

AFIRMAÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO*

HISTORICAL AND LEGAL AFFIRMATION OF THE FREEDOM OF SPEECH

Claudioiro Batista de Oliveira Junior

RESUMO

O objetivo do presente artigo consiste em abordar o tema do direito fundamental da liberdade de expressão e seus derivados e a ligação desse instituto com a afirmação histórica dos direitos fundamentais e sua importância para a afirmação do estado constitucional. O trabalho aborda aspectos tanto cunho histórico e jurídico sobre a evolução do instituto nas declarações de direitos, tanto na instância mundial bem como ao longo da história constitucional brasileira, com destaque para os desenvolvimentos nas constituições e declarações de direitos dos países ocidentais.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO, ESTADO CONSTITUCIONAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO, MUNDO OCIDENTAL

ABSTRACT

The objective of the present article consists of approaching the subject of the basic right of the liberty of speech and its derivatives and the linking of this institute with the historical affirmation of the basic rights and its importance for the affirmation of the constitutional state. The work approaches aspects as much historical and legal matrix on the evolution of the institute in the bills of rights, as much in the world-wide instance as well as throughout Brazilian constitutional history, with prominence for the developments in the constitutions and bill of rights of the occidental countries.

KEYWORDS: KEY-WORDS: CONSTITUTION, CONSTITUTIONAL STATE, FREEDOM OF SPEECH, FUNDAMENTAL RIGHTS, WESTERN WORLD

1. Considerações iniciais

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

O surgimento da idéia de Direitos Fundamentais está intimamente ligado com a garantia constitucional da Liberdade de Expressão exposta no artigo 5º, IV, da Constituição Federal de 1988, sendo esta originária de um dos mais antigos institutos de proteção constitucional, remontando a sua origem ao início da Idade Moderna e a própria formação da civilização ocidental.

A afirmação histórica dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos foi acompanhada de perto pela *difusão da Liberdade de Expressão*, não somente como instituto jurídico digno de proteção, mas também, *como idéia indissociável* ao próprio conceito de Estado Constitucional. O instituto, associado à livre circulação de idéias, terminou por criar uma verdadeira tradição no Ocidente essencial à manutenção das liberdades públicas e ao respeito à lei.

O estudo contemporâneo dos institutos da Liberdade de Expressão e dos Direitos Fundamentais acompanha de perto a evolução do Direito Constitucional e encontra-se íntima e necessariamente ligado às repercussões decorrentes do exercício das liberdades públicas e da Jurisdição Constitucional que nascem como necessidade absoluta e condição essencial de existência e sobrevivência do *Estado Democrático de Direito*, o qual surge em torno de um núcleo de direitos fundamentais a serem preservados por um ordenamento jurídico construído ao seu redor.

A Jusnaturalismo serviu como ponto de partida, trazendo os pressupostos de ordem filosófica do Estado liberal, que concretizou os direitos fundamentais de *primeira geração*. Enunciava que todos os homens, por natureza, independentemente de sua própria vontade ou da vontade dos governantes, são titulares de certos direitos tais como a vida, a liberdade e a segurança. Diante disso, o Estado deveria respeitar, se abstendo de invadir essa *esfera individual mínima* e cumprir a sua função de estabelecer e proteger os Direitos Fundamentais, primeiro do indivíduo e depois extendendo-os ao corpo social como um todo.

Na sua origem, com o advento das idéias ligadas ao conceito de Direito Natural, passando pela positivação nos primeiros ordenamentos jurídicos constitucionalizados, o conjunto normativo criado e definido como *direitos fundamentais*, anteriormente restritos ao ordenamento jurídico-positivo interno, tanto nos casos dos direitos de primeira e segunda dimensão passaram ao longo do século XX a assumir uma dimensão mais ampla, tendo alcançados uma estatura de universalidade, notadamente a partir das guerras mundiais mediante uma série de declarações de direitos e tratados envolvendo os estados nacionais e organizações como a ONU, passando estes direitos assumirem a denominação atual de direitos humanos, cuja dimensão é necessariamente transnacional.

Os Direitos Humanos, englobando elementos das três dimensões de Direitos Fundamentais passam necessariamente a liderar aquilo que **Paulo Bonavides**[1] denomina de *globalização dos direitos* que necessariamente deve surgir como complemento da globalização econômica.

Essa modalidade do fenômeno deve vir sentido de criar um *espaço de cidadania global* aonde à pessoa humana venha a ter sua voz e suas reivindicações ouvidas dentro de uma arena política mais ampla.

Cita ainda **Paulo Bonavides**, o *direito à comunicação*, fruto do exercício da liberdade de expressão como de *terceira dimensão*[2] dentro da concepção exposta por Karel Vlasak de *direitos da fraternidade*. Em conexão com este, coloca também um *direito à informação* como pertencente a uma emergente *quarta dimensão de direitos*, sendo ambos tidos como elemento central das novas dimensões de direitos fundamentais, na qual se busca uma globalização política consistente na universalização e institucionalização daqueles direitos.

No tocante a temática vem o constitucionalista expor em sua obra, o tratamento institucional a ser dado aos direitos de dimensão mais recente: “Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir. A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.” [3]

Com relação ao tema e expondo em conferência sobre a necessidade de criar um espaço transnacional de direitos fundamentais, é interessante trazer à baila o processo de integração política que se desenrola no interior da União Européia, no qual **Jürgen Habermas** coloca que o processo bem-sucedido de *união econômica* precisa de uma complementação na qual uma *dimensão política* crie um *modelo de cidadania pós-nacional*. [4] Quanto à forma de como se dará estabelecimento deste modelo propõe o autor uma forma de *coordenação positiva* centrada na criação de um tipo *pós-nacional de solidariedade cívica*, de caráter intervencionista, ao contrário da *coordenação negativa*, absenteísta e típica da primeira dimensão de direitos fundamentais.

A *coordenação negativa*, na acepção do autor, já vem atuando com sucesso na esfera econômica ao remover os obstáculos para a integração econômica da União Européia e abre espaço para um aprofundamento da integração política. [5]

Expõe como primeiro passo concreto e bem-sucedido dentro de um novo marco constitucional numa Europa pós-nacional, a adoção da *Carta Européia de Direitos Humanos*, raro caso de consenso entre os países-membros.

2. O DIREITO A INFORMAÇÃO NAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS

2.1 Resumo Histórico

2.1.1 Antecedentes. Os Direitos Fundamentais e a Liberdade de Expressão nas primeiras Cartas de Direitos

O nascimento do instituto ora em análise encontra intimamente ligado ao nascimento da própria *idéia* de direitos fundamentais e ao surgimento do Estado Constitucional, que veio moldar não somente os estados ocidentais, mas se tornar referência em.

Em que pese o conceito de direitos e liberdades inerentes ao homem, somente tenha sido desenvolvido em profundidade pelas diversas correntes jusnaturalistas, suas raízes são mais profundas, remontando o início da própria Civilização Ocidental que tem *no império da lei*, base do constitucionalismo, uma de suas características essenciais, tal como expostas por **Samuel Huntington**.^[6] Este define civilização como “... o nível mais amplo de identificação com o qual ele se identifica de forma intensa”.^[7]

Esse conceito complementa o estabelecido por **Fernand Braudel** (*civilizações como mentalidades coletivas*).^[8] Em nenhuma outra civilização, a noção de que a lei é um elemento essencial da existência civilizada criou raízes tão profundas, tanto institucionais, quanto no imaginário coletivo, quanto nos estados europeus ou naqueles estabelecidos por seus descendentes através da conquista e da colonização, sendo essa noção herdada diretamente dos romanos. No Ocidente a tradição fez com que a idéia de *Legalidade* fosse tida, *no mínimo*, como tão importante quanto a noção de *Legitimidade*.

Na sua origem, os direitos fundamentais possuem a natureza de *liberdades-privilégios*^[9] na conceituação apropriadamente definida por **Vieira de Andrade**, de determinados estamentos sociais surgindo em plena Idade Média, por meio de documentos de *outorga de direitos* tais como o *Foral do Leão* em Portugal promulgado no reinado de Alfonso IX em 1188, a *Magna Carta* de 1215 da Inglaterra, a *Bula Áurea* do Reino da Hungria de 1222, a *Paz de Fexhe*, no principado eclesiástico de Liège, de 1316 e a *Joyeuse Entrée* do Condado do Brabant, de 1356.

Outros tantos acordos de concessão de prerrogativas e privilégios concedidos às cidades na Alemanha, Itália e Suíça, tal como exposto por **John Gilisen**, tiveram como conteúdo afirmações de *libertas* concedidas aos seus habitantes. Nesses acordos foram ainda enunciados alguns *direitos individuais* tais como o direito por um julgamento justo, o privilégio de *non evocando*, garantindo o direito de não subtração ao julgamento do seu juiz natural, o privilégio de *non arrendando*, de não ser preso, salvo em caso de flagrante delito, o privilégio do *non confiscado*, de proteção aos bens, entre outros.^[10] Nesses documentos, tal como no caso em particular da *Magna Carta*, ficavam estabelecidos conjuntos de direitos e liberdades tais como “... a vida, à herança, à administração da justiça, garantias de processo criminal, liberdade de circulação e de comércio...”.^[11]

Estes direitos eram atribuídos quer seja à Nobreza, à Igreja, às cidades ou às corporações, instituições típicas das ordens sociais do período medieval, na qual cada uma delas resguardava as suas prerrogativas. É de suma importância ressaltar que essas cartas *não reconheciam direitos gerais*, nem *vinculavam o estado aos súditos*, sendo acordos entre *reis e súditos* que estavam sempre sujeitos à confirmação ou até mesmo a revisão ou revogação por parte dos seus sucessores.

Essas *liberdades-privilégios* podem em certa medida ser tratados como *direitos de desigualdade ou estamentais*,^[12] diferindo dos *direitos de igualdade ou fundamentais* consagrados posteriormente pelas constituições ocidentais no tocante ao fato de que estes últimos são atualmente reconhecidos como *direitos dos homens* em caráter geral,

durante um processo que fez com que esses não fossem ligados especificamente às ordens ou estamentos de qualquer espécie, bem como tidos por *universais*, transcendendo primeiro as fronteiras nacionais e depois as de caráter de classe social, de etnia, de gênero ou de religião.

O instituto da liberdade de expressão vai surgindo em primeiro lugar, como o resultado necessário da liberdade de pensamento, sendo a sua forma de *exteriorização* daquela e o seu surgimento não apenas é fruto da criação e consolidação do Estado Constitucional, como também permite o seu desenvolvimento e sua evolução, tanto do ponto de vista histórico como do político, servindo de veículo para as idéias liberais e anti-absolutistas.

O contexto político no qual se insere o surgimento do instituto pode ser situado nas lutas políticas entre o final da Idade Média e o início da idade moderna, com a liberdade de expressão tendo sua gênese intelectual no Renascimento, que em suas especulações político-filosóficas veio romper as amarras do conhecimento, libertando o saber científico do domínio da teologia, fato possível, somente após uma profunda mudança das condições políticas no continente europeu. Afirma **Fernand Braudel** que no Ocidente, o desenvolvimento do racionalismo desde o seu surgimento com a filosofia grega operou uma ruptura profunda entre o religioso e o cultural, que transformou a natureza da relação entre ambos.

De um status de *subordinação* houve uma evolução para outro de *coexistência* “... *entre laicidade, ciência e religião...*”, esta sendo considerado por ele como uma *singularidade do mundo ocidental*. [13]

Esta cisão entre ciência e religião se aprofunda na medida em que o desenvolvimento da filosofia durante o período renascentista fez com o que houvesse um questionamento geral da *visão de mundo medieval*, predominantemente Teocêntrica e até então dominante, com todas as suas convicções e dogmas.

O processo que começou com a emancipação do pensamento em face à teologia põe fim à unidade religiosa e resultou em uma divisão da Europa em campos políticos opostos, alterando ao longo dos séculos XVI e XVIII o equilíbrio político mundial, permitindo o surgimento de novos regimes que rumaram paulatinamente para o constitucionalismo.

A Liberdade de Pensamento e a de Expressão, com a livre difusão e circulação das idéias, contribuiu para alterar a natureza do próprio estado. E esse processo ainda está em curso.

Na luta na qual foi rompida a unidade da cristandade ocidental foram fortalecidas as raízes da liberdade de expressão, uma vez que os conflitos entre a cúpula da Igreja Católica e as nascentes igrejas protestantes giraram inicialmente em torno da *liberdade de pensamento* para uma livre interpretação das escrituras contra a ortodoxia oficial, que buscou calar vozes de dissidentes dentro do clero tais como Martinho Lutero. Em que pese que, após vitoriosas, algumas correntes protestantes, tal como o Calvinismo tenham adotado posturas hermenêuticas tão dogmáticas quanto o catolicismo, este não veio a alterar o fato de que a luta contra o centralismo teológico também implicava numa luta pela *liberdade de consciência*.

Esta liberdade foi reconhecida pelos termos da *Paz de Ausburg* em 1555 que encerrou os conflitos armados entre os principados católicos e luteranos no interior da Alemanha, estabelecendo os princípios da tolerância religiosa no Sacro Império Romano Germânico entre ambas as igrejas, em que pese no início, não tenham sido estendidas às demais correntes protestantes.

O tratado estabeleceu o princípio do *Cuius Regio, Eius Religio* pelo qual os príncipes luteranos mantinham o direito de optar pela religião de sua preferência sendo ainda acordado que os súditos de cada principado deveriam adotar a religião do seu soberano.

Entretanto, foi estabelecido um período de transição durante o qual os súditos poderiam escolher por *emigrar livremente* para outro estado que houvesse adotado a *crença de sua preferência*, permitindo a quebra temporária dos laços feudais, situação até então inédito. Tal faculdade foi disposta no artigo 24 do tratado que estabelecia que "*No caso de os nossos súbditos, quer pertencentes à velha religião ou à confissão de Augsburgo, pretendam deixar suas casas com suas mulheres e crianças por forma a assentar noutra, eles não serão impedidos quer na venda do seu imobiliário desde que pagas as devidas taxas, nem magoados na sua honra*".[14]

O direito de escolher a fé a ser professada, termina por ser em essência o direito de *livremente crer* em uma fé da própria escolha. A partir daí, veio a luta para se estabelecer a liberdade de culto, na qual se pleiteava o direito de *se livremente expressar* a fé escolhida, tornando-se o primeiro caso de positividade de liberdade de pensamento na Idade Moderna. Em consequência, a liberdade de culto começa a se difundir na Europa, principalmente a partir dos *Tratados de Vestfália* que confirmam e ampliam os termos da *Paz de Ausburg*. A partir daí, o foco da luta muda de simples *livre pensamento* para a *livre expressão de opinião* que dará o tom do movimento iluminista ao longo dos séculos XVII e XVIII.

2.1.2 Liberdade de Expressão e Jusnaturalismo. A liberdade de expressão na Inglaterra

Na Inglaterra, por fatores de formação histórica peculiar durante o período feudal que fez com que houvesse um equilíbrio entre realeza e nobreza, os fundamentos do Estado Constitucional vieram a se desenvolver, não apenas de modo precoce, mas também forma mais sólida

Com o tempo foi sendo formado no imaginário social inglês, um vigoroso conceito de fundo consuetudinário de *direitos dos ingleses*, a *Law of the Land*.

Nesse país, de longa tradição de declarações de direitos, criou-se como cita **Gustavo Binenjomb**,[15] uma concepção da lei "*...não como ato de vontade, mas como mero ato declaratório do direito consuetudinário*". Dentro dessa idéia, no sistema de *common law*, as normas costumeiras tem sempre prevalência sobre o *statutory law* (as normas escritas), o que posteriormente veio a criar o sistema de *stare decisis* (vinculação dos precedentes).

Seu desenvolvimento tem origem na Revolta dos Barões que impôs ao Rei John I, Lackland a *Magna Charta Libertatum* que buscava dar um ponto final nas arbitrariedades do cometidas pelo mesmo, tendo esta necessidade se mostrado crescente desde as invasões normandas e as conseqüentes espoliações dos conquistadores, que fizeram surgir à necessidade de se documentar a conduta do rei em face do clero, da nobreza e da nascente burguesia, com o fito de proteger costumes, direitos e propriedades.[16]

Este documento não cria novos direitos, e não deve de modo algum ser compreendido como tendo qualquer viés revolucionário. Constitui antes uma *reafirmação* de costumes e tradições aos quais os súditos ingleses já haviam se acostumados desde o início da formação do país, na Alta Idade Média. A *Magna Carta* não foi aceita facilmente pela realeza, que a considerava particularmente ofensiva, principalmente quando confrontada com o princípio de *governo monárquico absoluto* baseado no Direito Divino dos Reis. Aliás, logo após a assinatura, o próprio rei pediu a sua anulação, sendo esta imediatamente concedida pelo Papa Inocêncio III, desencadeando de imediato uma guerra civil.

Na verdade passou mais de meio século para ser completamente reconhecida e aplicada.[17]

A mesma foi objeto de sucessivas reafirmações por parte dos sucessores do Rei John, que confirmaram o documento em 1216, 1217 e 1225, quando passou a ser conhecida em definitivo na própria Inglaterra pelo seu nome histórico *The Great Charter*. [18]

Esse processo chega ao seu zênite com uma reedição da mesma sob a forma da *Confirmatio Chartarum* de 1297. A mesma somente veio a tomar *status* de documento de natureza constitucional em meados do século XVII. Não obstante, ainda é tida em nossos dias, como o primeiro passo para a criação do Estado Constitucional e marco na afirmação histórica dos Direitos Fundamentais.

Com a idéia de *Law of the Land* consolidada e em franco processo de positivação, esses direitos e liberdades foram bandeiras sempre levantadas quando da ameaça de tirania dos reis, vindo a ser mantida graças a um delicado equilíbrio entre nobreza e realeza, com a primeira passando a ter uma ajuda de uma crescente classe média urbana.

Tais direitos, novamente vieram à tona quando irrompem as lutas políticas e sucessivas guerras civis ao longo do século XVII, entre Rei e o Parlamento inglês, iniciada por uma tentativa de reafirmação tardia do poder monárquico na Inglaterra, que entrava em choque com as prerrogativas garantidas pela *common law*. Nesse sentido foi uma verdadeira luta entre o absolutismo e o estado constitucional, na qual ao final, as estruturas jurídicas herdadas do período medieval foram transformadas em um sistema parlamentar com divisão de poderes, tal como expõe **Marcelo Cerqueira**: “Na primeira metade do século XVII, embora a Inglaterra não possuísse uma Constituição escrita, o Estado já se encontrava juridicamente constituído: o poder estatal dividido entre o rei, a Câmara dos Lords, a Câmara dos Comuns e a magistratura”. [19]

Os problemas surgiram quanto ao *âmbito e as competências* para o exercício dos poderes das respectivas instituições. As insistentes tentativas do poder real de se

sobrepôr aos demais instituições terminaram por levar o país à uma série de guerras civis entre Parlamentares e Realistas.

No rastro das vitórias nos campos de batalhas a primazia do parlamento inglês foi sendo aos poucos estabelecida, não sem antes passar por diversos traumas, tais como a Revolução de 1648 que proclamou a república. Foi estabelecida a *English Commonwealth*, entre 1649 e 1653, esta posteriormente substituída pelo *Protectorate* de Oliver Cromwell, o qual implantou nas ilhas britânicas uma ditadura militar. A monarquia é restaurada em 1660, começando o processo de estabilização institucional da Inglaterra e suas dependências coloniais.

Uma série de documentos paulatinamente instituiu direitos de natureza fundamental e institucional a exemplo da *Petition of Right* de 1628, que assegurava uma série de direitos e liberdades que o Parlamento queria ver garantidos por parte do Rei de modo a permitir o livre funcionamento deste e o *Habeas Corpus Act* de 1679, que inaugura o rol das garantias constitucionais, além dos compromissos políticos assumidos ao longo do período como convocação do *Rump Parliament* em 1640, foi sendo organizada a estrutura institucional do estado inglês, sendo criado nesse processo o *primeiro estado constitucional da história* e a primeira monarquia constitucional do mundo, existente até os nossos dias.

Por fim do *Bill of Rights* de 1689, este como resultado direito da *Glorious Revolution* de 1688 e decisiva para o fim da monarquia absoluta na Inglaterra, o poder parlamentar se impôs. Em consequência, houve a reafirmação e a proteção de institutos como os direitos de petição, ao devido processo legal, a limitação ao poder de tributar, a abolição dos tribunais de exceção e o reconhecimento, pela primeira vez, de um direito de *liberdade de expressão*.

A *Bill of Rights* assegurava em seu artigo 9º a liberdade de expressar livremente a opinião (*Right to Speech*) [20] aos representantes da Câmara dos Lordes e da Câmara dos comuns nos debates parlamentares, estando estes livres de qualquer tipo de coação política ou investigação criminal,[21] sendo precursora das modernas garantias institucionais, que protege o efetivo funcionamento de instituto ou contra um poder que conspire para a sua desnaturação.

Vemos aí um exemplo da importância do instituto da liberdade de expressão como veículo para a afirmação de outras liberdades fundamentais, garantindo um verdadeiro *poder de reivindicação*. Por meio deste e pela a afirmação do estado constitucional veio a conquista e consolidação de demais Direitos Fundamentais tais como o direito ao respeito à integridade física, ao devido processo legal, à ampla defesa, a proteção da propriedade contra o confisco, entre vários outros que vieram a ser reivindicados no rastro das lutas políticas que vieram posteriormente a culminar com as Revoluções Americana e Francesa.

Dessa forma, a Inglaterra surge como o primeiro estado constitucional da História, sendo essa nascente organização institucional muito influenciada pela obra de John Locke, *Civil Government* de 1690, em que ataca diretamente o absolutismo, buscando justificar ideologicamente a Revolução de 1688. Os seus escritos terão grande repercussão na França e nas colônias inglesas da América do Norte, principalmente as suas noções de *self-government*.

No rastro da influência do *Jusnaturalismo Racionalista*, veio o Estado Constitucional, subordinado ao controle parlamentar, surgindo comprometido com o respeito aos *novos direitos individuais*, sendo esses “...*direitos inerentes à natureza humana e preexistentes ao Estado*”. [22]

A luta pela liberdade de expressão passa a ser incorporada ao corolário de direitos defendido pelos jusnaturalistas, passando a ser ponto de reivindicação de todos os movimentos políticos posteriores, tal como na luta pela emancipação das Províncias Unidas do domínio espanhol ou na Revolução Inglesa, acompanhando o surgimento do nascente constitucionalismo ocidental.

2.1.3 A Positivação dos Direitos de Opinião. As Constituições dos EUA e da França

As colônias inglesas da América do Norte vinham de uma longa tradição de *self-government* que alimentou precocemente um espírito autonomista.

Algumas delas, ainda durante o período colonial, chegaram a adotar *cartas de direitos* sendo conhecidas como *Chartered Colonies*, nas quais algumas liberdades básicas eram reconhecidas aos seus habitantes. Em alguns casos, isto ocorreu desde a fundação dessas colônias como nos casos de Massachusetts, com a formação de uma assembléia ou Rhode Island, que estabeleceu ainda no século XVII a participação política e a tolerância religiosa.

Vale ressaltar que as primeiras colônias inglesas norte-americanas foram fundadas por pessoas que buscavam escapar das perseguições religiosas tão comuns na Europa abalada pela Reforma e Contra-Reforma, na qual os súditos dos estados eram compelidos, sob pena de marginalização, a adotar a religião oficial ou emigrar. A promessa de tolerância religiosa e fim das perseguições políticas tornou-se um poderoso atrativo para estimular a migração para as colônias inglesas do novo mundo, sem falar que veio povoar as mesmas com pessoas com um sentido maior de *autonomia pessoal*, fora das rígidas divisões de classe vigentes em suas nações de origem.

Essas novas colônias vieram a ser organizadas sob o sistema das *Cartas Patentes*. Estas davam aos fundadores das colônias o direito de governar e de legislar, foi exigida aos mesmos que eles redigissem leis em conformidade com as elaboradas na Inglaterra, sem falar a inclusão nesses documentos de garantias que os colonos gozassem de todas as prerrogativas dos súditos ingleses. [23]

Aos poucos foi sendo formado um embrião de *democracia representativa*, no qual cada cidade passou a ter a sua própria câmara de representantes e cada colônia, sua assembléia legislativa, e estas geral tinham uma *base social de representação* mais ampla do que o parlamento da própria metrópole. Na criação e no funcionamento dessas instituições, foi nítida a influência das idéias de *civil government* desenvolvidas por John Locke. Na definição de **Quintão Soares**, acerca do pressuposto de Locke sobre o governo da *commonwealth* “... *a maioria tem o direito de agir e decidir pelo restante*,

isto é, poder de agir somente segundo a vontade e a determinação da maioria, respeitando-se os direitos das minorias".[24]

Aliás, a questão da *representatividade* dos colonos, logo geraria atritos entre as colônias e a metrópole, principalmente no tocante à legitimidade desta para a criação e cobrança de tributos.[25]

Não sendo resolvidos os problemas entre os colonos e a metrópole, no tocante à direitos, impostos e representação, os desenrolar dos acontecimentos culminou com a ruptura entre as colônias e a metrópole. Algumas dessas colônias rebeladas, logo passaram a converter as suas cartas de direitos em autênticas constituições. Em algumas dessas constituições coloniais como a da Virgínia, promulgada em 1776, foram inclusos um *Bill of Rights* estadual que, entre as suas disposições, garantia expressamente como *liberdades públicas fundamentais*, a liberdade individual, a liberdade de consciência, direito à vida, à propriedade, à segurança e a eleições freqüentes.

No seu Artigo 14, foi incluído, com bastante destaque a *liberdade de imprensa*, sendo ressaltado o seu aspecto essencial para o exercício das liberdades públicas e coloca como *elemento essencial* do Estado Democrático.[26]

Tendo sido convocada a Convenção Constitucional pelo Congresso Continental das treze colônias e, uma vez que tanto os Artigos da Confederação de 1776 e a Constituição dos Estados Unidos de 1787, *não previam* ou *enumeravam* liberdades públicas, os estados da Virgínia e da Carolina do Norte, ameaçaram não ratificar a constituição federal se não fosse incluída nesta uma declaração de direitos, o que resultou entre 1789 e 1791 na promulgação das *dez primeiras emendas* à constituição propostas por Thomas Jefferson, este redator da constituição e por James Madison, formando um *Bill of Rights* federal.[27]

A Constituição dos EUA, *primeira na história na categoria das constituições escritas nacionais*, foi fortemente inspirada pelas idéias jusnaturalistas teve os seus redatores influenciados pelas idéias de Locke, Rousseau e Montesquieu.

Em sua formação, tomou um viés *fortemente liberal*. As emendas pleiteadas pelos estados foram então aprovadas, sendo que na primeira emenda acrescentada ao texto da constituição, estipularam como liberdades de natureza fundamental a liberdade de religião, de reunião, de petição, ao devido processo legal e as liberdades de *expressão e de imprensa*.

Diretamente influenciada pelas declarações do *common law* inglês[28] a redação da *first amendment* estipulava que "*O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos*".

Tal dispositivo constitui num marco para a positivação da liberdade de expressão e seus derivados dentro da afirmação histórica dos direitos fundamentais, com repercussões de longo alcance tanto nas Américas quanto na Europa, e com repercussões até hoje, notadamente no campo principiologia jurídica.

Sob a influência dos nascentes EUA, a Assembléia Nacional da França, em meio a um processo revolucionário promulgou com pretensões de universalidade a *Déclaration des Droits de l'Homme et Du Citoyen* em 1789, sendo a mesma recepcionada pela sua primeira Constituição em 1791.

Esta declaração tratou expressamente da liberdades de opinião e da *livre comunicação de pensamentos e opinião* em seus artigos X e XI respectivamente,[29]sendo importante não somente por abrir caminho na sua positivação bem como pela ligação feita entre essas liberdades e os direitos humanos fundamentais, tendo o dispositivo a natureza de disposição principiológica.

O documento encerra ainda uma *definição fundamental* em relação ao conceito de constituição e ao Estado de Direito no seu artigo XVI, que é a da garantia de direitos e a da separação de poderes, proclamando que o estado que não atende a esses dois pressupostos *não tem constituição*. [30]

O referido documento teve maior abrangência no tocante a matéria ora em tela do que a constituição norte-americana, servido de preâmbulo para as constituições de 1791, sendo esta a primeira constituição escrita da Europa, vindo a mesma a ter uma vida curta ao contrário de sua congênere norte-americana, sendo objeto de profunda reforma em 1793 e precocemente substituída em 1795, como reflexo da aguda instabilidade política do período revolucionário.

Não obstante e veio a acolher o direito no seu Título I, sobre os direitos civis, o instituto da liberdade de expressão, tendo esta grande importância na história do direito constitucional no sentido de atrelar a idéia de constituição ao conceito de democracia, tal como opina **Cerqueira**. [31] No artigo sétimo rezava que “*O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, quer seja pela voz da imprensa, quer de qualquer outro modo, o direito de se reunir tranqüilamente, o livre exercício dos cultos, não podem ser interditos...*”. [32]

2.1.4 A Liberdade de Expressão nas Constituições Liberais

No dizer de **Vieira de Andrade**, a resultante desses processos revolucionários de positivação dos direitos naturais, foi a *consagração constitucional dos direitos*, elevando-se os direitos fundamentais à categoria de *direitos constitucionais com valor superior*. [33]

Outras constituições européias posteriormente copiaram no todo ou em parte as disposições das declarações francesas e americanas, incorporando as liberdades públicas, entre as quais se insere a liberdade de opinião e de imprensa, como nas constituições dos Países Baixos (1814-5), Bélgica (1831), Suíça (1848), Itália e Espanha (1876), Alemanha (1871, 1919, 1949), Áustria e Checoslováquia (1919) e Polônia (1921). [34]

Os direitos correlatos à liberdade de expressão são direitos correspondentes e típicos da primeira *dimensão* ou *geração* de direitos, sendo que para efeitos deste trabalho, preferimos adotar o uso da terminologia de “dimensões” tanto em face ao aspecto semântico, quanto à própria natureza do termo. Sobre essa problemática interessante é o posicionamento adotado por **Dimitri Demoulis** e **Leonardo Martins**, que buscam trabalhar a idéia de “categorias” ou “espécies” de direitos fundamentais[35]

Como direitos de primeira dimensão esses direitos podem ser definidos com *direitos de defesa* ou *contra o estado*, que exigem deste ações estatais negativas, para usar a terminologia defendida por **Robert Alexy**. [36] O autor defende ainda que os direitos de defesa são subdivididos em três subespécies, que seriam “... *direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular de direitos; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito*”. [37]

Define **Alexy** a expressão de opinião como pertencente ao *primeiro grupo dos direitos de defesa*, que segundo o mesmo pode ser objeto de *impedimento* ou *dificultação*, colocando que estas podem se manifestar com intensidade variável. [38]

As primeiras garantias constitucionais encartadas vieram no sentido de garantir a plena *fruição* desses direitos.

2.1.5 A Liberdade de Expressão nas Declarações Universais de Direitos

Em 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas promulgou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, compilando a maior parte das liberdades conquistadas desde a Revolução Francesa, proclamando a liberdade de opinião em seu artigo 19 nos seguintes termos: “*Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras*”. Embora seja de grande relevância moral, esta disposição não tem força obrigatória para os seus membros tal como faz questão de ressaltar **Konder Comparato**. [39]

Esta declaração terminou por influenciar documentos posteriores como a *Convenção Européia de Direitos Humanos* adotada pelo Conselho da Europa em 1950 e em vigor desde 1953, com a finalidade de proteger as liberdades fundamentais e com força obrigatória para os estados signatários. O seu artigo 10 tem redação diretamente influenciada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Na mesma linha veio em 1969 o *Pacto de San José*, que instituiu a *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*, ressaltando a liberdade de pensamento e expressão em seu artigo 13.

Como conseqüência do movimento constitucionalista e ao longo de um processo de construção política que ao longo de três séculos criou o que veio a ser conhecido

atualmente como o *estado democrático de direito* a liberdade de expressão e os seus institutos derivados vieram a se tornar unânimes no mundo ocidental, notadamente no Europa Ocidental e central.

O caráter liberal seus ordenamentos institucionais ajudou a difusão da idéia de liberdade de expressão como direito fundamental básico, entrando no imaginário político ocidental como uma conquista política e social irrenunciável.

Com o triunfo do estado liberal e a consolidação do constitucionalismo, logo veio à necessidade de preservar conquistas obtidas de modo árduo com sacrifícios humanos e materiais. Colocando em risco a preservação do estado de direito e do constitucionalismo, veio à necessidade do controle dos atos dos detentores do poder político. Estes que muitas vezes, abusavam de suas prerrogativas legais e institucionais, desfiguravam o ordenamento jurídico.

Essas distorções criaram regimes pseudo-legalistas, que em essência eram ditaduras de fato, demonstrando as graves falhas institucionais que não protegem a essência do sistema constitucional contra a distorção por parte do legislador, e ainda com um profundo desprezo aos institutos de Direitos Fundamentais, Estado de Direito e da Democracia Representativa, atitude propagada infelizmente até hoje por diversas correntes políticas. Tais atitudes infelizmente estão se tornando comuns, em especial em alguns estados da América Latina, principalmente aqueles que se encontram em franco estágio de retrocesso e mesmo de decomposição institucional.

Em relação ao instituto da liberdade de expressão, os regimes de inspiração nazi-fascistas e marxistas, quase como gêmeos siameses tinham como ponto de consenso, em primeiro lugar, impor a censura oficial, restringindo de imediato todas as liberdades conexas com a livre circulação de idéias e de pensamento, estabelecendo uma *verdade politicamente* correta editada pelo estado.

Após a Segunda Guerra Mundial com a consolidação do estado democrático e social de direito, a liberdade de expressão passou a receber um novo nível proteção dentro dos textos constitucionais, com a difusão do conceito da *supremacia constitucional sobre ordenamento jurídico* notadamente após os trabalhos de **Hans Kelsen**, que buscaram trazer um mínimo de rigor metodológico ao direito, através da unidade e coesão procedimental.

Sob essa premissa deve a legislação infraconstitucional manter um vínculo de pertinência e subordinação, devendo essa ser feita à imagem e semelhança da constituição ou readaptada à nova ordem constitucional quando for o caso.

Esta nova concepção de constitucionalidade chega tardiamente ao Brasil com a Constituição de 1988, que consolida no aspecto institucional o processo de redemocratização do país.

A partir da aplicação deste princípio, o constituinte derivado pátrio veio a dar início a um processo de reestruturação constitucionalizada do ordenamento jurídico tanto através da edição de novas leis como da readaptação de outras que lhe forem compatíveis ou a simples expulsão do sistema quando essa compatibilização não for possível.

A busca pela manutenção da integridade e unidade do texto constitucional foi acentuada após os abusos cometidos em larga escala contra os Direitos Fundamentais durante as duas guerras mundiais, demonstrando a necessidade de documentos de proteção que atuassem em uma escala mais ampla, a universal, dando início a uma efetiva *globalização dos Direitos Humanos*.

3. A Liberdade de expressão e direitos fundamentais na Constituição de 1988

No direito pátrio, veio o instituto a ser inserido pela primeira vez com a Constituição de 1824, no seu artigo 179, que deliberava sobre os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Segundo **Gilmar Mendes Ferreira**, a nossa primeira Constituição e o ordenamento constitucional posterior “... *decorreu da convergência, no mundo ibérico e latino-americano, das doutrinas racionalistas do constitucionalismo francês,...*”.[40] então em voga nos meios pensantes da época.

Aparecendo em todas as constituições seguintes, com maior ou menor amplitude, os dispositivos correlatos, vieram a serem promulgados da Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988, promulgada em sintonia com o constitucionalismo contemporâneo, foi o meio pelo qual o país voltou à sua normalidade institucional, após um longo período histórico de crise institucional contínua. Promulgada ainda sob as conseqüências advindas de duas décadas de regime militar no qual foi exercida a censura, entre outras violações aos direitos humanos, veio a nova Constituição estabeleceu este princípio de modo tal a garantir a liberdade de expressão em sua maior amplitude tendo-a como corolário indispensável para a consolidação no Brasil de um autêntico e sólido estado democrático de direito.

A liberdade de expressão e suas espécies derivadas foram definidas no texto constitucional em seu art. 5º, IX, que estabeleceu como regra primária o reconhecimento deste direito como a liberdade de “*expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença*”.

Na Constituição de 1988 foram estabelecidos limites ao exercício da liberdade de expressão tais como a vedação ao anonimato, o direito de resposta e indenização por danos morais e patrimoniais à imagem, a preservação da intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação e para que seja assegurado a todos o direito de acesso à informação.

Impôs ainda, em relação à produção e a programação das emissoras de rádio e televisão determinados parâmetros mínimos como o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família por meio de legislação federal.

Por fim, a Constituição, admite que o Poder Público crie recomendações em relação às faixas horárias ou locais nas quais a exibição deve ser considerada como

inadequada, sem, no entanto, outorgar poderes à Administração para o exercício de cortes ou proibição do conteúdo exibido.

No direito pátrio, como bem alude **André Ramos Tavares**[41], existe certa imprecisão quanto ao significado e a amplitude do próprio conceito *liberdade de expressão*.

Em que pese este problema terminológico é tido pelo autor que o conceito abrange a liberdade de pensamento e a exteriorização dos mesmos, tal como garantido nos termos do art. 5º, IX da Constituição Federal.

Fica entendido que o *writ* é um direito genérico abrangendo várias formas e direitos em conexão, podendo a liberdade de expressão ser encarada como um gênero em face às suas espécies.

As subespécies seriam a liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, mídia, divulgação e radiodifusão. Tal variedade é intrínseca à própria da rica variação que as formas de expressão do pensamento podem tomar.

4. Considerações finais

Os direitos de Liberdade de Pensamento e de Expressão surgem como consequência do movimento constitucionalista e ao longo de um processo de construção política que durante mais de três séculos gerou o que veio a ser conhecido atualmente como o *Estado Democrático de Direito*.

Nele, a liberdade de expressão e os seus institutos derivados terminaram por se tornarem unânimes em todo o mundo ocidental, notadamente na Europa Ocidental e nas Américas, difundiu a liberdade de expressão como direito humano e fundamental essencial, entrando no *imaginário político ocidental* como uma *conquista política e social irrenunciável*.

A Liberdade de Expressão em suas diversas variantes constitui elemento essencial da sociedade contemporânea que tem na livre circulação de informações o seu insumo mais valioso, senão essencial, passando a ser irradiada para todo o globo.

Além dessa dimensão, possui uma *relevância política essencial* que é a de *servir de veículo para reivindicar e reafirmar constantemente direitos essenciais da pessoa humana*, bem como denunciar desrespeito aos mesmos, além de constantemente agir no sentido de conscientizar o público de seu caráter de essencialidade e indispensabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCA, Thiago dos Santos, LOPES, José Reinaldo de Lima e QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Curso de História do Direito**. Editora Método. São Paulo, SP. 2006.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**, 5ª ed. Ícone Editora. São Paulo, SP. 1989.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª Ed. Almedina Editora. Portugal. 2004.

AUSBURGO, Paz de. Disponível em<http://pt.wikipedia.org/wiki/Paz_de_Augsburgo>

BINENJOMB, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2ª Edição. Renovar Editora. Rio de Janeiro. RJ.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 18ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006.

BRAUDEL, Fernand. **Gramática das Civilizações**. Martins Fontes. 3ª ed. São Paulo/SP. 2004.

CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na História**. 2ª ed. Editora Revan. Janeiro/RJ. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. Editora Saraiva. São Paulo/SP. 2005.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, República Portuguesa, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **¿Por qué La Unión Europea Necesita de um Marco Constitucional?**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 105.

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Nova Ordem Mundial**. Objetiva. Rio de Janeiro, RJ. 1997.

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2007.

PARKER, Geoffrey e BAYLY, Christopher *ET ali*. **Ventos Revolucionários**. Série *História em Revista*, vol. XV. Time-Life/Abril Livros. Rio de Janeiro, RJ, 1992.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 3ª ed. Editora Del Rey. Belo Horizonte, MG. 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo/SP. 2007.

[1] BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 18ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. P. 571.

[2] Ibid. P. 571.

[3] Ibid. P. 569.

[4] HABERMAS, Jürgen. *¿Por qué La Unión Europea Necesita de um Marco Constitucional?*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado 105. P. 968.

[5] Op. Cit. P. 961.

[6] HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Nova Ordem Mundial**. Objetiva. Rio de Janeiro, RJ. 1997. P. 84.

[7] Ibid. P. 48

[8] BRAUDEL, Fernand. **Gramática das Civilizações**. Martins Fontes. 3ª ed. São Paulo/SP. 2004.

[9] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª Ed. Almedina Editora. Portugal. 2004. P. 20.

[10] GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Portugal. 2001. P. 424.

[11] ANDRADE. Op. cit. P. 20.

[12] Ibid. 21.

[13] BRAUDEL. Op. Cit. P. 43.

[14] AUSBURGO, Paz de. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Paz_de_Augsburgo>

[15] BINENJOMB, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2ª Edição. Renovar Editora. Rio de Janeiro. RJ. P. 18 e 19.

[16] ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**, 5ª ed. Ícone Editora. São Paulo, SP. 1989. P. 147.

[17] Ibid. P. 148.

[18] ACCA, Thiago dos Santos, LOPES, José Reinaldo de Lima e QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Curso de História do Direito**. Editora Método. São Paulo, SP. 2006. P. 30.

- [19] CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na História**. 2ª ed. Editora Revan. Janeiro/RJ. 2006. P. 55.
- [20] GILISSEN, John. Op. Cit. Pg. 424.
- [21] “... que os discursos pronunciados nos debates do Parlamento não devem ser examinados senão por ele mesmo, e não em outro Tribunal ou sítio algum”. ALTAVILA. Op. Cit. P. 288.
- [22] BINENBOJM. Op. Cit. P. 17.
- [23] CERQUEIRA, Marcello. Op. Cit. P. 81.
- [24] SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 3ª ed. Editora Del Rey. Belo Horizonte, MG. 2008. P. 61.
- [25] PARKER, Geoffrey e BAYLY, Christopher *ET ali*. **Ventos Revolucionários**. Série *História em Revista*, vol. XV. Time-Life/Abril Livros. Rio de Janeiro, RJ, 1992. P. 99.
- [26] “A liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos”. ALTAVILA. Op. Cit. P. 291.
- [27] GILISSEN, John. Op. Cit. P. 425.
- [28] DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Martins Fontes. São Paulo/SP. 2002. P. 453.
- [29] “X. Ninguém pode ser incomodado por causa das suas opiniões, mesmo religiosas, contanto que não perturbem a ordem pública estabelecida pela lei. XI. A livre comunicação de pensamentos e opinião é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar, escrever, imprimir livremente, salvo quando tiver de responder do abuso desta liberdade nos casos previstos pela lei”. ALTAVILA. Op. Cit. P. 292 e 293.
- [30] “XVI. Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não têm constituição”. Ibid. P. 293.
- [31] CERQUEIRA, Marcello. Op. Cit. P. 144.
- [32] ALTAVILA. Op. Cit. P. 294
- [33] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit P. 22.
- [34] GILISSEN, John. Op. Cit. P. 426.
- [35] DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo/SP. 2007. P. 35 e 36.

[36] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2008. P. 196.

[37] ALEXY, Robert. Ibid. P. 196.

[38] ALEXY, Robert. Ibid. P. 196 e 197.

[39] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4^a ed. Editora Saraiva. São Paulo/SP. 2005. P. 224.

[40] MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2007, p. 152.

[41] TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5^a Edição. Editora Saraiva. São Paulo/SP. 2007, p. 549.