação indicativa? Não

haveria, nesse caso, contumaz desrespeito da classificação pelas emissoras, com a transmissão de programas fora do horário recomendado?

Ora, não se discorda aqui do direito à programação sadia, reconhecido expressamente pelo art. 221 da Constituição Federal. Mas, também, não se pode partir do pressuposto de que as emissoras de televisão, na escolha de sua programação, são, *a priori*, nocivas à população infantojuvenil, merecendo, por isso, ser tuteladas pelo Estado, o qual deve determinar o que é ou não adequado para determinada grade horária de sua programação. Segue-se, assim, lógica inversa: com o receio de abusos, restringe-se a garantia da liberdade de conformação da programação das emissoras, as quais devem seguir os parâmetros e os padrões que o Estado, como oráculo da moralidade, impõe.

EFEITO PEDAGÓGICO DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

[...] a exibição do aviso de classificação indicativa tem um efeito pedagógico. Ao se esclarecer as faixas etárias para as quais as atrações não são apropriadas, exige-se reflexão por parte do telespectador e dos responsáveis, os quais são chamados a decidir se assistem ou não a determinada programação ou se permitem, ou não, que seus filhos o façam. É dever do Estado, nesse ponto, conferir maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas educativos acerca do sistema de classificação indicativa, divulgando, para toda a sociedade, a importância de se fazer uma escolha refletida acerca da programação ofertada ao público infantojuvenil. É fundamental que a sociedade atraia para si essa atribuição, cabendo ao Estado incentivá-la nessa tomada de decisão, e não tutelá-la.

Esse controle parental pode ser feito, inclusive, com o auxílio de meios eletrônicos de seleção e de restrição de acesso a deter-

minados programas radiodifundidos, como já é feito em vários países. Trata-se de tecnologia de uso obrigatório no Brasil, mas que, infelizmente, ainda não tem sido adotada entre nós.

Em 2001, o Congresso Nacional editou a Lei nº 10.359, estabelecendo que os aparelhos televisores produzidos no território nacional devem dispor, obrigatoriamente, de dispositivo eletrônico que permita ao usuário (pais ou responsáveis) bloquear a recepção de programas com cenas impróprias para menores.

O PODER PÚBLICO TEM O DEVER DE INFORMAR OS HORÁRIOS PARA EXIBIÇÃO E A CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

A Lei Maior conferiu à União e ao legislador federal margem limitada de atuação no campo da classificação dos espetáculos e diversões públicas. A autorização constitucional é para que a União classifique, informe, indique as faixas etárias e/ou horários não recomendados, e não que proíba, vede, ou censure dada transmissão.

Ou seja: tem a União a competência administrativa para desempenhar a atividade de classificação das diversões públicas e de programas de rádio e de televisão? Sim, mas essa classificação é indicativa, não se trata de permissão ou autorização administrativa. Pode o Poder Público informar sobre a natureza dessas diversões e programações e sobre as faixas etárias e horários a que não se recomendem? Sim, mas só pode indicar, informar, recomendar, e não proibir, vincular ou censurar.

Vê-se que, embora outorgadas ao Poder Público ditas atribuições de informar aos usuários a que públicos os programas midiáticos se destinam e de recomendar sua veiculação em horários mais adequados, a Constituição da República não o fez

de modo cogente. A classificação indicativa deve, portanto, ser entendida, nesses termos, como um aviso aos usuários acerca do conteúdo da programação, jamais como uma obrigação cogente às emissoras de exibição em horários específicos, menos ainda sob pena de sanção administrativa.

Sendo assim, se a conformação legislativa da liberdade de expressão é condicionada aos limites autorizados pela Constituição Federal e o texto dela, na questão específica, já traz regramento indicativo, informativo, sem sombra de dúvida, padece de nulidade a legislação infraconstitucional que pretenda amarrar o exercício da referida liberdade, convertendo esse regramento em proibitivo, impositivo e vinculante.

RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL EM CASOS DE ABUSOS

Sempre será possível a responsabilização judicial das emissoras de radiodifusão por abusos ou eventuais danos à integridade das crianças e dos adolescentes, levando-se em conta, inclusive, a recomendação do Ministério da Justiça quanto aos horários em que a referida programação se mostre inadequada. Afinal, a Constituição Federal também atribuiu à lei federal a competência para “estabelecer meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221” (art. 220, § 3º, II, CF/88)²².

²² Como salientado pelo Ministro Ayres Britto em seu voto na ADPF 130, “é da lógica perpassante dos mesmíssimos preceitos constitucionais (art. 220 e seus §§ 1º, 2º e 6º) o comando de que os eventuais abusos sejam detectados caso a caso, jurisdicionalmente [...], pois esse modo casuístico de aplicar a Lei Maior é a maneira mais eficaz de proteção dos superiores bens jurídicos da liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de expressão *lato sensu*”.

[...]

Enfim, a liberdade de expressão também exige responsabilidade em seu exercício, devendo as emissoras resguardar, em sua programação, as cautelas necessárias às peculiaridades do público infantojuvenil. Não obstante, são as próprias emissoras que devem proceder ao enquadramento horário de sua programação, e não o Estado.

O que não pode persistir, porém, é legislação que, a pretexto de defender valor constitucionalmente consagrado (proteção da criança e do adolescente), acabe por amesquinhar outro tão relevante quanto, como a liberdade de expressão. Não se pode admitir que o instrumento constitucionalmente legítimo da classificação indicativa seja, na prática, concretizado por meio de autorização estatal, mediante a qual se determina de forma cogente a conduta das emissoras no que diz respeito ao horário de sua programação, caracterizando-se como mecanismo de censura e de restrição à liberdade de expressão.

DOCTRINA CITADA

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 90, n. 790, p. 129-152, ago. 2001.

BOTAS, Paulo; e BLANCO, Pedro Sol. O tau da travessia: a teopoética de Milton Nascimento. **Caderno Ciência e Fé**, Curitiba, v. 1., n. 2, 2013.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. **Pesquisa brasileira de mídia 2015: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira**. Brasília: Secom, 2014. p. 7.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas. “**Reality shows**” e **liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 16 e 28-32.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 3. p. 1410 e 1420.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7. p. 253.

GARGARELLA, Roberto. La concepción constitucional de la libertad de expresión. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, v. 14, n. 1, p. 82-101, jul. 2013.

GIBBONS, Thomas. **Regulating the media**. 2nd. Ed. London: Sweet & Maxwell, 1998. p. 68.

GREENE, Robert Lane. What danes consider healthy children’s television. **The Economist**, London, 12 ago. 2016. Disponível em: <https://www.economist.com/prospero/2016/08/12/what-danes-consider-healthy-childrens-television>. Acesso em: 28 ago. 2016.

GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e desigualdade**: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 128 e 178.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 357.

LEVY, David. FCC v. Pacifica Foundation. **Hofstra Law Review**, Hempstead, v. 7, n. 3, p. 781- 803, 1979.

MARX, Karl. **A liberdade de imprensa**. Tradução de Claudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM Editores, 1980. p. 25.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 304.

MORAES, Alexandre de. **Constituição brasileira interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 224.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução: Antônio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 66, 205 e 207.

ROMÃO, José Eduardo Elias. A nova classificação indicativa: construção democrática de um modelo. *In*: CHAGAS, Cláudia Maria de Freitas; ROMÃO, José Eduardo Elias; LEAL, Sayonara (org.). **Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2006. p. 37-38.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 98, 99 e 826.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADI 2.404

2. *Amicus curiae*

3. Vídeos do julgamento

Vídeo 1

Vídeo 2

Vídeo 3

4. Julgado relacionado

ADI 5.631, rel. min. Edson Fachin, j. 25-3-2021, P, DJE de 27-5-2021.

USO DE TATUAGEM POR POSTULANTES A CARGOS PÚBLICOS

Editais de concurso público não
podem estabelecer restrição a
pessoas com tatuagem.

[RE 898.450, rel. min. Luiz Fux, j. 17-8-2016, P,
DJE de 31-5-2017, Tema 838.]

Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.



Tatuagem é instrumento de **exteriorização** da **liberdade** de **expressão** e **manifestação** do **pensamento**

Proibição de acesso do candidato a um cargo público pelo fato de ter tatuagem é forma de **discriminação arbitrária**

O candidato ter tatuagens **não pode influir** na sua capacidade para o desempenho das atividades de um cargo público

USO DE TATUAGEM POR POSTULANTES A CARGOS PÚBLICOS

Edital de concurso não pode prever restrições para **candidatos** que têm **tatuagens**

- **restrições** constantes em **editais** dependem de menção em **lei** e somente podem estar relacionadas com o **exercício** das **funções**

A Administração Pública pode impedir o acesso do candidato se a tatuagem

- faz apologia a **ideias discriminatórias** ou **ofensivas** aos **valores constitucionais**
- expressa **ideologia terrorista** ou **extremista**
- incita a **violência** e a **criminalidade**
- incentiva a **discriminação de raça** e **sexo** ou qualquer outra força de **preconceito**



7 X 1

Vencedores no mérito:

Vencido no mérito:



Min. Luiz
Fux – Relator

Min. Edson Fachin

Min. Roberto Barroso

Min. Rosa Weber

Min. Dias Toffoli

Min. Celso de Mello

Min. Ricardo
Lewandowski – Presidente

Min. Marco Aurélio

Ausentes:

Min. Cármen Lúcia

Min. Teori Zavascki

Min. Gilmar Mendes

FUNDAMENTOS

TATUAGEM É FORMA DE LIBERDADE DE PENSAMENTO E EXPRESSÃO

[...] as tatuagens, ou outras formas de marcas permanentes realizadas intencionalmente no corpo do indivíduo por sua livre escolha, passaram por intensa transformação quanto ao seu aceitação social, de forma que, características que estigmatizavam determinados setores da sociedade, tornaram-se sinais que retratam valores, ideias e sentimentos. Hodiernamente, consistem em autêntica forma de liberdade de expressão de um indivíduo que se expressa por meio de uma marca em seu corpo.

[...]

O atual viés, portanto, corrobora a completa ausência de qualquer ligação objetiva e direta entre o fato de um cidadão possuir tatuagens em seu corpo e uma suposta conduta atentatória à moral, aos bons costumes ou ao ordenamento jurídico. Como anteriormente dito, a opção pela tatuagem relaciona-se, diretamente, com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX).

[...]

O Estado não pode querer desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente, ainda que por imagens estampadas definitivamente em seus corpos. O direito de livremente se manifestar é condição mínima a ser observada em um Estado Democrático de Direito e exsurge como condição indispensável para que o cidadão possa desenvolver sua personalidade em seu meio social. A liberdade implica,

no dizer de José Adércio Leite Sampaio, a não intromissão e o direito de escolha. Em relação à não intromissão, há um espaço individual sobre o qual o Estado não pode interferir, na medida em que representa um sentido afirmativo da personalidade. Nesse contexto, cada indivíduo tem o direito de preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo, o que ocorreria, caso fosse admitida como fator impeditivo à assunção de funções públicas.

DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA

In casu, evidencia-se a ausência de razoabilidade da restrição dirigida ao candidato de uma função pública pelo simples fato de possuir tatuagem, posto medida flagrantemente discriminatória e carente de qualquer justificativa racional que a ampare. Assim, o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não, não pode ser tratado pelo Estado como parâmetro discriminatório quando do deferimento de participação em concursos de provas e títulos para ingresso em uma carreira pública.

É dizer, inexistente a correlação na diferenciação ora *sub examine* e os ditames constitucionais. Consoante delimitado, a citada restrição, no caso, não se revela amparada por razão lógica e necessária, decorrendo de arbitrariedade administrativa sem qualquer imbricação com as funções desempenhadas, posto não concretizar conduta contrária à imagem e aos valores de instituições públicas, qualquer que seja o conceito que a eles se queira atribuir. Dito de outro modo, inexistente qualquer relação de pertinência entre a proibição de possuir tatuagem e as características e peculiaridades inerentes à função pública a ser desempenhada pelo candidato.

[...]

Nessa linha, resta claro, de plano, que, no contexto da sociedade democrática brasileira pós-88, descentrada, plural e multicultural, a mera circunstância de um candidato possuir tatuagens não pode ser fato que acabe por influir na sua capacidade para o desempenho das atividades de um cargo público, e, *a fortiori*, que constitua óbice para o acesso ao serviço público²³.

RESTRIÇÃO PARA O ACESSO A CARGO PÚBLICO CONSTANTE EM EDITAIS DE CONCURSO DEPENDE DA SUA ESPECÍFICA MENÇÃO EM LEI FORMAL

[...] em respeito ao artigo 37, I, da Constituição da República, que, expressamente, impõe que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei” [...], revela-se inconstitucional toda e qualquer restrição ou requisito estabelecidos em editais, regulamentos, portarias, se não houver lei dispondo sobre a matéria.

[...]

Os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material.

²³ A hipótese encaixa-se, perfeitamente, nos dizeres de Pimenta Bueno (Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Rio de Janeiro, 1857, p. 424), *verbis*: “qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.

RESTRIÇÃO AO ACESSO A CARGO PÚBLICO DEVE ESTAR RELACIONADA COM A NATUREZA E AS ATRIBUIÇÕES DAS FUNÇÕES A SEREM DESEMPENHADAS

[...] toda lei deve respeitar os ditames constitucionais, mormente quando referir-se à tutela ou restrição a direitos fundamentais, o que nos leva à conclusão de que os obstáculos para o acesso a cargos públicos devem estar estritamente relacionados com a natureza e as atribuições das funções a serem desempenhadas.

EXCEÇÕES

Conclui-se, portanto, que o critério de exclusão de um certame sob o fundamento da visibilidade de uma tatuagem não possui, por si, qualquer amparo constitucional, na medida em que não cumpre a imperiosa missão de auxiliar na aferição da capacidade de atuação do candidato no cumprimento de seu futuro mister. Apenas justifica-se a restrição, sem prejuízo do inafastável *judicial review*, em relação àquelas pigmentações definitivas que façam apologia a ideias discriminatórias ou ofensivas aos valores constitucionais, que expresse ideologias terroristas, extremistas, incitem a violência e a criminalidade, ou incentivem a discriminação de raça e sexo ou qualquer outra força de preconceito, mormente porque evocam ideais e representações diretamente contrárias à Constituição, às leis e às atividades e valores das Instituições.

DOCTRINA CITADA

BUENO, Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 424.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: Ch. Einsenmann. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962. p. 190.

LEITÃO, Débora Krischke. Mudança de significado da tatuagem contemporânea. **Cadernos IHU Ideias**, São Leopoldo, v. 2, n. 16, p. 4, mar. 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 118.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 264.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. **Inteiro teor do acórdão do RE 898.450**
2. *Amicus curiae*
3. **Vídeo do programa da TV Justiça “Plenárias”**
4. **Vídeo do julgamento**

FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS

É inconstitucional a doação
de pessoas jurídicas a partidos
políticos e campanhas eleitorais.

[**ADI 4.650**, rel. min. Luiz Fux, j. 17-9-2015, P, DJE de
24-2-2016.]

RESUMO

As contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais e partidos políticos são inconstitucionais. As contribuições de pessoas físicas são válidas e regem-se de acordo com a lei vigente.



Doação por **peças jurídicas**

- **contraria** o regime democrático
- ofende o princípio da **liberdade de expressão** no **aspecto político**
- denota, antes de refletir eventuais preferências políticas, um **agir estratégico**
- promove o **desequilíbrio** da corrida eleitoral e **viola** o princípio da igualdade

FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS POR PESSOAS JURÍDICAS

Doação por **peças naturais** e uso de **recursos próprios** por **candidatos**

- **não vulnera** os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política



7 X 4

Vencedores no mérito:



Min. **Luiz Fux** – Relator

Min. Joaquim Barbosa

Min. Dias Toffoli

Min. Roberto Barroso

Min. **Ricardo Lewandowski** – Presidente

Min. Rosa Weber

Min. Cármen Lúcia

Vencidos no mérito:

Min. Teori Zavascki

Min. Marco Aurélio

Min. Gilmar Mendes

Min. Celso de Mello

FUNDAMENTOS

DOAÇÕES POR PESSOAS JURÍDICAS

Proteção do regime democrático

[...] não me parece que seja inerente ao regime democrático, em geral, e à cidadania, em particular, a participação política por pessoas jurídicas. É que o exercício da cidadania, em seu sentido mais estrito, pressupõe três modalidades de atuação cívica: o *ius suffragii* (i.e., direito de votar), o *jus honorum* (i.e., direito de ser votado) e o direito de influir na formação da vontade política através de instrumentos de democracia direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis [...]. Por suas próprias características, tais modalidades são inerentes às pessoas naturais, afigurando-se um disparate cogitar a sua extensão às pessoas jurídicas. Nesse particular, esta Suprema Corte sumulou entendimento segundo o qual as “pessoas jurídicas não têm legitimidade para propor ação popular” (Enunciado da Súmula nº 365 do STF), por essas não ostentarem o *status* de cidadãos.

[...]

Deveras, o exercício de direitos políticos é incompatível com a essência das pessoas jurídicas. Por certo, uma empresa pode defender bandeiras políticas, como a de direitos humanos, causas ambientais etc., mas daí a bradar pela sua indispensabilidade no campo político, investindo vultosas quantias em campanhas eleitorais, dista uma considerável distância. [...] Assim é que autorizar que pessoas jurídicas participem da vida política seria, em primeiro lugar, contrário à essência do próprio regime democrático.

Princípio da liberdade de expressão no aspecto político

Embora não se negue o seu caráter substantivo, o princípio da liberdade de expressão, no aspecto político, assume uma dimensão instrumental ou acessória. E isso porque a sua finalidade é estimular a ampliação do debate público, de sorte a permitir que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos. Como decorrência, em um cenário ideal, isso os levaria a optar pelos candidatos mais alinhados com suas inclinações políticas.

Ocorre que a excessiva penetração do poder econômico no processo político compromete esse estado ideal de coisas na medida em que privilegia alguns poucos candidatos – que possuem ligações com os grandes doadores – em detrimento dos demais. Trata-se de um arranjo que desequilibra, no momento da competição eleitoral, a igualdade política entre os candidatos, repercutindo, conseqüentemente, na formação dos quadros representativos

[...]

Examinando as informações acerca dos principais doadores de campanhas no país, eliminam-se quaisquer dúvidas quanto à ausência de perfil ideológico das doações por empresas privadas. [...]

[...] uma mesma empresa contribui para a campanha dos principais candidatos em disputa e para mais de um partido político, razão pela qual a doação por pessoas jurídicas não pode ser concebida, ao menos em termos gerais, como um corolário da liberdade de expressão. A prática, antes refletir as preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores que visam a estreitar suas relações com o poder público, de forma republicana ou não republicana.

[...] defender com fortes tintas que a questão da doação por pessoas jurídicas se restringe aos mecanismos de controle e de transparência dos gastos, *data maxima venia*, me parece insuficiente para amainar o cenário de cooptação do poder político pelo econômico e resgatar a confiança da população no processo eleitoral. [...] Na realidade, tanto a proibição de doações por empresas privadas quanto o aperfeiçoamento das ferramentas de controle podem caminhar juntas. E, a este respeito, proscrever a doação por pessoas jurídicas pode, inclusive, facilitar a tarefa dos órgãos de controle, uma vez que se tornam autoevidentes as campanhas mais dispendiosas.

Desequilíbrio da corrida eleitoral e violação ao princípio da igualdade

[...] também vislumbro a inconstitucionalidade dos critérios de doação a campanhas por pessoas jurídicas sob o enfoque da isonomia entre pessoas jurídicas. E isso porque a Lei das Eleições, em seu art. 24, não estende tal faculdade a toda e qualquer espécie de pessoa jurídica. Em verdade, o indigitado preceito estabeleceu um rol de entidades que não podem realizar doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro a candidatos e a partidos políticos, proscrevendo, por exemplo, contribuições por associações de classe e sindicais, bem como de entidades integrantes do denominado terceiro setor. E como resultado dessa vedação, as empresas privadas, cuja esmagadora maioria se destina à atividade lucrativa, são as protagonistas entre as pessoas jurídicas em detrimento das entidades sem fins lucrativos e dos sindicatos.

Com efeito, ao vedar que associações civis sem fins lucrativos e entidades sindicais realizem doações, a legislação eleitoral cria, sem qualquer fundamento constitucional, uma desequiparação entre pessoas jurídicas, razão por que a violação à isonomia é

manifesta. Com efeito, o princípio geral de igualdade, encartado no art. 5º, *caput*, da Lei Maior, se afigura como limite material, e não apenas formal, ao legislador. Ele impõe que exista uma razão constitucional suficiente que justifique a diferenciação, bem como reclama a necessidade de que esse tratamento diferenciado guarde pertinência com a causa jurídica distintiva. [...]

Na realidade, não existem princípios contrapostos que justifiquem a autorização de doações a campanhas por parte de empresas, mas que não franqueiem similar possibilidade às entidades sindicais. A mesma racionalidade pode ser estendida à proibição de doações por entidades não governamentais que recebam recursos públicos, prevista no art. 24, X, da Lei nº 9.504/97. Ora, se as empresas privadas que contratam com o governo não apenas podem doar como também figuram entre os maiores doadores, é inelutável que entidades não governamentais também devem poder realizar doações a campanhas políticas. Daí por que, se a *mens legislatoris* do art. 24, X, da Lei nº 9.504/97 quis impedir a formação de pactos antirrepublicanos entre associações que recebem recursos governamentais com o poder público, a permissão de doações por empresas privadas colide frontalmente com a sua finalidade subjacente. Trata-se, destarte, de critérios injustificáveis que, além de não promover quaisquer valores constitucionais, deturpam a própria noção de cidadania e de igualdade entre as pessoas jurídicas.

Doações por pessoas naturais e uso de recursos próprios por candidatos

Os critérios normativos vigentes relativos à doação a campanhas eleitorais feitas por pessoas naturais, bem como o uso próprio de recursos pelos próprios candidatos, não vulneram os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política.

DOCTRINA CITADA

ABRAMO, Claudio Weber. **Corrupção no Brasil: a perspectiva do setor privado** 2003. São Paulo: Transparência Brasil, 2004. 12 p.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 404, 583-84.

DWORKIN, Ronald. The devastating decision. **The New York Review of Books**, New York, 25 fev. 2010. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2010/02/25/the-devastating-decision/>. Acesso em: 27 fev. 2023.

EWING, Keith D. **Money, politics and law: a study of electoral campaign finance reform in Canada**. Oxford: Clarendon Press, 1992.

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL; TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **A responsabilidade das empresas no processo eleitoral**, Instituto Ethos: São Paulo, 2012. p. 34.

SAMUELS, David J. Pork barrelling is not credit claiming or advertising: campaign finance and the sources of the personal vote in Brazil. **The Journal of Politics**, Chicago, v. 64, n. 3, p. 845-863, aug. 2002.

SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Eleições, dinheiro e democracia: a ADI 4.650 e o modelo de financiamento de campanhas eleitorais. Belo Horizonte, **Direitos Fundamentais e Justiça**, v. 8, n. 26, p. 15-38, jan./mar. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 347.

TEPEDINO, Gustavo. A crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral no Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XXVII-XXVIII.

WALECKI, Marcin. Political money and corruption. *In*: TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Global Corruption Report**. Berlin: Transparency International, 2004, p. 19-32.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADI 4.650

2. Audiência pública nº 12

Audiência Pública convocada para debater pontos relevantes acerca dos pontos de vista econômico, político, social e cultural concernentes ao sistema de financiamento de campanhas eleitorais vigente.

2.1 Despacho convocatório

2.2 *Obra Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática – Financiamento de Campanha Eleitoral*

2.3 Vídeos da audiência

3. *Amicus curiae*

4. Vídeo do programa da TV Justiça “Plenárias”

5. Vídeos do julgamento

Vídeo 1

Vídeo 2

Vídeo 3

Vídeo 4

Vídeo 5

BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

É inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes.

[ADI 4.815, rel. min. Cármen Lúcia, j. 10-6-2015,
P, DJE de 1º-2-2016.]

RESUMO

Inexigibilidade de autorização prévia para publicação de biografias, vedada a censura, e resguardado o direito de resposta e de indenização em caso de eventual dano.



Biografias constituem manifestação típica da **liberdade de expressão**

- **elaboração** = liberdade da atividade de **criação intelectual e artística**
- **produção e divulgação** = direito de **informação**

Exposição da imagem, privacidade, intimidade e honra do biografado é da **essência do gênero literário**

Desnecessidade de **autorização** prévia do biografado, de pessoas retratadas ou familiares

PUBLICAÇÃO DE BIOGRAFIAS

Autorização prévia é

- **incompatível** com a liberdade de expressão
- forma de **censura**

Arts. 20 e 21 do Código Civil

- **interpretação conforme** à Constituição
 - **inexigibilidade** de autorização para publicação de biografias

Abuso no exercício da liberdade de expressão e **violação** aos direitos da personalidade

- **direitos** do biografado
 - **reparação** dos danos morais e materiais
 - **retificação** das informações veiculadas
 - **direito de resposta**
 - **responsabilização** penal do autor da obra



9 X 0²⁴

Vencedores no mérito:



Min. Cármen
Lúcia – Relatora

Min. Roberto Barroso

Min. Rosa Weber

Min. Luiz Fux

Min. Dias Toffoli

Min. Gilmar Mendes

Min. Marco Aurélio

Min. Celso de Mello

Min. Ricardo
Lewandowski – Presidente

Ausente:

Min. Teori Zavascki

²⁴ Na sessão de julgamento de 10 de junho de 2015, a Corte era composta de 10 ministros.

FUNDAMENTOS

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Constituição da República declara fundamental a liberdade de pensamento e de sua expressão, a liberdade intelectual, artística, científica e cultural.

Também garante a inviolabilidade da intimidade (a essência resguardada de cada um), da privacidade (o que não se pretende viver senão no espaço mais recolhido daqueles com quem recai a escolha), da honra (que se projeta a partir da formação moral e dos valores que determinam as ações de cada um e fazem a pessoa reconhecida, para o que se precisa da liberdade) e da imagem (construída a partir da livre escolha do que se quer ser).

[...]

Claramente, está em jogo no caso a disputa entre as liberdades de expressão e de informação e os denominados direitos da personalidade. De um lado, as biografias constituem manifestação típica da liberdade de expressão em seu sentido amplo. A sua elaboração está inserida no âmbito da liberdade da atividade de criação intelectual e artística dos biógrafos, plenamente garantida pela Constituição, independentemente de censura ou licença (CF/88, art. 5º, IX). Já a produção e a divulgação de biografias se relacionam estreitamente com o direito de informação (CF/88, art. 5º, XIV), titularizado por toda a sociedade, que deve ter amplo acesso ao conhecimento e a informações tanto para que cada pessoa possa formar suas convicções, opiniões e personalidade, quanto para a participação na vida pública e a preservação da memória e da historiografia coletivas.

De outro lado, a exposição da imagem, privacidade, intimidade e honra do biografado, ainda que em graus variados, é da própria essência do gênero literário. Em uma biografia, a personalidade do biografado, seus relacionamentos interpessoais, sua trajetória e os episódios que compuseram sua vida são tomados como objeto de estudo e transformam-se em uma narrativa, a ser contada ao grande público a partir da perspectiva (sempre subjetiva) do biógrafo. É natural e mesmo inevitável que o autor da obra, além de interferir por meio da seleção dos fatos a narrar, não se limite à mera descrição dos acontecimentos, formulando também juízos de valor sobre as pessoas e casos. A história tampouco se restringe a elogios ou a descrições dos momentos de glória dos sujeitos retratados, incluindo correntemente críticas e fatos desabonadores ou controvertidos. Assim, é certo que a divulgação de tais pontos de vista pode causar sofrimento, ser desagradável ou prejudicial aos biografados (e a seus familiares) e, por consequência, ensejar pretensões indenizatórias e de interdição de veiculação das obras, ao argumento de que explorariam ou violariam seus direitos da personalidade, amparados pela ordem constitucional brasileira (CF, art. 5º, X).

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, POSIÇÃO PREFERENCIAL E CONSEQUÊNCIAS

A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade.

[...]

Este lugar privilegiado que a expressão ocupa nas ordens interna e internacional tem a sua razão de ser. Ele decorre dos próprios fundamentos filosóficos ou teóricos da sua proteção, entre os quais se destacam cinco principais. O primeiro diz respeito à função essencial que a liberdade de expressão desempenha para a democracia. De fato, o amplo fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito constituem pré-requisitos indispensáveis para a tomada de decisões pela coletividade e para o autogoverno democrático. A segunda justificação é a própria dignidade humana. A possibilidade de os indivíduos exprimirem de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, assim como de terem acesso às ideias, preferências e visões de mundo dos demais é essencial ao livre desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial dos indivíduos, consistindo, assim, em uma emanação da sua dignidade.

Uma terceira função atribuída à livre discussão e contraposição de ideias é o processo coletivo de busca da verdade. De acordo com essa concepção, toda intervenção no sentido de silenciar uma opinião, ainda que ruim ou incorreta, seria perniciosa, pois é na colisão com opiniões erradas que é possível reconhecer a “verdade” ou as melhores posições. O quarto fundamento da proteção privilegiada da liberdade de expressão está atrelada à sua função instrumental para o exercício e o pleno gozo dos demais direitos fundamentais. A quinta e última justificação teórica se refere à preservação da cultura e história da sociedade. As liberdades comunicativas constituem claramente uma condição para a criação e o avanço do conhecimento e para a formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação.

Por fim, além dos fundamentos filosóficos, há uma importante razão de ordem histórica para a atribuição de uma posição preferencial às liberdades expressivas: o temor da censura. Existe uma suspeição, historicamente fundada, em relação a intervenções

estatais para regular a expressão. No Brasil, o trauma é particularmente intenso e invoca memórias recentes. A história da liberdade de expressão no país é uma história acidentada. Desde o Império, a repressão à manifestação do pensamento elegeu alvos diversos, da religião às artes. Durante diferentes períodos ditatoriais, houve temas proibidos, ideologias banidas, pessoas malditas. No jornalismo impresso, o vazio das matérias censuradas era preenchido com receitas de bolo e poesias de Camões. Censuravam-se músicas, peças, livros e programas de televisão.

Diante desses fundamentos, as múltiplas e até redundantes disposições sobre a liberdade de expressão na Constituição de 1988 refletem a preocupação do constituinte em garantir o florescimento de um espaço de livre fluxo de ideias no cenário de redemocratização do Brasil, após o fim da ditadura militar, e de criar salvaguardas para impedir o retorno dos fantasmas do passado. O reconhecimento de uma posição preferencial às liberdades comunicativas é justamente um dos principais mecanismos dessa proteção.

[...]

[...] Isso não significa, por evidente, que a liberdade de expressão ostente caráter absoluto. Excepcionalmente, essa prioridade poderá ceder lugar à luz das circunstâncias do caso concreto. Sua posição preferencial deverá, porém, servir de guia para o intérprete, exigindo, em todo caso, a preservação, na maior medida possível, das liberdades comunicativas.

AUTORIZAÇÃO PRÉVIA PARA BIOGRAFIA E PROIBIÇÃO DA CENSURA

A sujeição da publicação de obra de caráter biográfico à prévia autorização ou licença da pessoa biografada e de outras pessoas

retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares no caso de pessoas falecidas) aniquila a proteção às liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística e científica e de informação, golpeadas em seu núcleo essencial. Tais liberdades, de um lado, e a autorização ou licença, de outro, são conceitos excludentes.

A Constituição veda não somente ao Poder Público, mas também ao particular, a interferência nas liberdades de manifestação e de expressão mediante o emprego de artifícios institucionais, como a licença e a censura prévias, que atuem no sentido de delinear o seu conteúdo.

[...]

Assim como incompatível com o Estado Democrático de Direito instituído pela Carta de 1988 o arrogar-se, pelo Poder Judiciário, ou qualquer dos outros Poderes da República, do comando da linha editorial de qualquer veículo de imprensa, a publicação de obras de teor biográfico em absoluto pode ficar na dependência da chancela do biografado. A necessidade de autorização para biografias traduz censura prévia, em dissonância com as garantias albergadas nos arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220, §§ 2º e 6º, da Lei Maior, em indevida reintrodução do espírito autoritário expurgado pela Constituição vigente.

[...]

Sendo assim, parece-me que a censura prévia, seja ela executada por órgãos públicos ou por particulares, aniquila completamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de informação, bem como, por via de consequência, fragiliza todos os demais direitos e garantias que a Constituição protege. Nas palavras de THOMAS JEFFERSON, “a liberdade de falar e escrever guarda nossas outras liberdades” (Jefferson on freedom. New York: Skyhorse Publishing, 2011, p. 104).

DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL

Os arts. 20 e 21 do Código Civil do Brasil contemplam, em leitura direta, a exigência de autorização prévia para divulgação de escritos ou transmissão da palavra ou publicação, exposição ou utilização da imagem de determinada pessoa, sem o que poderão ser proibidas, a requerimento do interessado ou, em se tratando de morto ou de ausente, do cônjuge, dos ascendentes ou descendentes, sem prejuízo da indenização cabível, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Essa interpretação, pretensamente protetiva do direito à intangibilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, não pode ser adotada relativamente à produção de obra biográfica, pela circunstância de não se conter exceção expressa a esse gênero no dispositivo legal. Isso porque a liberdade de pensamento, de sua expressão, de produção artística, cultural, científica estaria comprometida e a censura particular seria forma de impor o silêncio à história da comunidade e, em algumas ocasiões, à história de fatos que ultrapassam fronteiras e gerações.

[...]

Nesse quadro, é incompatível com a Constituição Federal a interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil no sentido de condicionar a edição ou a publicação de toda e qualquer obra biográfica à autorização do biografado, das pessoas descritas como coadjuvantes da história ou dos respectivos familiares. Parece-me uma restrição excessiva e peremptória às liberdades de expressão e de manifestação de pensamento dos autores e ao direito que todo cidadão tem de se manter informado a respeito de fatos relevantes da história social.

Ademais, tal interpretação equivale a atribuir, de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibiliza com a ideia de unidade da Constituição.

[...]

Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

RESPONSABILIDADE CONSTITUCIONAL PELA INFORMAÇÃO

Democracia é modelo de convivência social na qual se respeitam direitos e liberdades, cada um respondendo – sendo responsável – pelo que exorbitar do que posto no sistema jurídico.

Não há democracia sem responsabilidade pública e cidadã. Ausência de responsabilidade não prospera sequer na acracia. Nem a ausência de governo pode ser confundida com desgoverno.

[...]

O dever de respeito ao direito do outro conduz ao de responder nos casos em que, mesmo no exercício de direito legitimamente posto no sistema jurídico, se exorbite causando dano a terceiro.

Quem informa e divulga informação responde por eventual excesso, apurado por critério que demonstre dano decorrente da circunstância de ter sido ultrapassada esfera garantida de direito do outro.

A informação, a exposição e a divulgação de dado podem gerar dano como qualquer outro agir humano. Inúmeras vezes este Supremo Tribunal debruçou-se sobre esse tema e concluiu, com fundamento em normas constitucionais e legais, que a responsabilização compõe o sistema de liberdades (ADPF n. 130, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ 13.11.2009; AI n. 595.395/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 3.8.2007; Rcl n. 9.428/DF, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJ 25.6.2010; ADI n. 4.451-MC-REF/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ 24.8.2012; e RE n. 511.961/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ 13.11.2009).

No inc. V do art. 5º da Constituição da República, dispõe-se:

“Art. 5º [...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

A responsabilidade civil, administrativa, contratual ou extracontratual evoluiu na ordenação do direito. No Brasil, a Constituição elevou a matéria à categoria de elemento fundamental de equilíbrio sistêmico, garantindo a mais ampla liberdade e fazendo a ela corresponder igual responsabilidade.

[...]

[...] O regime constitucional adotado em matéria de liberdade de expressão é, portanto, o de responsabilização posterior, e

não o de interdição prévia²⁵. Isso, é claro, não significa que os demais princípios e valores constitucionais em conflito serão sacrificados. Em regra, nas hipóteses de exercício abusivo desta liberdade, o caminho para a acomodação dos interesses colidentes é o recurso aos diversos mecanismos de sanção e reparação a posteriori oferecidos pela ordem jurídica, que incluem a retratação, a retificação, o direito de resposta, a responsabilização civil e (muito excepcionalmente) penal.

DOCTRINA CITADA

JEFFERSON, Thomas. **Jefferson on freedom: wisdom, advice, and hints on freedom, democracy, and the American way**. New York: Skyhorse Publishing, 2011. p. 104.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper & Brothers, 1948. p. 10-11.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Alberto da Rocha Barros. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942. 201 p.

²⁵ A radical proibição da censura também se encontra prevista Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada no Brasil pelo Decreto no 678/92, que dispõe que o exercício da liberdade de expressão “não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores”, com uma única exceção, a regulação de acesso a espetáculos públicos para proteção moral da infância e da adolescência. Muito embora tal Convenção não desfrute de hierarquia constitucional, mas supralegal, é certo que toda a legislação infraconstitucional – inclusive o Código Civil – deve ser interpretada à sua luz e, na linha da chamada hermenêutica “cosmopolita”, ela deve ser considerada na interpretação da Constituição.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 242.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADI 4.815

2. Audiência pública nº 13

Audiência Pública convocada para subsidiar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que requer a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), nos quais se conteria disposição que proíbe biografias não autorizadas pelos biografados.

2.1 Despacho convocatório

2.2 *Obra Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática – Biografias Não Autorizadas*

2.3 Vídeos da audiência

3. *Amicus curiae*

4. *Vídeo do julgamento*

LEI GERAL DA COPA

O parágrafo 1º do art. 28 da Lei nº 12.663/2012 (Lei Geral da Copa) não restringiu a liberdade de expressão ao estabelecer regras específicas para prevenir confrontos em potencial nos locais oficiais de competição.

[ADI 5.136 MC, rel. min. Gilmar Mendes, j. 1º-7-2014, P, DJE de 30-10-2014.]

RESUMO

As restrições impostas pelo § 1º do art. 28 da Lei nº 12.663/2012 não violaram a liberdade de expressão. As limitações contidas na chamada Lei Geral da Copa foram adequadas, necessárias e proporcionais, uma vez que destinadas aos torcedores que comparecessem aos estádios em evento de grande porte internacional, que reuniu pessoas de diversas nacionalidades e que, portanto, precisou contar com regras específicas que ajudassem a prevenir potenciais confrontos.



A liberdade de expressão **não é um direito absoluto**, sendo suscetível de restrição

Em caso de colisão com outros direitos fundamentais, cabe fazer a **ponderação** entre eles

- aplicação do **princípio** da **proporcionalidade**

LEI GERAL DA COPA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Art. 28 da Lei Geral da Copa

- as restrições visam **limitar manifestações** que tenderiam a gerar **maiores conflitos**, afetando a segurança dos torcedores
- as restrições **não impedem** o **livre exercício** do direito de manifestação e a plena liberdade de expressão
- consagração da **dignidade da pessoa humana**



8 X 2

Vencedores no mérito:



Min. **Gilmar
Mendes** – Relator

Min. Roberto Barroso

Min. Teori Zavascki

Min. Rosa Weber

Min. Luiz Fux

Min. Dias Toffoli

Min. Cármen Lúcia

Min. Ricardo Lewandowski

Vencidos no mérito:

Min. Marco Aurélio

Min. Joaquim
Barbosa – Presidente

Ausente:

Min. Celso de Mello

FUNDAMENTOS

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

[...]

É notória, por certo, a importância que a liberdade de expressão representa para o regime democrático, inclusive como instrumento para fomentar debates e “assegurar o combate intelectual de opiniões” (*den geistigen Kampf der Meinung zu gewährleisten*) (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. Heidelberg: C.F. Müller, 2007, p. 137).

Não é verdade, contudo, que o constituinte concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Há hipóteses em que essa acaba por colidir com outros direitos e valores também constitucionalmente protegidos. Tais tensões dialéticas precisam ser ponderadas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade.

[...] há de perquirir-se, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado, isto é, apto para produzir o resultado desejado; necessário, isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; e proporcional em sentido estrito, ou seja,

se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto (“A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72).

RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO ART. 28 DA LEI GERAL DA COPA

[...] Trata-se de limitação específica aos torcedores que comparecerão aos estádios em evento de grande porte internacional que reúne pessoas de diversas nacionalidades e que, portanto, precisa contar com regras específicas que ajudem a prevenir confrontos em potencial.

O legislador, no caso, a partir de juízo de ponderação, parece ter objetivado limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e a atentar não apenas contra o evento em si, mas, principalmente, contra a segurança dos demais participantes.

Várias dessas restrições já haviam, inclusive, sido inseridas ao Estatuto do Torcedor (Lei n. 10.671/2003) pela Lei n. 12.299, de 27 de julho de 2010, que dispõe sobre “medidas de prevenção e repressão aos fenômenos de violência por ocasião das competições esportivas”.

Ao contrário do defendido na inicial, o dispositivo impugnado não parece constituir limitação à liberdade de expressão, mas sim ressalva a indicar que as demais manifestações são permitidas.

DOCTRINA CITADA

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor – IBDC, 1999. p. 72.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte staatsrecht II**. Heidelberg: C.F. Müller, 2007. p. 137.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. [Inteiro teor do acórdão da ADI 5.136 MC](#)
2. [Vídeo do julgamento](#)

MARCHA DA MACONHA

Os eventos chamados “marcha da maconha”, que reúnem manifestantes favoráveis à descriminalização da droga, não são considerados crimes.

[ADPF 187, rel. min. Celso de Mello, j. 15-6-2011, P, DJE de 29-5-2014.]

RESUMO

A “marcha da maconha” é manifestação legítima, exercida por cidadãos da República, de suas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim). A abolição penal (*abolitio criminis*) de determinadas condutas puníveis, debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso, deve ser discutida de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis, sendo inadmissível a proibição estatal do dissenso. Prevalência do conceito de “livre mercado de ideias”.



Pleno **exercício** de **direitos e liberdades** fundamentais:

- liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento
- direito de **reunião** (art. 5º, XVI, da CF)
 - a reunião deve ser **pacífica**
 - **sem** armas
 - **não deve frustrar** outra reunião anteriormente convocada
 - deve ser **previamente comunicada** à autoridade competente

Manifestação pública
legítima

MARCHA DA MACONHA

Reconhecimento e proteção dos
direitos das minorias

- **caráter**
contramajoritário dos
direitos fundamentais

Interpretação conforme à Constituição do art. 287 do Código Penal para **afastar** a **criminalização** de manifestações e eventos públicos realizados em defesa da legalização das drogas, ou substância entorpecente específica

A mera **proposta** de **descriminalização** de determinado ilícito penal **não se confunde** com o ato de incitação à prática do delito nem **com** o de **apologia** de fato criminoso



8 X 0

Vencedores no mérito:



Min. Celso de
Mello – Relator

Min. Luiz Fux

Min. Cármen Lúcia

Min. Ricardo Lewandowski

Min. Ayres Britto

Min. Ellen Gracie

Min. Marco Aurélio

Min. Cezar Peluso – Presidente

Impedido:

Min. Dias Toffoli

Ausentes:

Min. Gilmar Mendes

Min. Joaquim Barbosa

FUNDAMENTOS

O DIREITO DE REUNIÃO E O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO

É importante enfatizar, Senhor Presidente, tal como tive o ensejo de assinalar em estudo sobre “*O Direito Constitucional de Reunião*” (RJTJSP, vol. 54/19-23, 1978, Lex Editora), que a liberdade de reunião traduz meio vocacionado ao exercício do direito à livre expressão das ideias, configurando, por isso mesmo, um precioso instrumento de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, nela incluído o insuprimível direito de protestar.

Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos ou ditatoriais, que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder.

[...]

[...] o direito de reunião, enquanto direito-meio, atua em sua condição de instrumento viabilizador do exercício da liberdade de expressão, qualificando-se, por isso mesmo, sob tal perspectiva, como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil, mediante exposição de ideias, opiniões, propostas, críticas e reivindicações, no processo de tomada de decisões em curso nas instâncias de Governo.

É por isso que esta Suprema Corte sempre teve a nítida percepção de que há, entre as liberdades clássicas de reunião e de manifestação do pensamento, de um lado, e o direito de participação dos cidadãos na vida política do Estado, de outro, um claro vínculo relacional, de tal modo que passam eles a compor um núcleo complexo e indissociável de liberdades e de prerrogativas político-jurídicas, o que significa que o desrespeito ao direito de reunião, por parte do Estado e de seus agentes, traduz, na concreção desse gesto de arbítrio, inquestionável transgressão às demais liberdades cujo exercício possa supor, para realizar-se, a incolumidade do direito de reunião, tal como sucede quando autoridades públicas impedem que os cidadãos manifestem, pacificamente, sem armas, em passeatas, marchas ou encontros realizados em espaços públicos, as suas ideias e a sua pessoal visão de mundo, para, desse modo, propor soluções, expressar o seu pensamento, exercer o direito de petição e, mediante atos de proselitismo, conquistar novos adeptos e seguidores para a causa que defendem.

DIREITO DE REUNIÃO E O ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Qualquer que seja a finalidade que motive o encontro ou agrupamento de pessoas, não importando se poucas ou muitas, mostra-se essencial que a reunião, para merecer a proteção constitucional, seja pacífica, vale dizer, que se realize “sem armas”, sem violência ou incitação ao ódio ou à discriminação, cumprindo ter presente, quanto a tal requisito, a advertência de PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969”, tomo V/604, item n. 10, 2ª ed./2ª tir., 1974, RT), para quem “(...) a polícia não pode proibir a reunião, ou fazê-la cessar, pelo fato de um ou alguns dos presentes

estarem armados. As medidas policiais são contra os que, por ato seu, perderem o direito a reunirem-se a outros, e não contra os que se acham sem armas. Contra esses, as medidas policiais são contrárias à Constituição e puníveis segundo as leis” [...].

A essencialidade dessa liberdade fundamental, que se exterioriza no direito de qualquer pessoa reunir-se com terceiros, pacificamente, sem armas, em locais públicos, independentemente de prévia autorização de órgãos ou agentes do Estado (que não se confunde com a determinação constitucional de “prévio aviso à autoridade competente”), revela-se tão significativa que os modelos político-jurídicos de democracia constitucional sequer admitem que o Poder Público interfira no exercício do direito de reunião.

[...]

É de ressaltar que, em nosso sistema normativo, o direito de reunião pode sofrer, excepcionalmente, restrições de ordem jurídica em períodos de crise institucional, desde que utilizados, em caráter extraordinário, os mecanismos constitucionais de defesa do Estado, como o estado de defesa (CF, art. 136, § 1º, I, “a”) e o estado de sítio (CF, art. 139, IV), que legitimam a utilização, pelo Presidente da República, dos denominados poderes de crise, dentre os quais se situa a faculdade de suspender a própria liberdade de reunião, ainda que exercida em espaços privados.

Em período de normalidade institucional, contudo, essa liberdade fundamental, além de plenamente oponível ao Estado (que nela não pode interferir, sob pena de incriminação de seus agentes e autoridades, consoante prescreve, em norma de tipificação penal, a Lei nº 1.207, de 25/10/1950), também lhe impõe a obrigação de viabilizar a reunião, assim como o dever de respeitar o direito – que assiste aos organizadores e participantes do encontro – à autônoma deliberação sobre o tipo e o conteúdo da manifestação pública.

[...]

O Estado, por seus agentes e autoridades, não pode cercear nem limitar o exercício do direito de reunião, apoiando-se, para tanto, em fundamentos que revelem oposição governamental ao conteúdo político, doutrinário ou ideológico do movimento ou, ainda, invocando, para restringir a manifestação pública, razões fundadas em mero juízo de oportunidade, de conveniência ou de utilidade.

Disso resulta que a polícia não tem o direito de intervir nas reuniões pacíficas, lícitas, em que não haja lesão ou perturbação da ordem pública. Não pode proibi-las ou limitá-las. Assiste-lhe, apenas, a faculdade de vigiá-las, para, até mesmo, garantir-lhes a sua própria realização. O que exceder a tais atribuições, mais do que ilegal, será inconstitucional.

PLENITUDE DO EXERCÍCIO DE DIREITOS DAS MINORIAS

[...] as minorias também titularizam, sem qualquer exclusão ou limitação, o direito de reunião, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas ideias, de seus pleitos e de suas reivindicações, sendo completamente irrelevantes, para efeito de sua plena fruição, quaisquer resistências, por maiores que sejam, que a coletividade oponha às opiniões manifestadas pelos grupos minoritários, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares.

[...]

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta

Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação, de injusta exclusão, de repressão e de abuso contra os seus direitos.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

[...]

Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo

efetivo, os direitos fundamentais, que a todos, sem distinção, são assegurados.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

ART. 287 DO CÓDIGO PENAL: INTERPRETAÇÃO HARMÔNICA COM AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS DE REUNIÃO, DE EXPRESSÃO E DE PETIÇÃO

[...] o litígio constitucional instaurado na presente causa é motivado por abordagens hermenêuticas diversas em torno do art. 287 do Código Penal, precisamente em face do conteúdo polisêmico desse preceito legal, situação atestada pela existência de provimentos judiciais conflitantes a propósito da questão, eis que há decisões reconhecedoras de que o art. 287 do Código Penal impede a realização de qualquer marcha ou passeata tendente a propor a discussão pública sobre a legalização do uso de drogas ou de substâncias correlatas, frustrando-se, assim, o exercício de liberdades públicas fundamentais, cuja prática tem sido duramente atingida e gravemente obstada por notórias medidas repressivas adotadas pelo Estado e seus agentes em função de pronunciamentos do Poder Judiciário que con-

sideram apologia de fato criminoso as condutas daqueles que organizam, promovem e/ou participam de movimentos como o da “Marcha da Maconha”.

De outro lado, registram-se decisões que, proferidas em sentido diametralmente oposto, buscam compatibilizar o art. 287 do Código Penal com o texto da Constituição, interpretando-o de forma a não inviabilizar o exercício da liberdade de reunião e a prática dos direitos de petição e de livre manifestação do pensamento.

[...]

Pois bem. A realização de manifestações ou eventos públicos nos quais seja emitida opinião favorável à descriminalização do uso de entorpecentes – ou mesmo de qualquer outra conduta – não pode ser considerada, de per se, como apologia ao crime, por duas razões. A primeira delas é lógica e de rara simplicidade: se ocorre uma manifestação em que se defende o fim da proibição legal de uma determinada prática, quer-se que a mesma passe a ser considerada legalmente admissível, deixando de ser crime. Em outras palavras, não se exalta a prática de um crime – louva-se o entendimento de que a prática não deveria ser considerada um crime.

A segunda razão é de cunho substancial: a proteção constitucional da liberdade de expressão garante a livre emissão de opinião, inclusive quanto à descriminalização de condutas. Há que se compreender o alcance da liberdade de expressão constitucionalmente assegurada.

[...]

A criminalização da apologia ao crime e a liberdade de expressão convivem no sistema jurídico nacional, porquanto pretender descriminalizar não significa exaltar prática antijurídica, bem

como expressar livremente a opinião a esse respeito em reunião pública ou privada encerra exercício regular de direito fundamental. É que, na precuciente visão da doutrina do tema, a “liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem sobretudo caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura” (In MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 297-298), repercutindo o magistério de ULRICH KARPEN)

MARCHA DA MACONHA: EXPRESSÃO DO EXERCÍCIO LEGÍTIMO DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS

[...] a denominada “Marcha da Maconha”, longe de pretender estimular o consumo de drogas ilícitas, busca, na realidade, expor, de maneira organizada e pacífica, apoiada no princípio constitucional do pluralismo político (fundamento estruturante do Estado democrático de direito), as ideias, a visão, as concepções, as críticas e as propostas daqueles que participam, como organizadores ou como manifestantes, desse evento social, amparados pelo exercício concreto dos direitos fundamentais de reunião, de livre manifestação do pensamento e de petição.

Nesse contexto, a questionada (e tão reprimida) “Marcha da Maconha” é bem a evidência de como se interconexionam as liberdades constitucionais de reunião (direito-meio) e de manifestação do pensamento (direito-fim ou, na expressão de Pedro Lessa, “direito-escopo”), além do direito de petição, todos eles igualmente merecedores do amparo do Estado, cujas autoridades – longe de transgredirem tais prerrogativas fundamentais – deveriam protegê-las, revelando tolerância e respeito por aqueles que, congregando-se em espaços públicos, pacificamente, sem armas, apenas pretendem, Senhor Presidente, valendo-se, legitimamente, do direito à livre expressão de suas

ideias e opiniões, transmitir, mediante concreto exercício do direito de petição, mensagem de abolicionismo penal quanto à vigente incriminação do uso de drogas ilícitas.

A PROPOSTA DE LEGALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS, AINDA QUE DEFENDIDA FORA DE AMBIENTES ACADÊMICOS, EM ESPAÇOS PÚBLICOS OU PRIVADOS, É AMPARADA PELAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS

[...] a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confunde com o ato de incitação à prática do delito, nem com o de apologia de fato criminoso, eis que o debate sobre a abolição penal de determinadas condutas puníveis pode (e deve) ser realizado de forma racional, com respeito entre interlocutores, ainda que a ideia, para a maioria, possa ser eventualmente considerada estranha, extravagante, inaceitável ou, até mesmo, perigosa.

[...]

[...] a liberdade de expressão, considerada em seu mais abrangente significado, traduz, ela própria, o fundamento que nos permite formular ideias e transmiti-las com o intuito de provocar a reflexão em torno de temas que podem revelar-se impregnados de elevado interesse social.

As ideias, Senhor Presidente, podem ser fecundas, libertadoras, subversivas ou transformadoras, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento

não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções divergentes, a concretização de um dos valores essenciais à configuração do Estado democrático de direito: o respeito ao pluralismo político.

A livre circulação de ideias, portanto, representa um signo inerente às formações democráticas que convivem com a diversidade, vale dizer, com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, em dado momento histórico-cultural, o “*mainstream*”, ou seja, a corrente dominante em determinada sociedade.

É por isso que a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas, longe de significar um ilícito penal, supostamente caracterizador do delito de apologia de fato criminoso, representa, na realidade, a prática legítima do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião, sendo irrelevante, para efeito da proteção constitucional de tais prerrogativas jurídicas, a maior ou a menor receptividade social da proposta submetida, por seus autores e adeptos, ao exame e consideração da própria coletividade.

DOCTRINA CITADA

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Fundamentos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 161-162.

MELLO, Celso de. O direito constitucional de reunião. **Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 12, n. 54, p. 19-23, set./out. 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 239 e 297-298.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 5, p. 603-604.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADPF 187
2. *Amicus curiae*
3. Vídeo do programa da TV Justiça “Plenárias”
4. Vídeo do julgamento
5. Julgados relacionados

ADI 5.852, rel. min. Dias Toffoli, red. do ac. min. Luiz Fux, j. 24-8-2020, P, DJE de 26-11-2020.

ADI 4.274, rel. min. Ayres Britto, j. 23-11-2011, P, DJE de 2-5-2012.

RE 806.339, rel. min. Marco Aurélio, red. do ac. min. Edson Fachin, j. 15-12-2020, P, DJE de 19-3-2021, Tema 855.

DIPLOMA PARA O EXERCÍCIO DO JORNALISMO

É inconstitucional a exigência
de diploma para o exercício do
jornalismo.

[RE 511.961, rel. min. Gilmar Mendes, j. 17-6-2009,
P, DJE de 13-11-2009.]

TESE FIXADA

A exigência de diploma universitário registrado pelo Ministério da Educação como condição obrigatória para o exercício da profissão de jornalista viola o direito à liberdade de expressão, de informação e de profissão.



Liberdade de exercício profissional

- restrições legais à liberdade do exercício profissional
 - qualificações profissionais
- **restrição legal desproporcional** que **viola o conteúdo essencial** da liberdade
 - declarada **inconstitucional**

Qualificações profissionais (art. 5º, XIII, da CF)

- exigidas, pela lei, daquelas **profissões que podem trazer perigo de dano** à coletividade ou **prejuízos diretos** a direitos de terceiros

Formação específica em curso de graduação em jornalismo

- **não** é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros

EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA

Atividade de jornalismo

- **manifestação** e **difusão** do pensamento e da informação
- umbilicalmente **ligada às liberdades de expressão** e de **informação**
- não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais
- **responsabilização** civil e penal, *a posteriori* em caso de **exercício abusivo**

Corte Interamericana de Direitos Humanos

- A **obrigatoriedade** de **diploma universitário** e **inscrição** em **ordem profissional** para o exercício da profissão de jornalista **viola** o art. 13 da **Convenção Americana de Direitos Humanos**



8 X 1

Vencedores no mérito:



Min. **Gilmar Mendes**
– Relator (Presidente)

Min. **Cármem Lúcia**

Min. **Ricardo Lewandowski**

Min. **Eros Grau**

Min. **Ayres Britto**

Min. **Cezar Peluso**

Min. **Ellen Gracie**

Min. **Celso de Mello**

Vencido no mérito:

Min. **Marco Aurélio**

Ausentes:

Min. **Joaquim Barbosa**

Min. **Menezes Direito**

FUNDAMENTOS

PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

O art. 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988 dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Tem-se, no citado preceito constitucional, uma inequívoca reserva legal qualificada. A Constituição remete à lei o estabelecimento das qualificações profissionais como restrições ao livre exercício profissional.

[...] a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado.

A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das “condições de capacidade” como condicionantes para o exercício profissional: Constituição de 1934, art. 113, 13; Constituição de 1937, art. 122, 8; Constituição de 1946, art. 141, § 14; Constituição de 1967/69, art. 153, § 23. O texto constitucional de 1891, apesar de não prever a lei restritiva que estabelecesse as condições de capacidade técnica ou as qualificações profissionais, não impedia a regulamentação das profissões com justificativa na proteção do bem e da segurança geral e individual [...].

Assim, parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, para uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

[...] desde o importante julgamento da Representação nº 930 (Relator p/ o acórdão: Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977), o Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais. A restrição legal desproporcional e que viola o conteúdo essencial da liberdade deve ser declarada inconstitucional.

EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA: QUALIFICAÇÕES PROFISSIONAIS ESPECÍFICAS

[...] a doutrina constitucional entende que as qualificações profissionais de que trata o art. 5º, inciso XIII, da Constituição, somente podem ser exigidas, pela lei, daquelas profissões que, de alguma maneira, podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área de saúde, a engenharia, a advocacia e a magistratura, entre outras várias. Nesse sentido, a profissão de jornalista, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício. Eventuais riscos ou danos efetivos

a terceiros causados pelo profissional do jornalismo não seriam inerentes à atividade e, dessa forma, não seriam evitáveis pela exigência de um diploma de graduação. Dados técnicos necessários à elaboração da notícia (informação) deveriam ser buscados pelo jornalista em fontes qualificadas profissionalmente sobre o assunto.

[...] esses entendimentos, que bem apreendem o sentido normativo do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, já demonstram a desproporcionalidade das medidas estatais que visam a restringir o livre exercício do jornalismo mediante a exigência de registro em órgão público condicionado à comprovação de formação em curso superior de jornalismo.

[...]

É fácil perceber que a formação específica em curso de graduação em jornalismo não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros. De forma extremamente distinta de profissões como a medicina ou a engenharia, por exemplo, o jornalismo não exige técnicas específicas que só podem ser aprendidas em uma faculdade. O exercício do jornalismo por pessoa inapta para tanto não tem o condão de, invariável e incondicionalmente, causar danos ou pelo menos risco de danos a terceiros. A consequência lógica, imediata e comum do jornalismo despreparado será a ausência de leitores e, dessa forma, a dificuldade de divulgação e de contratação pelos meios de comunicação, mas não o prejuízo direto a direitos, à vida, à saúde de terceiros.

As violações à honra, à intimidade, à imagem ou a outros direitos da personalidade não constituem riscos inerentes ao exercício do jornalismo; são, antes, o resultado do exercício abusivo e antiético dessa profissão.

O jornalismo despreparado diferencia-se substancialmente do jornalismo abusivo. Este último, como é sabido, não se restringe aos profissionais despreparados ou que não frequentaram um curso superior. As notícias falaciosas e inverídicas, a calúnia, a injúria e a difamação constituem grave desvio de conduta e devem ser objeto de responsabilidade civil e penal. Representam, portanto, um problema ético, moral, penal e civil que não encontra solução na formação técnica do jornalista. Dizem respeito, antes, à formação cultural e ética do profissional, que pode ser reforçada, mas nunca completamente formada, nos bancos de uma faculdade.

É inegável que a frequência a um curso superior com disciplinas sobre técnicas de redação e edição, ética profissional, teorias da comunicação, relações públicas, sociologia etc. pode dar ao profissional uma formação sólida para o exercício cotidiano do jornalismo. E essa é uma razão importante para afastar qualquer suposição no sentido de que os cursos de graduação em jornalismo serão desnecessários após a declaração de não recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969.

DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR COMO EXIGÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA: RESTRIÇÃO INCONSTITUCIONAL ÀS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO

[...] o jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto,

são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada.

[...]

No [...] julgamento da ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Britto, na qual se declarou a não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), o Tribunal enfaticamente deixou consignado o entendimento segundo o qual as liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente poderiam ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionálíssimas, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral

[...]

[...] em matéria de liberdade de expressão e de comunicação em geral, as restrições legais estão reservadas a casos extremamente excepcionais, sempre justificadas pela imperiosa necessidade de resguardo de outros valores constitucionais.

Assim, no caso da profissão de jornalista, a interpretação do art. 5º, inciso XIII, em conjunto com o art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220 leva à conclusão de que a ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei

É fácil perceber, nessa linha de raciocínio, que a exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento,

uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição. Portanto, em se tratando de jornalismo, atividade umbilicalmente ligada às liberdades de expressão e de informação, o Estado não está legitimado a estabelecer condicionamentos e restrições quanto ao acesso à profissão e respectivo exercício profissional.

PROFISSÃO DE JORNALISTA: ACESSO, EXERCÍCIO E CONTROLE ESTATAL VEDADO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL

[...] no campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição.

A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística também leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Ressaltem-se, nesse sentido, as considerações do Ministro Rodrigues Alckmin, no julgamento da citada Representação nº 930, as quais afirmavam que o serviço público de fiscalização do exercício profissional, a cargo de entes autárquicos especiais,

denominados ordens ou conselhos, somente pode ser exercido pelo Estado se existe uma regulamentação legítima da profissão, entendida esta como a regulamentação das profissões que efetivamente reclamam condições de capacidade ou qualificações profissionais especiais.

EXERCÍCIO ABUSIVO DO JORNALISMO

[...] a vedação constitucional a qualquer tipo de controle estatal prévio não faz pouco caso do elevado potencial da atividade jornalística para gerar riscos de danos ou danos efetivos à ordem, à segurança, ao bem estar da coletividade e a direitos de terceiros. O entendimento até aqui delineado não deixa de levar em consideração a potencialidade danosa da atividade de comunicação em geral e o verdadeiro poder que representam a imprensa e seus agentes na sociedade contemporânea.

[...]

É certo, assim, que o exercício abusivo do jornalismo implica sérios danos individuais e coletivos. Porém, mais certo ainda é que os danos causados pela atividade jornalística não podem ser evitados ou controlados por qualquer tipo de medida estatal de índole preventiva.

Como se sabe, o abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de controle prévio, mas de responsabilização civil e penal, a posteriori. E, como analisado acima, não há razão para se acreditar que a exigência de diploma de curso superior de jornalismo seja uma medida adequada e eficaz para evitar o exercício abusivo da profissão.

[...]

Parece que, nesse campo da proteção dos direitos e prerrogativas profissionais dos jornalistas, a autorregulação é a solução mais consentânea com a ordem constitucional e, especificamente, com as liberdades de expressão e de informação.

[...]

Dessa forma, são os próprios meios de comunicação que devem estabelecer os mecanismos de controle quanto à contratação, avaliação, desempenho, conduta ética dos profissionais do jornalismo. Poderão as empresas de comunicação estipular critérios de contratação, como a especialidade em determinado campo do conhecimento, o que, inclusive, parece ser mais consentâneo com a crescente especialização do jornalismo no mundo contemporâneo.

JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso “*La colegiación obligatoria de periodistas*” – Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos – OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009).

DOCTRINA CITADA

ALEXY, Robert. **Theorie der grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986, p. 267.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 59, 62-63.

ATALIBA, Geraldo. Efeitos da nova Constituição. **Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, n. 1562, suplemento, p. 3, 23 nov. 1988.

BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira (1891): (comentada)**. Edição Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 330.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 602-603.

KRÜGER, HERBERT. Der wesensgehalt der grundrechte. **Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)**, Berlim: [s.n.], 1985. p. 321-322.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des verfassungsrechts, der Bundesrepublik Deutschland**. Heidelberg: Müller Verlag, 1995. p. 18, p. 46, p. 134.

KELSEN, Hans. **Teoria generale del diritto e dello Stato**. Traduzione di Sergio Cotta e Giuseppino Treves. Milano: Ed. Comunità, 1952. p. 119.

KREBS, Walter. *In*: VON MÜNCH, Ingo; KUNIG, Philip. **Grundgesetz-Kommentar**, München: C.H. Beck, v. 1, art. 19, II, n. 23, p. 999.

KOCH, Harald. **Prozessführung im öffentlichen Interesse: rechtsvergleichende Entwicklungsbedingungen und Alternativen objektiver Rechtsdurchsetzung**. Frankfurt am Main: Nomos-Verlag-Ges, 1983. p. 1.

KRÜGER, HERBERT. Der wesensgehalt der grundrechte. **Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)**, Berlim: [s.n.], 1985. p. 321-322.

LERCHE, Peter. Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff. *In*: ISENSEE, Josef; KIRCHHOFF, Paul (org.). **Handbuch des Staatsrechts**, Heidelberg: C.F Müller, v. 5, p. 739, 746-747. [1998].

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 542-544.

MANGOLDT, Hermann von. **Das Bonner Grundgesetz**. Berlin: F. Vahlen, 1953. p. 37.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. 3, p. 83, 90.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira de 1891**. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 742.

MOREIRA, Vital. O direito de resposta na comunicação social. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 9.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 14. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1998. p. 50, 53, 57, 63, 65, 66-67.

SCHMITT, Carl. Freiheitsrechte und institutionelle garantien der Reichsverfassung (1931). *In*: VERFASSUNGSRECHTLICHE Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin: Dunker & Humblot, 1958. p. 140-173.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. Berlin: Duncker & Humblot, 1954. p. 170.

SCHWABE, Jürgen. **Probleme der Grundrechtsdogmatik**. Darmstadt: Schadel, 1977. p. 152.

WOLFF, Martin. Reichsverfassung und eigentum. *In*: FESTGABE der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923. p. IV 1-30.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão do RE 511.961

2. Vídeos do julgamento

Vídeo 1

Vídeo 2

Vídeo 3

3. Julgados relacionados

ADI 3.481, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 6-3-2021, P, *DJE* de 6-4-2021.

ADPF 183, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 27-9-2019, P, *DJE* de 18-11-2019.

RE 414.426, rel. min. Ellen Gracie, j. 1º-8-2011, P, *DJE* de 10-10-2011.

LIBERDADE DE IMPRENSA

Incompatibilidade da Lei de Imprensa com a Constituição Federal de 1988.

**[ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009,
P, DJE de 6-11-2009.]**

RESUMO

Declaração de não recepção da Lei 5.250/1967 (Lei de Imprensa) pela Constituição de 1988.



Liberdade de imprensa como reforço das **liberdades** de manifestação do pensamento, de informação e de expressão

Liberdade de imprensa e **democracia**

Art. 220 da Constituição Federal: o regime de **plena liberdade** de atuação da **imprensa**

NÃO RECEPÇÃO DA LEI DE IMPRENSA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A crítica jornalística **não é suscetível à censura prévia**

Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por dano

Efeitos jurídicos da decisão



7 X 4

Vencedores no mérito:



Min. Ayres Britto – Relator

Min. Eros Grau

Min. Menezes Direito

Min. Cármen Lúcia

Min. Ricardo Lewandowski

Min. Cezar Peluso

Min. Celso de Mello

Vencidos no mérito, em parte:

Min. Joaquim Barbosa

Min. Ellen Gracie

Min. Marco Aurélio (Vencido no mérito, integralmente)

Min. Gilmar Mendes – Presidente

FUNDAMENTOS

LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO

A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome “Da Comunicação Social” (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de “atividades” ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.

LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA

A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de

vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados.

O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa”.

ART. 220 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: O REGIME DE PLENA LIBERDADE DE ATUAÇÃO DA IMPRENSA

O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição.

A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa.

Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.

A expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal).

Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.

A CRÍTICA JORNALÍSTICA NÃO É SUSCETÍVEL À CENSURA PRÉVIA

O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor.

O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado.

A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e “real alternativa à versão oficial dos fatos”.

[...]

A uma atividade que já era “livre” (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de “plena” (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado “núcleo duro” da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação.

PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO

A excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a

ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.

NÃO RECEPÇÃO DA LEI DE IMPRENSA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.

Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para

alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.

São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de “interpretação conforme a Constituição”.

[...]

Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo *pro indiviso*.

EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO

Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, “de eficácia plena e de aplicabilidade imediata”, conforme classificação de José Afonso da Silva. “Norma de pronta aplicação”, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.

Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

DOCTRINA CITADA

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 81-82.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 548-549, 661.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 118-119, 137.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. *In*: CADERNOS de soluções constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 32-47.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 52.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. v. 1, p. 283.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Estudos de direito público e privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 259, 298-299.

DOTTI, Rene Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 207-210.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 300, 311-312.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1996. p. 94-101.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 39.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade civil dos meios de comunicação**: de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 175.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 100-101.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel Gomes; ZULIANE Ênio Santarelli (coords.). **Comentários à Lei de Imprensa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 353-357, 396-399.

HUME, David. **Ensaio morais, políticos e literários**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004. p. 101-102, 105.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 384 p.

LEBRETON, J. P. Les particularités de la juridiction constitutionnelle. **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger**, Paris, v. 99, n. 2, p. 419-485, mars./avr. 1983.

LEITE FILHO, Solidonio. **Comentários à Lei de Imprensa**. Rio de Janeiro: J. Leite Editores, 1925. p. 188.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 89-96.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. v. 2, p. 350.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 48.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997. p. 87-89.

PAZ, Octavio. **O arco e a lira**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. p. 351.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 246.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 295.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADPF 130

2. *Amicus curiae*

3. Vídeo do programa da TV Justiça “Grandes Julgamentos”

Vídeo 1

Vídeo 2

Vídeo 3

Vídeo 4

4. Vídeos do julgamento

Vídeo 1

Vídeo 2

Vídeo 3

Vídeo 4

Vídeo 5

5. Julgados relacionados

ADPF 601 MC, rel. min. Gilmar Mendes, dec. monocrática, j. 7-8-2019, *DJE* de 12-8-2019.

RE 662.055 RG, rel. min. Roberto Barroso, j. 27-8-2015, P, *DJE* de 3-9-2015, Tema 837 (aguardando julgamento de mérito).

Rcl 15.243 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-4-2019, 2ª T, *DJE* de 11-10-2019.

Rcl 22.328, rel. min. Roberto Barroso, j. 6-3-2018, 1ª T, *DJE* de 10-5-2020.

Rcl 9.428, rel. min. Cezar Peluso, j. 10-12-2009, P, *DJE* de 25-6-2010.

LEI DE BIOSSEGURANÇA E PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

As pesquisas com células-tronco não violam os preceitos constitucionais do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

[ADI 3.510, rel. min. Ayres Britto, j. 29-5-2008,
P, DJE de 28-5-2010.]

RESUMO

É constitucional a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), que permitiu a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Direito constitucional à liberdade de expressão científica.



Proteção constitucional do **direito à vida** e os direitos do **embrião pré-implanto**

Direito fundamental à autonomia da vontade, ao **planejamento familiar** e à **maternidade**

Enfrentamento e cura de **patologias** e **traumatismos**

Pesquisas com células-tronco **não caracterizam aborto**

PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS

Liberdade de **expressão científica** x Lei de **Biossegurança**

- **melhoria** das **condições de vida** para todos os indivíduos
- **assegurada** a dignidade da pessoa humana

Cautelas e restrições impostas pela **Lei de Biossegurança** na condução das pesquisas com células-tronco embrionárias



6 X 5

Vencedores no mérito:



Min. Ayres
Britto – Relator

Min. Ellen Gracie

Min. Cármen Lúcia

Min. Joaquim Barbosa

Min. Marco Aurélio

Min. Celso de Mello

Vencidos no mérito:

Min. Menezes Direito

Min. Ricardo Lewandowski

Min. Eros Grau

Min. Cezar Peluso

Min. Gilmar Mendes – Presidente

FUNDAMENTOS

CONCEITO JURÍDICO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

As “células-tronco embrionárias” são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou “*in vitro*”, e não espontaneamente ou “*in vida*”.

[...]

Do ponto de vista biológico, que é o que mais de perto interessa e serve à construção do correlato conceito jurídico-constitucional, não só “a formação e o desenvolvimento do embrião humano” podem ser considerados “um processo gradual, contínuo e coordenado desde o momento da fertilização”, mas a própria vida, enquanto fenômeno inteligível, se reduz a essa ideia e postula igual conceito.

[...]

Como se vê logo, todas as referências científicas e filosóficas à noção genérica de processo, compreendido como sucessão contínua de mudanças de acordo com diretriz unitária de desenvolvimento autônomo, para caracterizar em teoria e identificar em concreto a vida, radicam-se, em última instância, na ideia de movimento cujo princípio causal está no próprio movente, que por consequência se define como vivo. Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem necessidade de

intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. É o que me permito denominar aqui capacidade de movimento autógeno.

E isso não o têm os embriões congelados, cuja situação é só equiparável à de etapa inicial de processo que se suspendeu ou interrompeu, antes de adquirir certa condição objetiva necessária, capaz de lhe ativar a potência de promover, com autonomia, uma sequência de eventos, que, biológicos, significam, no caso, a unidade permanente do ciclo vital que individualiza cada subjetividade humana.

Mas não é esse algo simples mas esclarecedor critério discretivo da qualidade do movimento autógeno, adotado pela biologia e pela filosofia para caracterizar os seres vivos, ou para, na sua falta, excluir de modo absoluto a existência de vida, que leva a negá-la aos embriões congelados.

[...]

Se, por pressuposição, vida é processo, tem-se de concluir sem erro [...] que, no caso das células-tronco embrionárias congeladas, o ciclo subjetivo de mudanças iniciado no momento da concepção foi suspenso ou interrompido, antes de lhes sobrevir a condição objetiva de inserção no útero, sem a qual não adquirem a capacidade de desenvolvimento singular autônomo que tipifica a existência de vida em cada uma. Ninguém tem dúvida de que, sem esse fato objetivo, futuro e incerto, da introdução do embrião em útero de mulher, o processo não retoma o curso geneticamente programado e, pois, não chega ao estágio em que pode atualizar-se a potência vital naquele contida. Logo, a fixação do óvulo fecundado na parede uterina é condição sine qua non de seu desenvolvimento ulterior e, como tal, constitui critério de definição do início da vida, concebida como processo ou projeto. Nele, está longe de ser coadjuvante ou secundário o papel causal representado pela participação do útero ou, antes,

de todo o corpo feminino, que, como agente de complexas e ainda mal conhecidas interações físicas, biológicas e psicológicas com o feto, algumas das quais decisivas à conformação da sua irrepetível estrutura unitária de pessoa dada à luz, aparece como elemento intrinsecamente constitutivo da vida humana.

[...]

Todas essas razões, segundo as quais os embriões isolados não são, já do ponto de vista biológico, portadores de vida atual, nem podem equiparar-se ou equivaler a pessoas *in fieri* ou perfeitas, sequer no plano moral, não vejo como nem por onde a regra impugnada, que lhes dá análogo valor e qualificação ao incorporá-los na experiência jurídica e autorizar-lhes a destruição em experiências científicas de finalidades terapêuticas, mutila ou ofende o chamado direito à vida, objeto da tutela constitucional. Os embriões humanos ditos excedentários, não são, enquanto tais, sujeitos de direito à vida, nem guardam sequer expectativa desse direito.

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à

igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar).

Mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“*in vitro*” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível.

O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE

A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”.

A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo “*in vitro*” de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou “*in vitro*”. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade.

De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226).

O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião “*in vitro*” fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS

A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional {ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor).

A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião “*in vitro*”, porém a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões “*in vitro*”, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam.

Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade.

[...]

A perspectiva do uso de células-tronco embrionárias a partir dos embriões ditos inviáveis ou daqueles congelados nas clínicas de reprodução assistida não pode, sob nenhum pretexto, resvalar para o absoluto sem a preservação da vida. Impõe-se estabelecer padrão ético que nem deixe de considerar a bem-aventurança da pesquisa, seja para fins puramente científicos, seja para fins terapêuticos, nem deixe de privilegiar a importância do destino desejado pelos genitores ao procurar a continuidade biológica por meio da fertilização in vitro. O que se há de buscar é a preservação da vida e da dignidade do homem, assim, a integridade da vida que nascerá se não sofrer interrupção natural ou provocada e a possibilidade de avançar na descoberta do próprio mistério da vida.

[...]

As investigações com células-tronco embrionárias, repita-se, devem se limitar à pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e à pesquisa com fins terapêuticos; devem ser autorizadas por órgão federal, integrado por equipe multidisciplinar, composta por membros com larga experiência, inclusive em pesquisa, nos ramos da medicina, da biologia e da química, além de outras áreas do saber, como o direito, a sociologia, a teologia, a ética e a matemática; devem ser supervisionadas por especialistas com comprovada experiência nos métodos de manipulação dessas células; e devem ser devidamente registradas e autorizadas pelo mencionado órgão federal.

PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO

É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem

todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento “*in vitro*”. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.

O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado “*in vitro*” é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extracorporalmente produzido e também extracorporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião.

A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A “controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto.”

[...]

A controvérsia constitucional também não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto, pois, como bem destacou a ilustre Professora MAYANA ZATZ, “Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença”.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA X LEI DE BIOSSEGURANÇA

O termo “ciência”, enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada.

Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218, *caput*) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos.

Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica.

CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou

do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

[...]

A primeira restrição imposta diz respeito à indicação do uso das células embrionárias exclusivamente nas atividades de pesquisa e de terapia.

Outra limitação relevante é a definição de qual universo de embriões humanos poderão ser utilizados: somente aqueles que, produzidos por fertilização *in vitro* – técnica de reprodução humana assistida – não são aproveitados no respectivo tratamento. Fica clara, portanto, a opção legislativa em dar uma destinação mais nobre aos embriões excedentes fadados ao perecimento. Por outro lado, fica afastada do ordenamento brasileiro qualquer possibilidade de fertilização de óvulos humanos com o objetivo imediato de produção de material biológico para o desenvolvimento de pesquisas, sejam elas quais forem.

Além de excedentes no procedimento de fertilização *in vitro*, os embriões de uso permitido ainda deverão estar dentre aqueles considerados inviáveis para o desenvolvimento seguro de uma nova pessoa ou congelados há mais de três anos. Presente, assim, a fixação de um lapso temporal razoável, que leva em conta tanto a possibilidade dos genitores optarem por uma nova e futura implantação do embrião congelado quanto a improba-

bilidade de sua utilização, para esse mesmo fim, após decorrido um triênio de congelamento.

As restrições não param por aí. É preciso, ainda, para que os embriões possam ser regularmente destinados à pesquisa, o expreso consentimento dos genitores e que os projetos das instituições e serviços de saúde, candidatos ao recebimento das células-tronco embrionárias, sejam anteriormente apreciados e aprovados pelos respectivos comitês de ética em pesquisa.

Saliente-se que a Lei de Biossegurança, reconhecendo a dignidade do material nela tratado e o elevado grau de reprovação social na sua incorreta manipulação, categorizou como crime a comercialização do embrião humano, com base na lei de doação de órgãos (art. 5º, § 3º), bem como a sua utilização fora dos moldes previstos no referido artigo 5º. Tipificou, ainda, como delito penal, a prática da engenharia genética em célula geminal, zigoto ou embrião humano e a clonagem humana (arts. 6º, 25 e 26).

DOCTRINA CITADA

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul.-set, 1999.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**: teologia, Deus, Trindade. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. v. 5, p. 173.

AQUINO, Tomás de. **Summa theologica**: tratado de Deus uno. Tradução do Padre Raimundo Suarez. Madrid: [s.n.]: 1964. p. 633-651.

BACZKOWSKI, Tomasz; KURZAWA, Rafal; GLABOWSKI, Wojciech. Methods of embryo scoring in in vitro fertilization. **Reproductive Biology**, Olsztyn, v. 4, n. 1, p. 5-22.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. 2. ed. São Paulo: Fundamento, 2007. p. 38.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 661.

CATALANO, Pierangelo. Os nascituros entre o direito romano e o direito latino-americano(a proposta do art. 2. do projeto de Código civil). **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 7-15, jul./set. 1988.

CESARINO, Leticia. Nas fronteiras do “humano”: os debates britânico e brasileiro sobre pesquisa com embriões. Rio de Janeiro: **Mana**, v. 13, n. 2, out. 2007.

COCHARD, Larry R. **Atlas de embriologia humana de Netter**. Porto Alegre: ARTMED, 2003. p. 43-45.

CORREIO BRASILIENSE, Brasília, Revista do Correio, ano 3, n. 141, p. 32, 27 jan. 2008.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 426.

FAGOT-LARGEAULT, Anne. Embriões, células-tronco e terapias celulares: questões filosóficas e antropológicas. *Estudos Avançados*, São Paulo, **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p. 227-245.

FONTELES, Cláudio. A vida humana é dinamismo essencial inesgotável. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Caderno Opinião, 1 mar. 2008. p. 1, 3, 4.

FUKUYAMA, Francis; FURGER, Franco. Beyond bioethics: a proposal for modernizing the regulation of human biotechnologies. **Innovations: technology, governance, globalization**, Washington, v. 2, n. 4, p. 117-127, fall 2007.

GUHR, Anke; KURTZ, Andreas, FRIEDGEN, Kelley, LÖSER, Peter. Current state of human embryonic stem cell research: an overview of cell lines and their use in experimental work. **Stem Cells**, v. 24, n. 10, p. 2187-2191, oct. 2006.

HABERMAS, Jürgen. L'avenir de la nature humaine: vers um eugénisme liberal? Traduction Christian Bouchindhomme. Paris: Gallimard, 2015. p. 102.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho da eugenia liberal? Tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 44.

JONAS, Hans. **O Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Editora PUC, 2006. p. 57.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: A. Armenio, 1976. p.269-273.

KOTTOW, Miguel. Bioética del Comienzo de la vida? Cuantas veces comienza la vida humana? **Bioética**, Brasília, v. 9, n. 2, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Compostura jurídica do princípio de igualdade. **Jurídica**: administração municipal, Salvador, v. 6, n. 3, p. 1-7, mar. 2001.

MELLO, Luiz Eugênio. Entre células e pessoas: a vida humana. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Caderno Opinião, 1 mar. 2008.

MENDES, Sérgio da Silva. O constituinte, a constituição e a inviabilidade genética do positivismo lógico. Disponível no site do Senado Federal.

MORIN, Edgar. **O Método**. Tradução de Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 70-72.

ROCHA, Renata da. **O direito à vida e a pesquisa com células-troncos**: limites éticos e jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 52.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 36.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 03-51, 26-27.

SCOTT, L.; ALVERO, R.; LEONDIRES, M; MILLER, B. Morphology of human pronuclear embryos is positively related to blastocyst development and implantation. **Human Reproduction**, Oxford, v. 15, n. 11, p. 2394-2403, nov. 2000.

SILVA, José Afonso da. A questão das células-tronco embrionárias. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Caderno Opinião, 21 mar. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo, Malheiros, 2001. p. 196.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 108.

THOMSOM, James et al. Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts. **Science**, v. 282, n. 5391, p. 1145-1147, 1998.

VEJA. São Paulo: Editora Abril, v. 41, n. 2050, p. 11.

VEJA. São Paulo: Editora Abril, 7 mar. 2007, p. 115.

WILSON, Edward Osborne. **On human nature**. 10. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1998. p. 53.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. Inteiro teor do acórdão da ADI 3.510

2. Audiência Pública nº 1

Audiência Pública convocada para subsidiar o julgamento da ADI nº 3.510, em que se impugnavam dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), no tocante à constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos.

2.1 Despacho convocatório 1

2.2 Despacho convocatório 2

2.3 Obra *Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática – Biossegurança e Células-Tronco*

2.4 Vídeos da audiência

3. Vídeo do programa da TV Justiça “Grandes Julgamentos”

Vídeo 1

Vídeo 2

Vídeo 3

Vídeo 4

LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA

É inconstitucional o Decreto
distrital nº 20.098/1999,
que proibiu a realização de
manifestação pública na Praça
dos Três Poderes, Esplanada dos
Ministérios, Praça do Buriti e vias
adjacentes.

[ADI 1.969, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 28-6-2007,
P, DJE de 31-8-2007.]

RESUMO

Inconstitucionalidade do Decreto distrital nº 20.098/1999, que proibiu a realização de manifestações públicas com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios e Praça do Buriti, configurando ofensa à liberdade de reunião.



Direito de **reunião**

Direito de **pensamento**

LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA

Restrição ao **direito de reunião** estabelecida pelo
Decreto distrital 20.098/1999

- **inviabiliza** a livre expressão do pensamento
- é **inadequada, desnecessária e desproporcional**
- **confronta** com a vontade da Constituição, que é permitir a **reunião pacífica** para **fins lícitos**



9 X 0

Vencedores no mérito:



Min. Ricardo
Lewandowski – Relator

Min. Eros Grau

Min. Celso de Mello

Min. Ayres Britto

Min. Cármen Lúcia

Min. Cezar Peluso

Min. Gilmar Mendes

Min. Sepúlveda Pertence

Min. Ellen Grace – Presidente

Ausentes:

Min. Joaquim Barbosa

Min. Marco Aurélio

FUNDAMENTOS

LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA

[...] a liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas, encontrando expressão, no plano jurídico, a partir do século XVIII, no bojo das lutas empreendidas pela humanidade contra o absolutismo monárquico.

[...]

Konrad Hesse, a propósito, observa que o direito dos cidadãos de se reunirem pacificamente e sem armas encontra-se intimamente ligado à liberdade de expressão, registrando que a “formação de opinião ou formação preliminar de vontade política, pressupõe uma comunicação que se consuma, em parte essencial, em reuniões”.

[...] o Direito de reunião previsto no inciso XVI está associado umbilicalmente a outro da maior importância em sociedades que se digam democráticas: o ligado à manifestação de pensamento²⁶.

[...]

No Brasil, a liberdade de reunião sempre foi contemplada pelas Constituições republicanas, entrevista como liberdade pública de caráter fundamental, encontrando lugar no capítulo relativo aos direitos e garantias individuais.

[...]

²⁶ ADI 1.969 MC, rel. min. Marco Aurélio, j. 24-3-1999, P, DJ de 5-3-2004.

A chamada Constituição cidadã, promulgada em 1988, na senda aberta pelas cartas anteriores, ao mesmo tempo em que garantiu a liberdade de reunião, no art. 5º, XVI, estabeleceu, no próprio texto magno, de forma parcimoniosa, os limites e condições para o seu exercício, quais sejam, “reunir-se pacificamente”, “sem armas”, “que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local” e o “prévio aviso à autoridade competente”.

RESTRIÇÃO AO DIREITO DE REUNIÃO ESTABELECIDADA PELO DECRETO DISTRITAL Nº 20.098/1999

O Decreto distrital impugnado foi editado a pretexto de regulamentar o inciso XVI do art. 5º da Constituição de 1988.

[...]

[...] o Decreto impugnado veda a “realização de manifestações públicas com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros” na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti, bem assim nas vias adjacentes.

[...]

Na verdade, o Decreto distrital 20.098/99 simplesmente inviabiliza a liberdade de reunião e de manifestação, logo na Capital Federal, em especial na emblemática Praça dos Três Poderes, local aberto ao público, que, na concepção do genial arquiteto que a esboçou, constitui verdadeiro símbolo de liberdade e cidadania do povo brasileiro.

Proibir a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros, nesse e em outros espaços públicos [...], inviabilizaria por completo a livre expressão do pensamento nas reuniões levadas a efeito

nesses locais, porque as tornaria emudecidas, sem qualquer eficácia para os propósitos pretendidos.

[...]

A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda a evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição [...], que é [...] permitir que todos os cidadãos possam reunir-se pacificamente para fins lícitos, expressando as suas opiniões livremente.

DOCTRINA CITADA

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1276.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução da 20. edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 313.

MELLO, Celso de. O direito constitucional de reunião. **Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 12, n. 54, p. 19-23, set./out. 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 39.

MORAES FILHO, Evaristo de. Sindicato organização e funcionamento. **Revista LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 44, n. 9, p. 1065-1073, set. 1980.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Direito sindical**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 136, 141-142.

RIVERO, Jean. **Les libertés publiques**. Paris: Presses Universitaires de France, 1977. p. 356.

ROCHA, Carmen Lúcia A. **Direitos de (para) todos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. 74 p.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Constituição e Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1989. p. 179-180.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofia del derecho**. 6. ed. México: Editorial Porrúa, 1978. p. 581.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. v. 2, p. 1024.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

1. [Inteiro teor do acórdão da ADI 1.969](#)
2. [Áudio do julgamento](#)

Esta obra, projetada e composta na fonte Cronos Pro, foi finalizada, em junho de 2023, pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal.