

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE - SP

LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM JUÍZO

Caíque Tomaz Leite da Silva

Presidente Prudente/SP
2014

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE - SP

LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM JUÍZO

Caíque Tomaz Leite da Silva

Monografia entregue à Secretaria do Curso de Pós-Graduação como requisito parcial para aprovação no curso de Pós-Graduação em Direito Civil e Direito Processual Civil, sob orientação do Professor Doutor Sérgio Tibiriça Amaral.

Presidente Prudente/SP
2014

LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM JUÍZO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do Grau de Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil.

Sérgio Tibiriça Amaral
Orientador

1º examinador

2º examinador

Presidente Prudente, ____ de _____ de 2014.

Sapere aude!

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos colegas de casa “ad perpetuam rei memoriam”. Vocês possibilitam o ser-aí-com-o-outro respectivamente e em cada momento. O contínuo constituindo da nossa formação e aperfeiçoamento acadêmico deve-se a figuras que já se confundem com a história desta casa, como os Professores Sérgio Tibiriça, Eduardo Gesse e Paulo Pinheiro. O primeiro, a propósito, tem sempre muita paciência com quem não tem paciência nenhuma. É um gesto de carinho quase paternal porque não sujeito à reciprocidade.

Neste ciclo de atividade acadêmica que se encerra, agradeço nomeadamente a intervenção direta dos amigos José Arthur e Guilherme Prado.

Agradeço ainda à Natalia Barbatto, que no último semestre de realização do presente me ajudou a descobrir um novo modo de ser com o outro, uma nova dimensão de engrandecimento pessoal, em que a razão comunicativa deu lugar a emoção comunicativa.

RESUMO

O presente ensaio tem como objetivo analisar os efeitos do nosso tempo privatizado, digitalizado e globalizado sobre as liberdades comunicativas, através da análise dos principais instrumentos normativos de proteção aos direitos humanos e seus correspondentes sistemas jurisdicionais de proteção, que estabelecem parâmetros judicialmente exequíveis contra os estados e contribuem para a densificação e desenvolvimento do conteúdo da liberdade de expressão. No primeiro capítulo, ressalta-se a revalorização das liberdades comunicativas, especialmente do diálogo, para novos desenvolvimentos teórico-políticos e teórico-jurídicos considerando, ainda, a dimensão profissionalizada e institucionalizada que conferem a tal direito individual forte densidade econômica, assim como os desafios transnacionalmente assumidos para que o direito acompanhe o mundo da vida, ressaltando, ainda, a existência de uma responsabilidade pública interconstitucional de tutela das liberdades comunicativas. No segundo capítulo ocupa-se especialmente da construção de uma razão transversal a todas as liberdades comunicativas, ressaltando sua essencialidade e indisponibilidade enquanto meio indissociável do livre desenvolvimento da personalidade humana e da transformação do ser-humano em ser pessoa. No terceiro e quarto capítulos, considera-se a evolução do direito internacional com a alteração paradigmática de seu núcleo axiológico, que conferiu à pessoa a condição de sujeito por excelência do direito internacional, que ocupou-se da construção de um verdadeiro regime de proteção das necessidades essenciais do ser-pessoa. Assim, analisa-se os parâmetros reconhecidos pelo sistema global de proteção aos direitos humanos no tocante às hipóteses de violação à liberdade de expressão, a despeito do controle aqui não ser jurisdicional. No quinto capítulo analisa-se o funcionamento dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos com seus parâmetros jurisdicionais de tutela das liberdades comunicativas. Por fim, no sexto capítulo, ressalta-se o protagonismo da internet como meio potencializador da liberdade de expressão e facilitador do exercício de inúmeros outros direitos humanos, a despeito de seu potencialmente desregulamentado regime jurídico.

Palavras-Chave: Liberdades comunicativas. Liberdade de opinião. Direito internacional dos direitos humanos. Sistemas de proteção aos direitos humanos. Internet.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the effects of our privatized, globalized and digitized time on communicative freedoms, through the analysis of the main legal instruments for the protection of human rights and their corresponding judicial protection systems, which establish legally enforceable against the states parameters and contribute to the densification and development of the content of freedom of expression. In the first chapter, we emphasize the upgrading of communicative freedoms, especially the dialogue, for new theoretical-political and theoretical-legal developments also considering professionalized and institutionalized dimension that confers such strong individual right economic density, as well as the challenges transnationally assumed that the right to follow the world of life, further emphasizing the existence of a public responsibility interconstitutional guardianship the communicative freedoms. The second chapter is especially concerned with the construction of a cross ratio to all communicative freedoms, highlighting its essentiality and unavailability as inseparable to the free development of human personality and the transformation of mankind in each human creature as a person. In the third and fourth chapters, considers the evolution of international law with the paradigmatic change your axiological core, which conferred on the person as a subject par excellence of international law, which took up the construction of a true system of protection of essential needs of the people. Thus, we analyze the parameters recognized by the global system of human rights protection in relation to cases of violation of freedom of expression, despite the court not control here. In the fifth chapter analyzes the functioning of regional systems for the protection of humans with their judicial protection parameters of communicative freedoms. Finally, in the sixth chapter, we emphasize the role of the internet as a potentiator of freedom of expression and facilitating the exercise of numerous other human rights, despite its potentially deregulated legal regime.

Keywords: Communicative freedoms. Freedom of opinion. International human rights law. Systems of human rights protection. Internet.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

CDH – Comitê de Direitos Humanos

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CVDT – Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

ECOSOC – Conselho Econômico e Social

GESAC - Serviço Governamental de Apoio Eletrônico aos Cidadãos

ICT – *Information and Communications Technology*

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

OSCE – Organization for Security and Co-operation in Europe

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PNUD - Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento

STF – Supremo Tribunal Federal

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TIDH – Tribunal Interamericano de Direitos Humanos

WiMAX – *Worldwide Interoperability for Microwave Access*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
1.1 Tempo presente & relevância das liberdades comunicativas.....	09
1.2 Desafios transnacionalmente assumidos	14
1.3 Desenvolvimento dos veículos de comunicação	16
1.4 Tutela interconstitucional das liberdades comunicativas.....	19
2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	24
2.1 Antecedentes normativos.....	24
2.2 Conteúdo.....	25
2.3 Liberdade de opinião como direito civil absoluto	28
2.4 Liberdade de expressão e o livre desenvolvimento da personalidade	30
3 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	36
3.1 Do realismo à humanização do direito internacional	36
3.2 Regime jurídico-internacional de tutela	43
4 SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	49
4.1 Carta da ONU.....	49
4.2 Declaração universal dos direitos humanos	52
4.3 Pactos de direitos humanos	58
4.4 Meios de implementação.....	63
4.5 Parâmetros do comitê de direitos humanos	66
4.6 Liberdade de expressão e grupos vulneráveis	78
5 SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	81
5.1 Sistema africano de direitos humanos	81
5.2 Sistema interamericano de direitos humanos.....	84
5.3 Sistema europeu de direitos humanos	105
6 LIBERDADE DE EXPRESSÃO & INTERNET	130
7 CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	152

1 INTRODUÇÃO

1.1 Tempo presente & relevância das liberdades comunicativas

O tempo presente, chamado por muitos de pós-modernidade, tem como marca d'água o aumento da interdependência subjetiva. O homem cada vez mais deixa de ser sozinho e passa a ser com o outro. O processo de globalização que lhe é subjacente tem acelerado o curso da história, conduzindo acontecimentos em velocidade nunca antes experimentada pelas grandes civilizações do mundo. Além disso, ao contrário dos anteriores movimentos globalizantes que buscavam solucionar problemas de comunicação ou problemas idênticos que afetavam diferentes comunidades, o processo atual é potencialmente lesivo aos interesses dos atores sociais. O homem perdeu seu instinto espacializado e os Estados já não conduzem seus assuntos de modo privado, o que nos faz caminhar e depender cada vez mais de instrumentos de governação global, como “*espressioni delle più pressanti esigenze di una società tecnologica che rivoluziona il modo di relazionarsi dell'uomo con gli altri uomini e com la realtà che lo circonda, anche in considerazione della loro capacità di aggressione della sfera della persona*”¹. Nas relações sociais, o efeito dessa revolução pode ser sentido pelo incremento do âmbito de proteção das liberdades comunicativas, pois a comunicação é um meio particularmente eficiente para explorar os recursos do tempo social². Paralelamente, a profusão dos instrumentos de comunicação, nomeadamente a internet, têm reacendido o debate em torno dos limites da *jusfundamental* liberdade de expressão. Em todos os cantos surgem resmungos pelos corretores acerca do que se diz, acerca do que se escreve, acerca do que se pensa, pois “los agentes

¹PANEBIANCO, Mario. *Iura humanitatis: diritti umani e “nuovi” diritti fondamentali*. Revista Internazionale dei diritti dell'uomo. Ano XIV, 2001, p. 122.

²SCHÜTZ, Anton. “The Twilight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Environing Systems and Observing World Society.” In: *Global Law Without a State*. Gunther Teubner. Dartmouth, 1997, p. 277. Aduz ainda que “The picture of as many societies as there are nation-states (...) seems inadequate with respect to a notion of society based on communications, for the simple reason that communications are not, unlike other items, interrupted when divided by boundaries”; JOHNSON, David R.; POST, David. *Law And Borders: The Rise of Law in Cyberspace*. 48 Stanford Law Review 1367, 1996. Nomeadamente o capítulo I: “Breaking Down Territorial Borders”.

desestabilizadores pueden actuar – “efecto mariposa” – en cualquier momento y desde cualquier lugar. También es un hecho que la moderna tecnología, en especial las técnicas comunicativas, ha creado un mundo autoreferencial en tiempo real”³. O problema, do ponto de vista jurídico, ocorre quando o “resmungo” tem ressonância no âmbito das atividades legislativas e jurisdicionais.

A liberdade de opinião e expressão deve ser considerada um instrumento essencial para a promoção e proteção de outros direitos humanos. É uma importante ferramenta de formação da consciência coletiva sobre os efeitos sociais da corrupção, da impunidade, e concorre positivamente para a formação da educação para os direitos humanos. Permite a tomada de decisões públicas e esclarecidas, o direito político de eleger e ser eleito, o monitoramento da qualidade dos gastos públicos e o controle e prevenção do abuso de poder. Tal característica concede à liberdade de expressão o caráter dúplice de direito individual e direito coletivo, além de transformá-la num símbolo da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.⁴ A liberdade de expressão é também um direito dos povos. Através de seu exercício, povos podem se desenvolver, partilhar e reproduzir sua cultura, linguagem, tradições e valores.⁵ A comunicação eletrônica é também um direito econômico porque é um fator essencial de desenvolvimento, e o estado deve assegurar que todos os setores da sociedade tenham acesso aos meios de comunicação eletrônica.⁶

Os direitos são sempre criados e vendidos como algo intrinsecamente positivo, como algo imanente ao bom e regular desenvolvimento da pessoa humana. Mas o que nos tem saltado aos olhos é que o tempo contemporâneo (ao qual não tecerei nenhum juízo de valor), após alcançar o ápice quanto a densificação de muitos direitos vinculados por princípios, encara uma descendente viragem hermenêutica que acusa o aplicador de corromper o direito *in natura*, pelo exagero ou por sua conformação ideológica. Veja-se o exemplo da liberdade de expressão. A liberdade de expressão foi por muito tempo o fio condutor da tutela da liberdade religiosa. A liberdade de expressão religiosa. Desse modo, avalizava a tolerância

³GALLEGO, Agustín González. *Identidad y Globalización*. Revista Portuguesa de Filosofia, nº 62, 2006, p. 884.

⁴*Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/14/23, 2010, §§ 27-29.

⁵Ibid, § 106.

⁶Ibid, § 111.

entre doutrinas religiosas e promovia a pacificação social. Hoje, todavia, assistimos ao exagero da liberdade de expressão religiosa tal que chegamos ao ponto de proibir ou restringir a manifestação pública de ato ou comportamento religioso, como a utilização de véu islâmico.

Essa necessidade de interação acresceu importância à forma clássica de relações intersubjetivas. O diálogo parece se arvorar como um novo marcador de governação, uma nova forma de bem-viver, um novo modo-de-ser do ser humano e do ser direito. Quase todas⁷ as recentes teorias da justiça são teorias procedimentais, de modo que o diálogo desempenha nelas uma função imprescindível, expressa ou implicitamente. São teorias sobre a criação de normas justas ou sobre a justificação de julgamentos com base na justiça, como as de John Rawls⁸, Robert Nozick⁹ e David Gauthier¹⁰. Talvez já não seja possível constituir, ou modificar uma mundividência, com ignorância do diálogo, fenômeno expressado especialmente em orientações éticas que se fundam na legitimidade pelo discurso, na interação dialogal, no ser com o outro através da atividade comunicativa, pois “il concetto di libertà e di diritti di libertà viene riformulato ed assume il nome nuovo di libertà “con” o libertà “per” (...) per una nuova dimensione relazionale universale”¹¹. E por isso os direitos de informação e liberdade de expressão são signos dessa nossa era do tempo contemporâneo digitalizado, privatizado e globalizado. Seus desdobramentos: o direito de ser informado, o direito de se informar, o direito de informar negativo, e o direito de informar positivo (direito de antena) constituem uma pré-condição de legitimidade da *respublica*. A Ética do discurso, a razão comunicativa, de homens como Habermas¹², Alexy¹³, e Apel¹⁴, constituída e desenvolvida para o ser que é público, dependerá certamente de que se assegure

⁷Me refiro a concepção de FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, 1980, pp. 85-99. A teoria da justiça de Finnis baseia-se em sete auto-evidentes valores básicos: “life”, “knowledge”, “play”, “aesthetic experience”, “sociability”, “practical reasonableness” e “religion”.

⁸RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1999.

⁹NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books, 1974.

¹⁰GAUTHIER, David. *Morals by Agreement*. Oxford, 1986.

¹¹PANEBIANCO, Mario. *Iura humanitatis: diritti umane e “nuovi” diritti fondamentali*. Revista Internazionale dei diritti dell'uomo. Ano XIV, 2001, p. 123.

¹²HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

¹³ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

¹⁴APEL, Karl-Otto. “Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik: Zum Problem einer rationalen Begründung der Ethik im Zeitalter der Wissenschaft.” In: *Transformation der Philosophie*. Vol. II, 1973, pp. 358-435.

condições para constituição do discurso em todos os âmbitos da vida pública e privada, pois a norma é correta, e, portanto, moralmente válida, se for resultado de um procedimento de discurso prático racional, dependendo, desse modo, da comunicação linguística. Sem que se assegure o regular do direito de informação em todos os âmbitos da vida prática, deixamos de assegurar uma igualdade de ponto de partida de inclusão de todos os membros da família humana na conformação de decisões que lhes digam respeito. A legitimação pelo discurso, depende, contudo, do *discurso informado*. E o discurso informado nunca haverá de fechar as portas ao real verdadeiro. O real que emerge descarnado dos textos jurídicos que corriqueiramente se aplica. A realidade das ruas e as transformações sociais não podem ser ignoradas pela disciplina da razão prática que é o direito, e, por outro lado, não pode bloquear a formação e reformação da consciência jurídica prático-cultural que legitima o mundo jurídico. Essa abertura no processo de fundamentação pela razão prática que mantém o *direito vivo*, como vigilante da pacificação social, como ser-aí-em-cada-momento, deve consagrar a liberdade de expressão como outra pré-condição. Não de legitimidade, como o discurso informado, mas de atualização da disciplina de razão prática. Sim, porque, a restrição à liberdade de expressão caminha de mãos dadas e a passos largos com a intolerância e manutenção do *status quo*.

A fragmentação da sociedade em diferentes subsistemas sociais especializados faz crescer a importância do diálogo no desenvolvimento da autonomia dos inúmeros setores sociais, como o tecnológico, científico, cultural, político, e mesmo o jurídico. Quando os subsistemas ainda não apresentam autonomia normativa, a forma natural de autoprodução, autodescrição e comunicação trans-sistemática, é o diálogo. O Professor Jónatas Machado ressalta a importância de assegurar, através das liberdades comunicativas, o “*desimpedimento dos canais* de comunicação no seio de cada um desses subsistemas de ação social”¹⁵ para garantia de uma verdadeira sociedade aberta¹⁶ em que os membros de cada um dos subsistemas sociais tornam-se partícipes, através do exercício de suas liberdades comunicativas em todos os âmbitos da vida

¹⁵MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Studia Iuridica 65. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2002, p. 14;

¹⁶WOLFSON, Nicholas. *Hate Speech, Sex Speech, Free Speech*. Westport, Conn., 1997, p. 32.

prática, do processo de progresso e desenvolvimento social. Mesmo a possível *autonomia normativa* dos subsistemas sociais alardeada por Luhmann¹⁷ não diminui o papel de protagonismo que as liberdades comunicativas desempenham na sociedade contemporânea, seja porque o diálogo estava presente na fase pré-normativa, seja porque o diálogo permite a contínua atualização normativa do subsistema que se auto-regulamenta. É a interação intersubjetiva entre os participantes do subsistema que permite o seu desenvolvimento normativo. Há já respeitáveis vozes que defendem uma *autonomia normativa constitucional* dos subsistemas sociais¹⁸, através da constitucionalização dos subsistemas sociais, o que também não exige, evidentemente, nenhuma remarcação quanto à importância das liberdades comunicativas para o desenvolvimento social dos respectivos subsistemas de ação social.

Por trás do reavivamento das liberdades comunicativas nas esferas de discurso público [direito constitucional interno, direito comunitário e direito internacional] e privados [subsistemas sociais] encontra-se a superação de um modelo social metafísico que arvorava-se como o detentor do monopólio da verdade, que condicionava o pensar e o agir, restringindo a interação intersubjetiva através de um dogma ou ortodoxia de qualquer natureza, embora normalmente religiosa. A centralização da autoridade normativa típica de uma concepção monista do jurídico obstruía as vias de comunicação social que procuravam a consolidação de mundividências plurais. A imposição de uma verdade objetiva de natureza confessional através do monopólio de instrumentos de coerção legítimos constituiu os pressupostos do primeiro grande movimento em favor da liberdade de expressão, associado à quebra da unidade religiosa da cristandade, em que se notabilizaram os trabalhos de Roger Williams, Oliver Cromwell, John Milton e John Stuart Mill. Posteriormente, manifestando-se quanto a qualquer pretensão de exclusividade dogmática terrena (não-confessional), destaca-se o contributo de Karl Popper, ressaltando que as verdades, de qualquer natureza, são sempre provisórias, e

¹⁷LUHMANN, Niklas. *The Differentiation of Society*. New York: Columbia University Press, 1982; *Soziale Systeme*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.

¹⁸TEUBNER, Gunther. “Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society.” In: *Global Law Without a State*. Gunther Teubner. Dartmouth, 1997, p. 6; JOERGES, Christian. “Constitutionalism and Transnational Governance: Exploring a Magic Triangle.” In: *Transnational Governance and Constitutionalism*. Christian Joerges; Inger-Johanne Sand; Gunther Teubner. Hart Publishing, 2004, p. 353. Faz duras críticas a proposta de Teubner, vinculadas à legitimidade do “societal constitutionalism”.

subsistem enquanto não forem refutadas por outra proposição, qualquer que seja o sistema social em causa¹⁹, dando lugar à subjetividade dos juízos de valoração sobre as coisas da vida despidas de uma verdade objetiva de qualquer natureza.

1.2 Desafios transnacionalmente assumidos

O Relator Especial sobre a Promoção e Proteção do Direito de Liberdade de Opinião e de Expressão, da Organização das Nações Unidas, Frank la Rue; juntamente com o representante da Liberdade de Mídia da Organização para Segurança e Cooperação na Europa, Miklos Haraszki; com a Relatora Especial sobre Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos (OEA), Catalina Botero; e o Relator Especial sobre Liberdade de Expressão e Acesso à Informação, da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Faith Pansy Tlakula, com assistência das organizações não-governamentais *ARTICLE 19, Global Campaign for Free Expression* e o *Centre for Law and Democracy*, reuniram-se em Washington em 10 de fevereiro de 2010 e elaboraram o documento “*Ten key challenges to freedom of expression in the next decade*”.

Os desafios elencados foram os seguintes: 1) *Mechanisms of government control over the media*: o documento reconhece que o controle governamental sobre os veículos de comunicação continua a ser um sério problema e principal condicionante ao exercício do direito de liberdade de expressão. Dentre os pontos especialmente preocupantes encontra-se a necessidade de registro para mídia impressa ou acesso à internet e a influência de natureza política no controle dos veículos de comunicação; 2) *Criminal defamation*: declara que todas as normas penais incriminadoras da difamação ou insulto a alguém ou alguma coisa são problemáticas especialmente porque são utilizadas para proteção de categorias abstratas, como bandeiras, hinos, reputação de órgãos públicos, escolas de pensamento, ideologias, religiões, que deveriam ser acessíveis à crítica dos cidadãos ordinários; 3) *Violence against journalists*: exorta os estados a alocar

¹⁹POPPER, Karl. *The Open Society and its Enemies*. 5 ed. Princeton University Press, 1996; BAUDOIN, Jean. *La Philosophie Politique de Karl Popper*. Paris: Press Universitaires de France, 1994, pp. 11 e ss.

suficiente atenção e recursos para prevenir ataques a jornalistas e responsabilizar criminalmente os autores, bem como a adotar medidas especiais em relação a esse tipo de violência porque o bem jurídico tutelado não se restringe à integridade física do profissional midiático, compreendendo o direito difuso de receber informações e ideias; 4) *Limits on the right to information*: reconhece a autonomia do direito de informação e demonstra preocupação com o fato da maioria dos estados ignorarem sua implementação, a despeito dos sistemas regionais dos direitos humanos, conjuntamente, reconhecerem que o direito à informação é um direito humano fundamental; 5) *Discrimination in the enjoyment of the right to freedom of expression*: foi externada preocupação conjunta com os grupos vulneráveis – incluindo mulheres, minorias, refugiados, povos indígenas e minorias sexuais – que não têm suas vozes ouvidas nem garantido o acesso à informação relevante para eles; 6) *Commercial pressures*: neste ponto, demonstrou-se preocupação com a concentração dos veículos de comunicação e o risco à promoção da diversidade, bem como com as pressões de natureza comercial que levam ao entretenimento barato, superficial, e diminuição do jornalismo investigativo; 7) *Support for public service and community broadcasters*: o serviço público e as rádios comunitárias podem desempenhar um papel de contrabalancear a radiodifusão comercial, contribuindo para promover a diversidade e informações necessárias ao público. Um ponto especialmente preocupante é a falta de regulamentação legal do exercício de radiodifusão comunitária; 8) *Security and freedom of expression*: o grupo de trabalho mostra-se consternado com o abuso do conceito de “*national security*” para impor restrições ao direito de liberdade de expressão, especialmente em relação ao abuso de termos vagos para limitar crítico e ofensivo discurso; 9) *Freedom of expression on the Internet*: o significativo potencial da internet como uma ferramenta para promover a livre circulação de informações e ideias não foi completamente realizado porque alguns governos controlam ou limitam esse meio. O grupo mostrou-se especialmente preocupado com os filtros, bloqueios e necessidade de registro para acesso, promovidos por intervenção do estado; 10) *Access to information and communications technologies*: embora a internet já alcance dois bilhões de usuários, a maior parte dos cidadãos do mundo não tem, ou tem acesso limitado, à internet. As maiores preocupações quanto a este tópico dizem respeito ao custo de acesso ao produto e a falta de alfabetização digital, especialmente aos mais pobres, idosos, e rurais.

1.3 O desenvolvimento dos veículos de comunicação

A luta pela liberdade de expressão surge associada à liberdade de expressão individual. O falar e o escrever em si inseriam-se na órbita do direito de liberdade de expressão. O efeito do falar ou escrever era subjetivamente vinculado, e não tinha uma dimensão profissional e institucional. A massificação e a comercialização da expressão profissionalizada são fenômenos relativamente recentes, e sua importância para o alargamento do âmbito de proteção das liberdades comunicativas está diretamente associada ao desenvolvimento de tecnologias de difusão de informação.

Deve-se a Johann Gutenberg, em 1450, o desenvolvimento de tecnologia que permitia a reprodução sistemática da informação condensada em meio escrito, sendo a bíblia o primeiro livro mecanicamente reproduzido por volta de 1456²⁰. Segundo Pool²¹, foi a invenção de impressoras mecânicas rotativas que deu início a substituição de paradigmas de difusão de informação, vinculando a liberdade de expressão a interesses econômicos em que se submetia as liberdades comunicativas a uma lógica de mercado de maximização da rentabilidade proveniente da circulação da informação. Vemos, posteriormente, em 1844, a criação do telégrafo elétrico, de Samuel Morse, e em 1874, o telefone de Alexander Graham Bell, seguidos da invenção do rádio e televisão entre o fim do século XIX e início do século XX²².

Parece-nos que as principais aporias atinentes à liberdade de informação e expressão no mundo globalizado referem-se ao papel dos veículos de comunicação, assim entendidos os difusores de informação de forma gratuita ou paga, por qualquer meio, mas organizados profissionalmente. Isso deve-se ao fato de que esses veículos de difusão e formação do pensamento podem assumir as duas faces de Jano: a) podem exercer o papel de informar sobre os problemas globais, fortalecendo o sentimento mútuo de solidariedade, e também podem servir

²⁰BALLE, Francis. *Médias et Sociétés*. 5ª ed. Paris, 1990, p. 78; MARTIN, Henri-Jean. "La imprenta." In: *Historia de la comunicacion: de la imprenta a nuestros días*. Raymond Williams. Trad. Daniel Laks. Vol II. Barcelona: Bosch, 1981, pp. 11-19. A p. 38 aduz que a revolução industrial foi uma revolução das comunicações.

²¹POOL, Ithiel de Sola. *Technologies of Freedom. On Free Speech in an Eletronic Age*. Cambridge, Mass., 1983.

²²BALLE, Francis. *Médias et Sociétés*. 5ª ed. Paris, 1990, pp. 114 e ss.

de veículo de propaganda do estado ou servir a um interesse econômico particular; b) a maior ameaça à liberdade dos mídias tem sido a concentração dos veículos de comunicação, com o inerente risco ao pluralismo e ao consenso informado.

O desenvolvimento tecnológico como a difusão da comunicação por satélite e a popularização do acesso à internet, têm constituído um novo espaço, mais global, mais plural, para a livre circulação e manifestação do pensamento, no nosso tempo de *revolução digital*²³. O cyber law “è espressione della tendenza all’universalità e dell’attitudine a trascendere la mera tutela delle singole personalità garantite dal diritto alla riservatezza o *status conscientiae*, al fine di ampliare tecnicamente e qualitativamente i bacini comunicativi, nell’ambito di quella nuova prospettiva relazionale universale”²⁴. A internet pode ser utilizada como um catalisador do exercício de outros direitos, como o acesso à boa educação, cultura, o direito de participar do progresso científico, liberdade de associação e assembleia, mas também para prática de “cyber” crimes e para profusão de ideias odiosas por *websites* xenófobos e racistas. É o veículo de comunicação que pluraliza e simultaneamente individualiza a expressão de opiniões.

Segundo a União Internacional de Telecomunicação, o acesso à internet alcança mais de 2 bilhões de pessoas.²⁵ Pessoas que não são meras receptoras de informação como nos outros meios de difusão de informação. A internet permite a interatividade simultânea entre o transmissor e o receptor da informação com custos inexpressivos. Além da velocidade, sua utilização pode ser

²³World Summit on the Information Society (WSIS), organizada pela União Internacional de Telecomunicações, agência especializada da Organização das Nações Unidas, conceitua “*digital revolution*” como: “The rapid growth of Information and Communication Technologies and innovation in digital systems represent a revolution that has fundamentally changed the way people think, behave, communicate, work and earn their livelihood. This so-called digital revolution has forged new ways to create knowledge, educate people and disseminate information. It has restructured the way the world conducts economic and business practices, runs governments and engages politically. It has provided for the speedy delivery of humanitarian aid and healthcare, and a new vision for environmental protection. It has even created new avenues for entertainment and leisure. As access to information and knowledge is a prerequisite to achieving the Millennium Development Goals – or MDGs – it has the capacity to improve living standards for millions of people around the world. Moreover, better communication between peoples helps resolve conflicts and attain world peace.” In: http://www.itu.int/wsis/basic/faqs_answer.asp?lang=en&faq_id=42, consulta em 2 de Abril de 2012; International Council on Human Rights Policy. *Journalism, Media and the Challenge of Human Rights Reporting*, 2002, p. 35, utiliza a expressão “new world information order” em referência ao fenômeno da globalização dos veículos de comunicação. Adiante (p. 37), o relatório aduz que a tecnologia não é boa nem má, mas apenas uma ferramenta, que as autoridades têm-se mostrado incapazes de controlar.

²⁴PANEBIANCO, Mario. *Iura humanitatis: diritti umane e “nuovi” diritti fondamentali*. Revista Internazionale dei diritti dell’uomo. Ano XIV, 2001, p. 156.

²⁵International Telecommunication Union. *StatShot N° 5*, January 2011.

apócrifa, o que tanto contribui para isentar emissor e receptor de qualquer risco pessoal quanto à opinião emitida como esconde os que atuam contra direito alheio.

Paradoxalmente, a revolução digital faz acender o debate em torno de um novo modo de dominação: “*electronic colonialism*”²⁶. Na medida em que a concentração e o caráter empresarial dos veículos de comunicação, que já não só difundem informação como se posicionam sobre ela, alcança proporções globais, estamos mais suscetíveis a captar uma ideologia disfarçada. A colonização ocorreria de maneira subliminar e não violenta. Veja-se, por exemplo, a proporção global da informação divulgada por agências de notícias como a *Associated Press*, *Reuters*, *Agence France Press* e *United Press International*; jornais como *The New York Times*, *The Financial Times*, *The International Herald Tribune*; rádios como a *BBC World Service*, *Voice of America*, *Deutsche Welle*; e emissoras de televisão como a *CNN* e *BBC*. “The way people think is affected very directly (as it was by the arrival of books) and this is transforming societies. Access to different (and glamorous) experiences and lifestyles and moralities (however superficial) influences local values and traditional forms of authority.”²⁷

A evolução tecnológica dos meios de difusão do exercício da liberdade de expressão percorreu inúmeros estágios de modernização e extensão do raio de atuação, desde a produção de livros, telégrafo, telefone, rádio, televisão, até os computadores. O desejo do homem é condensar informação no menor espaço e difundí-la no menor tempo possível. O surgimento da internet, da comunicação por satélite e dos cabos de fibra ótica têm multiplicado exponencialmente o volume de informação transmitida e dificultado o controle de conteúdo e da origem, o que nos leva a constatação de que “in coming years, the highest need will not be to find information but to make good judgements about what information is useful and what

²⁶WHEELER, Deborah. *In Praise of the Virtual Life: New Communications Technologies, Human Rights, Development, and the Defence of Middle Eastern Cultural Space*. *A Journal of Human Rights and Technology* 1, 1, Spring 1997; International Council on Human Rights Policy. *Journalism, Media and the Challenge of Human Rights Reporting*, 2002, p. 76: “in this decade, advances of technology will render recycling of information an almost unstoppable phenomenon. Fax machines, telephones, cellular telephones, the Internet and electronic mail have made it increasingly difficult to close off regions of the world to determined purveyors of information.”

²⁷International Council on Human Rights Policy. *Journalism, Media and the Challenge of Human Rights Reporting*, 2002, p. 51; CARVER, Richard. “Themes and Trends in African Broadcasting.” In: *Who Rules the Airwaves — Broadcasting in Africa*. Richard Carver; Sandra Coliver; Gil Lauriciano; David Lush; Adewale Maja-Pearcem. Article 19 and Index on Censorship. 1995, pp. 5-22. Discorre sobre “cultural imperialism”.

conclusions may be drawn from it.”²⁸

Pela natureza, extensão, e democraticidade dos problemas aqui enfrentados, o direito internacional parece melhor aparelhado para constituir-se em instrumento de regulação. Sim porque não podemos enfrentar problemas de proporções globais com instrumentos de governação localizados. Além disso, há sempre o risco de politização indevida do direito quando tais questões são discutidas em âmbito interno, com a tendencial fuga das considerações de ordem técnica e consolidação da vontade de grupos de pressão. O Brasil é fértil em exemplos desse tipo, situação agravada pelo fato de que meia dúzia de conglomerados econômicos monopolizam a difusão de informação por meio escrito e de radiodifusão.

Como exemplo atual dessa resposta internacional, a Convenção sobre o Cibercrime, no âmbito do Conselho da Europa, adotada em Budapeste em 23 de Novembro de 2001, condena a pornografia infantil. O protocolo adicional adotado em 2003 condena atos de racismo e xenofobia praticados através da rede mundial de computadores. A convenção obriga os estados-partes a adotar medidas internas para o fortalecimento dos instrumentos domésticos de persecução, e a constituir um regime de cooperação internacional ciente da dimensão planetária do cibercrime. A *World Summit on the Information Society (WSIS)*, em Genebra em 2003 e Tunísia em 2005, ocupou-se da restrição etária na difusão de informação digital (“*digital age*”).

1.4 Tutela interconstitucional das liberdades comunicativas

A tarefa de assegurar as liberdades comunicativas deveria mobilizar os *juspublicistas*. Aqui, seria corrente a expressão constituição ou constitucionalismo. Lamentavelmente, nosso direito constitucional é um arquipélago. O narcisismo constitucional ignora o direito internacional dos direitos humanos e o direito comunitário do Mercosul. Nosso constitucionalismo é *mono-documental* e estático, e por isso não sei se deveria empregar aqui a expressão constitucionalismo. Sim

²⁸International Council on Human Rights Policy. *Journalism, Media and the Challenge of Human Rights Reporting*, 2002, p. 37.

porque o que expressa movimento não pode ser utilizado para designar o que parou, e o tímido fenômeno da mutação constitucional (alteração da interpretação jurisdicional sem alteração do texto) não aplaca meu pessimismo.

O *jusfundamental* pode encontrar amparo jurídico-normativo naquilo que se convencionou chamar de constituição, mas também em espaços normativos de igual dignidade. O que se convencionou chamar de constituição. Porque aquilo que o constitucional representa hoje já transbordou a muito as fronteiras do arquipélago soberano²⁹. Num outro ensaio, descrevi o fenômeno constitucional como o vejo na vida prática: um processo interativo de inter-relações não hierárquicas de blocos de constitucionalidade. Partimos do universo constitucional para o *pluriversum* constitucional. A constituição interna não pode, mesmo nos países de tradição romano-germânica, ser interpretada como um monobloco, pois os tratados internacionais são sempre incorporados à ordem interna. Por outro lado, fenômenos como a constitucionalização do direito internacional e do direito comunitário permitem a adoção de uma metalinguagem constitucional quando tratamos de direito internacional e direito comunitário.

A “*international bill of rights*”³⁰ assume nitidamente um papel desempenhado pelas constituições internas na tutela de direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948³¹, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos³² e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais simplesmente externaram os direitos consagrados pelo constitucionalismo ocidental e os erigiram contra o estado, para tutela do novo

²⁹TEUBNER, Gunther. “‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society.” In: *Global Law Without a State*. Gunther Teubner. Dartmouth, 1997, pp. 7-8; Também em: “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?” In: *Transnational Governance and Constitutionalism*. Christian Joerges; Inger-Johanne Sand; Gunther Teubner. Hart Publishing, 2004, p. 4; LUHMANN, Niklas. *The world society as a social system*. International Journal of General Systems, 8, 1982, pp. 131-138. Num texto mais recente: LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 582, aduz que a estrutural sobreposição entre lei e política, protagonizada pela constituição internamente, não encontra uma correspondente sobreposição a nível mundial.

³⁰Fact Sheet Nº 2 (Rev.1), *The International Bill of Human Rights*, ONU, 1996, pp. 1, 8 e 9; HUMPHREY, John Peters. *The International Bill of Rights: Scope and Implementation*, 17 Wm. & Mary L. Rev, 1976, pp. 527 e ss.;

³¹Resolução da Assembleia Geral da ONU 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948. Sobre a natureza vinculante de suas disposições a título de direito consuetudinário: os *Casos Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgium v. Spain) (Segunda Fase), ICJ Rep. 1970 3; *Namibia Opinion*, ICJ Rep. 1971 16, Separate Opinion, Judge Ammoun.

³²Resolução da Assembleia Geral da ONU 2200 A (XXI), de 16 de dezembro de 1966, com entrada em vigor em 23 de março de 1976.

núcleo axiológico do direito internacional: o ser pessoa. O artigo 103 da Carta da ONU firma, em linguagem constitucional³³, a primazia de suas obrigações sobre as demais obrigações internacionais, e constitui, para resguardo de suas disposições, um órgão jurisdicional internacional. O artigo 56, por sua vez, exige que os estados atuem, em conjunto ou separadamente, em cooperação com a ONU, para a promoção dos direitos humanos. Apesar da generalidade dos dispositivos, é possível afirmar que os artigos 55 e 56 estabelecem “autênticas obrigações jurídicas” em relação aos direitos humanos tanto para a ONU como para os estados-membros³⁴. A Corte Internacional de Justiça já se manifestou nesse sentido na opinião consultiva sobre a administração da Namíbia pela África do Sul³⁵, ao aduzir que a política do *apartheid* implantada pela África do Sul violava as obrigações assumidas em relação à Carta.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos marca o início do processo de redução progressiva do âmbito de reserva exclusiva de soberania do estado, porque coloca o ser humano como ente universal (“homens livres e iguais”), estabelecendo parâmetros objetivos e supranacionais de respeito a essa universalidade. Assim, a proteção e a promoção dos direitos humanos deixa de ser tarefa exclusiva do direito constitucional interno³⁶, havendo uma redefinição “di dimensione soggettive ed oggettive esistenti ed inoltre come espressione di autointegrazione ed eterointegrazione del sistema costituzionale”³⁷.

O direito comunitário europeu desenvolvido também com base no

³³FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*. Columbia Journal of Transnational Law, 37, 1998, p. 529; DUPUY, Pierre-Marie. *The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, 1, 1997, p. 1.

³⁴Vide nota de rodapé nº 134.

³⁵*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (SW Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. ICJ Reports, 1971, §§ 129 e 131: (...) no factual evidence is needed for the purpose of determining whether the policy of apartheid as applied by South Africa in Namibia is in conformity with the international **obligations assumed by South Africa under the Charter of the United Nations (...)** Under the Charter of the United Nations, the former Mandatory had pledged itself to observe and respect, in a territory having an international status, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race. To establish instead, and to enforce, distinctions, exclusions, restrictions and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin which constitute a denial of fundamental human rights is a **flagrant violation of the purposes and principles of the Charter**. (negrito meu)

³⁶ISA, Felipe Gómez. “La protección internacional de los derechos humanos.” In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Felipe Gómez Isa; José Manuel Perea. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004, pp. 23 e 25.

³⁷PANEBIANCO, Mario. *Iura humanitatis: diritti umani e “nuovi” diritti fondamentali*. Revista Internazionale dei diritti dell'uomo. Ano XIV, 2001, p. 124.

consenso interestadual avançou com linguagem constitucional³⁸. Seus tratados constitutivos têm a retaguarda de órgão jurisdicional e também tende a postular a primazia de suas obrigações sobre outras obrigações internas e internacionalmente assumidas pelos estados-membros, com base no chamado princípio do primado, especialmente arguido nas ações de incumprimento do direito comunitário. Não existe um consenso doutrinário sobre a natureza jurídica da União Europeia. Tanto se discorre sobre seu caráter de sistema de governação transnacional como sistema de governo. O fato é que o direito comunitário tem características de organização internacional e algumas características de entidade federal, e seus instrumentos normativos tem componentes associados ao direito internacional e ao direito constitucional. Os princípios fundamentais são estruturados em tratados internacionais, e a legislação produzida pela própria comunidade compõe o direito comunitário mas já não tem natureza contratual.³⁹

Não vejo nenhuma razão transversal que permita constituir uma relação de hierarquia entre os citados blocos de constitucionalidade. O mais provável é que consigamos avançar com uma postura amigável e cooperativa, absolutamente incompatível com supremacia, primazia, primado ou qualquer outra denominação que exprima relação de hierarquia entre os citados espaços normativos, e que o constitucionalismo seja definido e redefinido a cada caso prático, de acordo com as disposições normativas (nacionais, internacionais ou comunitárias) mais adequadas a natureza do caso, de modo a inviabilizar qualquer relação hierárquica que não seja *prima facie* hierárquica. Nos referimos assim, a qualquer coisa como um sincretismo constitucional, exprimindo uma “inter-normatividade não hierárquica entre os “*blocs de constitutionnalité*” nacional, comunitário e internacional, ou, simplesmente, interconstitucionalidade. Não

³⁸PETERS, A. *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*. Berlin: Bunker & Humblot, 2001, p. 167.

³⁹AVBELJ, Matej. *Questioning EU Constitutionalisms*. German Law Journal. Vol. 9, nº 1, pp. 3-4: pontua três fases no desenvolvimento do constitucionalismo europeu: a) entre o início dos anos 60 e 80 prevalecia a concepção funcional e organizacional de constituição como um ato legal que origina uma nova entidade. Essa fase pertenceria a uma narrativa supranacional emergente em competição com a narrativa do direito internacional pela condição de paradigma principal; b) No início dos anos 80 a narrativa supranacional tornou-se uma narrativa constitucional com os princípios da primazia, efeito direto, proteção dos direitos humanos, poderes implícitos e outras características que a narrativa supranacional defendia como *sui generis*. A Corte Europeia de Justiça constitucionalizou os tratados que deram origem às comunidades, declarando, inclusive, a supremacia do direito comunitário em conflito com os direitos nacionais dentro de sua margem de competência; c) Em 1986 [Caso *Les Verts*, C-294/83, § 23], seguida de uma decisão de 1991 [*Opinião 1/91*, E.C.R. I-6079], a corte explicitamente declarou o tratado como a carta fundamental da comunidade.

hierárquico porque não há centralização da vinculatividade do jurídico-constitucional, mas uma estrutura atomizada de poder que flui de todas as direções e que não é enfeixado por nenhuma delas.”⁴⁰

Firmadas tais premissas em caráter preambular: importância da liberdade de expressão para a interação intersubjetiva da sociedade contemporânea de fragmentação em subsistemas de ação social; os desafios atualizados em relação às ameaças transfronteiriças que envolvem as liberdades comunicativas nas mais variadas áreas; firmada, ainda, uma *responsabilidade interconstitucional* de garantir a efetivação das liberdades comunicativas; me ocuparei, no presente trabalho, da liberdade de expressão no bloco de constitucionalidade externo, nomeadamente com base nos instrumentos normativos e nas decisões de órgãos de jurisdição internacional, como o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, e de órgãos internacionais quase-jurisdicionais, que contribuem para delinear o âmbito de proteção da liberdade de expressão nos sistemas normativos de direitos humanos, como o Comitê de Direitos Humanos. Essa análise cruzada de referências permitirá o estabelecimento de parâmetros quanto ao conteúdo da liberdade de expressão. Embora os sistemas global e regionais de direitos humanos sejam hermeticamente estudados em seus mais recentes desenvolvimentos teóricos, a associação normativa cruzada produzida pela inter-normatividade se projeta sobre a aplicação dos instrumentos internacionais analisados, de modo que os sistemas de proteção nunca operam no vácuo e produzem uma “cross-fertilization of thinking”⁴¹ com o transplante indireto de ideias e argumentos da sociedade civil, dos órgãos quase-jurisdicionais, dos acadêmicos, que se projetam sobre o trabalho dos órgãos de implementação dos tratados. Isso impõe a apreciação dos institutos com base numa perspectiva relacional, capaz de interligar interação normativa e jurisdicional, pois a inter-normatividade produz o transjudicialismo, projetando-se, por conseguinte, sobre a análise da liberdade de expressão em juízo.

Não ignoramos o protagonismo que a liberdade de expressão assume

⁴⁰SILVA, Caíque Thomaz Leite da. *Espaço “Longo” Tempo “Breve” Itinerários da Metanarrativa Constitucional: o Constitucionalismo Sincrético*. Intertemas, vol. 15. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2010, p. 53.

⁴¹EVANS, Malcolm D. “The Future(s) of Regional Courts on Human Rights.” In: *Realizing Utopia. The Future of International Law*. Antonio Cassese. Oxford University Press, 2012, p. 262.

em concepções teórico-políticas e teórico-jurídicas recentes. Nossa abordagem circunscrever-se-á, entretanto, a liberdade de expressão em juízo, enfocando os contributos jurisprudenciais e quase-judiciais internacionais subestimados por uma teoria de direitos fundamentais imperfeita e narcisista. Sendo assim, o recurso à teoria dos sistemas, à teoria da justiça, à análise econômica do direito e a “direito e literatura”, enquanto concepções teóricas e dogmáticas que se relacionam profundamente com as liberdades comunicativas, e dependem essencialmente de sua otimização, torna-se despiciendo, embora nós não as ignoremos.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.1 Antecedentes normativos

A consagração da liberdade de expressão como um direito civil ocorreu primeiro na *common law* inglesa, com a “Bill of Rights” de 1689. Naturalmente, as revoluções liberais oferecem o background fático enquanto os pensamentos de Milton e Mill ofereceram o background teórico para que tal direito subjetivo público⁴² florescesse dentre os britânicos, como uma limitação aos poderes monárquicos. Com o surgimento do constitucionalismo clássico, a *Bill of Rights* da Virgínia, de 1776⁴³, a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que integra a *Bill of Rights*, de 1791⁴⁴, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁴⁵, aparecem como documentos inaugurais da tutela normativa pública desse direito civil, inserido no regime jurídico internacional de

⁴²JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2 ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1905, p. 134.

⁴³Art. 12: “That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments”.

⁴⁴First Amendment: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”

⁴⁵Art. 11: La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.

tutela dos direitos humanos com a Declaração Universal, de 1948⁴⁶. Normativamente sua tutela deve-se ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que superou as discussões sobre a força normativa das obrigações internacionais que constavam do documento inaugural da fase antropocêntrica do direito internacional.

2.2 Conteúdo

A liberdade de expressão é composta por inúmeros outros direitos, o que leva a doutrina germânica a referir-se ao conjunto de direitos fundamentais associados à liberdade de expressão como “liberdades comunicativas” (*kommunikativer Freiheiten*) ou “liberdades da comunicação” (*Kommunikationsfreiheiten*)⁴⁷. A liberdade de opinião é a razão transversal que informa e coloca sobre o mesmo regime jurídico de tutela as liberdades comunicativas, pois é pressuposta a expressão de qualquer ideia por qualquer meio. *A liberdade de opinião é um direito civil absoluto e não deve ser tolhida de nenhuma forma ou por qualquer razão, pois a formação da opinião é uma dimensão constitutiva da natureza humana.* O “*como vejo o mundo*” é uma dimensão capacitante da razão, é o pulsar, o sentir, o viver do homem. A restrição à liberdade de opinião faria de nós meros receptores das coisas da vida, zumbis intelectuais. Segundo Jónatas Machado, “a liberdade de expressão em sentido amplo constitui um pressuposto essencial da autenticidade do sujeito”⁴⁸, é uma declaração de independência e soberania racional em relação às circunstâncias exógenas ao indivíduo subjetivamente considerado⁴⁹. A liberdade de expressão [no sentido de exteriorização da opinião], por outro lado, se sujeita a algumas restrições. Autoriza a

⁴⁶HESSE, Konrad. “Bedeutung der Grundrechte.” In: *Handbuch des Verfassungsrechts*. Ernest Brenda; Werner Maihofer; Hans-Jochen Vogel. 2 ed. 1994, pp. 127-133.

⁴⁷FECHNER, Frank. *Medienrecht*. Tübingen, 2000, p. 15; HERRMANN, Gunther. *Rundfunkrecht*. 4 ed. München, 1994, p. 116.

⁴⁸MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Studia Iuridica 65. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2002, p. 286; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra, 1993, p. 224.

⁴⁹GREENAWALT, Kent. *Fighting Words, Individuals, Communities and Liberties of Speech*. Princeton, 1995, p. 5.

expressão de opiniões e ideias de todos os tipos, e de procurar e receber informações e ideias, através da palavra escrita, da palavra falada, e através daquilo que não expressamos com palavras, pois as melhores coisas da vida são sentidas, não descritas.

As formas artísticas como as pinturas de Monet e Caravaggio, a música de Hendel, Bach e Vivaldi, não podem ser descritas com palavras. São descrições que induzem em nós sentimentos distintos. Expressam sentimentos como amor, ódio, revolta, e às vezes, tédio. E a arte, e muito embora a “boa” arte não esteja sempre acessível, constitui a forma mais democrática de expressão e manifestação de pensamentos e sentimentos. Sim porque as palavras codificam as coisas, ou, como diria Wittgenstein, “os limites do meu mundo são os limites da minha linguagem”. A arte descodifica, é a linguagem universal, não se esgota no espaço de um grupo humano, profissional, econômico, social ou étnico, e independe de gênero, idade, convicção ou crença. “A liberdade de expressão não cobre apenas a *razão pública* ou a *razão comunicativa*, mas também a *emoção pública* e a *emoção comunicativa*”⁵⁰.

Pontuamos como elementos da liberdade de expressão: a) liberdade de manifestar opinião sem qualquer interferência (liberdade de opinião); b) liberdade de procurar, receber e transmitir, informações e ideias (liberdade de discurso e liberdade de informação); c) oralidade, escrita e todas as formas de artes; d) através de qualquer veículo de comunicação (liberdade de mídia); e) independentemente de limitações transfronteiriças⁵¹ (liberdade de comunicação internacional) (art. 19, § 2º, PIDCP)

Os direitos humanos se relacionam uns com os outros, e podem ser

⁵⁰MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Studia Iuridica 65. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2002, p. 418. A p. 154 aduz: “as liberdades da comunicação não podem ser arbitrariamente amputadas através da concessão de um privilégio epistemológico à *razão* nas suas formas *pura, prática, pública* e *comunicativa* e da preterição da *emoção pura, prática, pública* e *comunicativa*.” A p. 847 aduz que “uma das funções da liberdade de expressão consiste em proporcionar uma alternativa à violência física na libertação de sentimentos e tensões acumuladas, incluindo o ódio, ou especialmente o ódio.” E que “a valorização e proscricção de qualquer das opiniões em confronto implicaria a existência de um sistema de censura, o qual teria naturalmente uma tendência expansiva, razão pela qual uma doutrina de restrição do discurso a partir do ódio (*hate speech; hate crimes*) em nome de uma moralmente correcta *política do amor*, tem que ser objecto da maior precaução”.

⁵¹VITORIA, Francisco de. “Relecciones de Indis recenter inventis.” Universidade de Salamanca, 1539. In: *De indis et de iure belli relecciones*. Ernest Nys. Oceana, New York, 1964, III, 3-5, pp. 256-260. O teólogo espanhol proclamou o universal direito de comunicação e migração (“*ius communicationis ac societatis*” e “*ius migrandi*”), bases da concepção da comunidade internacional como “*communitas orbis*”.

limitados por direitos e liberdades dos outros, pela moralidade, ordem pública e bem-estar geral numa sociedade democrática (art. 29, DUDH), porque os direitos humanos não podem ser usados para violar outros direitos humanos (art. 30, DUDH). Mais explícito quanto à liberdade de expressão, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) prescreve que o exercício das liberdades dispostas no art. 19, § 2º, comporta deveres e responsabilidades especiais, que devem ser expressamente fixados em lei e que são necessárias para o respeito a direitos e reputação de outrem, da segurança nacional, saúde, ordem e moralidade públicas (art. 19, § 3º). A seguir, exige o estabelecimento de restrições específicas, através de lei, contra a propaganda em favor da guerra ou do ódio nacional, racial e religioso que constitua uma incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência (art. 20). A Convenção Europeia de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais apresenta regulamentação semelhante no art. 10. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, dispõe que a disseminação de ideias racistas, a incitação à discriminação racial, ou o financiamento de atividades racistas, devem ser punidas pelos estados-partes, que devem também declarar ilegais e proibidas qualquer propaganda ou organização inspirada por teorias fundadas na superioridade de raça ou grupo de pessoas (art. 4).

Os deveres e responsabilidades não são expressamente indicados na convenção, mas normalmente fundados em deveres éticos profissionais e legislações internas. As restrições precisam ser prescritas em lei (apenas o poder legislativo pode estabelecer restrições), justificadas por razões legítimas, escrutinadas pela opinião pública, necessária numa sociedade democrática (há aqui uma preocupação de que a restrição não fulmine a pluralidade condição da lisura do processo democrático, assegurando a defesa de posições contra-majoritárias)⁵², e estar sempre aberta à manifestação jurisdicional (a preocupação com o estrito cumprimento da restrição imposta).

⁵²MILL, John Stuart. *On Liberty*. Penguin Classics, 1985, p. 76: “if all mankind minus one were of one opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.”

2.3 Liberdade de opinião como direito civil absoluto

Reitero aqui o anteriormente transcrito de passagem. Um dos elementos do direito de liberdade de expressão é absolutamente incondicionado. O pensar é inalcançável por qualquer restrição (liberdade de opinião)⁵³. A liberdade de opinião é o ser para si próprio (*für sich zu sein*)⁵⁴. Há um “núcleo essencial de conformação privada da vida, do qual o legislador não pode dispor, um “espaço interno”, no qual o indivíduo “pertence a si próprio”, e ao qual o exterior não tem acesso, e, ao lado desse núcleo, um mínimo de relação comunicativa com o exterior, que deve ser preservado”⁵⁵. As más ideias devem ser destruídas pela maldade intrínseca daquilo que consagram. A maioria da consciência coletiva é que deve nortear a adesão a qualquer doutrina num cenário de confrontação pública de ideologias subjetiva e coletivamente defendidas⁵⁶. Qualquer pessoa deve poder problematizar qualquer assertiva que entenda conveniente num determinado discurso, assim como seus desejos e necessidades, seja ela racional ou emotiva, sem qualquer forma de coerção. A personalidade se associa à conformação livre e à consciência⁵⁷, à auto-realização consciente e conformadora⁵⁸. E o direito não é pela força física, mas pela auto-transcendência axiológica cultural. Axiologia que não se fecha, ao contrário, deve sempre estar aberta a captar a espessura das ideologias individual ou comunitariamente assumidas em certo momento histórico. Noutras e

⁵³Human Rights Committee, *general comment n° 34*, julho de 2011, §5º: se manifestou no sentido de que reservas ao artigo 19, §1º (liberdade de opinião) podem ser incompatíveis com o objeto e propósito do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Além disso, esse direito não é alcançado pelo artigo 4º do Pacto, que autoriza a suspensão de direitos em caso de necessidade decorrente do estado de emergência. De acordo com o §6º, apenas são cabíveis reservas ao §2º do artigo 19; BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 17ª ed. Oxford University Press, 2008, p. 615: aduz que as reservas que ofendem normas peremptórias são incompatíveis com o objeto e propósito da Convenção, como “deny freedom of thought”. Aduz ainda que os tratados de direitos humanos não se sujeitam à lógica da reciprocidade, pois os beneficiários são as pessoas sob jurisdição do estado.

⁵⁴MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Studia Iuridica 65. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2002, p. 752. Expressão utilizada pelo autor em relação a proteção à imagem, à identidade e à palavra.

⁵⁵PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1999, p. 223.

⁵⁶POST, Robert C. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge: Mass., 1995, p. 144.

⁵⁷MÜNCH, Ingo V. *Grundgesetz-Kommentar*. Band I. 2ª ed. München, 1981, p. 109.

⁵⁸ERICHSEN, H.-U. “Allgemeine Handlungsfreiheit.” In: *Handbuch des Staatsrechts* (Isensee/Kirchhof). Vol. VI, Freiheitsrechte, n° 20.

simplificadoras palavras: *o que eu penso* sobre a natureza das coisas e meu olhar sobre as coisas da vida são inalcançáveis por qualquer atuação normativa ou jurisdicional. *O como eu obro em relação ao outro*, com base naquilo que penso, é que constitui objeto de tutela jurídica, não porque o meu pensar precedente seja bom ou ruim, mas porque o meu pensar precedente não pode se impor sobre o pensar do outro⁵⁹.

Nossa defesa incondicional da liberdade de opinião não se faz porque, aparentemente, seja impossível impedir que as pessoas formem juízos de valoração sobre as coisas da vida. Não se dá porque o pensar não pode ser normativamente restringido. Não é a impossibilidade pragmática de limitar o pensar que justifica sua incondicionalidade. Isso porque é possível que a exteriorização de um pensar que não é pública nem aberta ao público mantenha tal exteriorização no âmbito da liberdade de opinião, não inserindo-a no regime jurídico da liberdade de expressão enquanto exteriorização da liberdade de opinião, sujeita a restrições nalgumas circunstâncias. Se alguém, por exemplo, tem uma opinião cuja expressão fomentaria a violência ou ódio racial, e a representa através de qualquer meio, que mantém, entretanto, no âmbito da sua vida privada, pragmaticamente seria possível a invasão pública à vida privada e apreensão de desenhos, quadros, poemas e outras formas de representação da opinião. Juridicamente não. A opinião privadamente considerada não tem potencialidade lesiva em relação *aos outros, mesmo que ganhe vida através de um modo de exteriorização*. Veja-se, portanto, que a nossa percepção sobre a dimensão substancial da liberdade de expressão não nos conduz a uma posição egoística que ignora a necessidade de uma razão ética de responsabilidade social e estadual, pois, como bem ressaltamos, a incondicionalidade justifica-se e ganha forma normativa na medida em que a opinião, mesmo exteriorizada, não tem potencialidade lesiva a qualquer interesse individual ou coletivo normativamente tutelado, o que levaria, evidentemente, à necessidade de ponderar casuisticamente as grandezas em conflito. Há aqui o reconhecimento do caráter libertário das liberdades comunicativas que não pode ser absolutamente coberto por uma teoria democrática de liberdade de expressão. Não

⁵⁹MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 30ª ed. München, 1998, p. 178: aduz que tal limitação deve-se ao fato de que o desenvolvimento individual ocorre no quadro social, e que há uma relação recíproca entre liberdade e vinculação, desenvolvida pela filosofia moral, segundo a qual os direitos de cada um encontra como limite os direitos dos demais.

se imputa, nesse sentido, uma obrigação normativa de ter-se apenas opiniões generalizáveis [e universalizável] nos termos de um kantiano imperativo categórico, em razão da necessidade de se preservar a personalidade individual.

Parece ser esse o propósito da doutrina italiana com a distinção entre dimensão substantiva e dimensão instrumental da liberdade de expressão, entendendo-se que a primeira dimensão condensa a formação de uma convicção subjetiva enquanto a segunda enfoca os meios adequados à sua difusão. Veja-se, portanto, que a dimensão substantiva estará sempre presente nas liberdades comunicativas, enquanto a instrumental pode ou não existir. Isso enfoca o aspecto de razão transversal da liberdade de opinião a informar todas as demais liberdades comunicativas, e exige a manutenção de uma verdadeira neutralidade ética em relação à dimensão substancial, com a ressalva supratranscrita.⁶⁰

Desse modo, não é despropositado aduzir que a dimensão substantiva das liberdades comunicativas constitui o núcleo essencial do direito de liberdade de expressão em sentido amplo, subtraído, portanto, do processo de ponderação aplicável à resolução de confronto entre direitos fundamentais de igual grandeza que casuísticamente engendram-se numa relação belicosa. A relativização acerca de todo o conteúdo do direito autorizaria uma revogação jurisprudencialista definitivamente não querida pelo legislador, permissiva de uma desnaturação⁶¹ dos direitos fundamentais ponderados.

2.4 Liberdade de expressão e o livre desenvolvimento da personalidade

O reconhecimento do direito de desenvolvimento da personalidade a todos os seres humanos é um imperativo axiológico da ordem jurídica⁶², baseado numa premissa do “indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu

⁶⁰AMATO, Giuliano; BARBERA, Augusto. *Manuale di Diritto Pubblico*. 4 ed. Bologna, 1994, p. 236; PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistema Istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*. 2 ed. Nápoles, 1992, pp. 394 e ss.

⁶¹FAVOREAU, Louis. *Droit Constitutionnel*. Paris, 1998, p. 798.

⁶²PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1999, p. 165.

próprio projecto espiritual (*plastes et ficator*)⁶³. Compreende a tutela da individualidade com suas diferenças [personalidade ou direito ao estabelecimento do seu modo de ser] e autonomia [liberdade geral de ação ou ausência de interferência], bem como a presunção em favor da liberdade⁶⁴. A pessoa, enquanto centro de decisão autônomo, constrói seu próprio projeto de realização de personalidade encontrando como limite o projeto do outro, de modo que não se vincula a um determinado modelo de personalidade ou mundividência que não seja resultante de seu próprio devir como ente dotado de capacidade de escolha. “É, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua «liberdade de desenvolvimento»”⁶⁵. A pessoa é dinâmica e histórica, não é estado e sim acontecimento⁶⁶. Todavia, o desenvolvimento da personalidade é comunicativo (relacional) e ocorre através da interação com as pessoas no mundo da vida, por meio do “diálogo tanto com o eu dos outros como com as criações e as coisas do meio ambiente”⁶⁷, e o modo natural de construção desses vínculos demanda o exercício das liberdades comunicativas, porque através delas que apreendemos a “recíproca *expectativa de comportamentos*”, através dela a pessoa é sempre “co-instituída *pelos outros*” deixando de ser considerada apenas indivíduo⁶⁸.

Segundo uma concepção ampla do desenvolvimento da personalidade humana globalmente considerada, mesmo atividades e aspectos de diminuta importância para a formação da pessoa inserem-se no âmbito de proteção do direito.

⁶³CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina, 2003, p. 225.

⁶⁴DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. Tübingen, 1996, anotações 4, 8 e 16 ao artigo 2º, na anotação 18, aduz que o “livre desenvolvimento pressupõe o respeito pelo indivíduo como pessoa e a realização da sua individualidade: a proteção da atividade funda-se na tutela da integridade” (tradução minha); ERICHSEN, H.-U. “Allgemeine Handlungsfreiheit.” In: *Handbuch des Staatsrechts* (Isensee/Kirchhof). Vol. VI, Freiheitsrechte, nº 9 e 52 e ss.

⁶⁵CARVALHO, Orlando de. *Teoria Geral do Direito Civil. Sumários Desenvolvidos*. Coimbra, 1981, p. 180.

⁶⁶SCHELER, Max; SCHELER, Maria. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik: neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus*. 4ª ed, 1954, pp. 397 e ss;

⁶⁷POPPER, Karl R.; ECCLES, John C. *Das Ich und sein Gehirn*. 2 ed. München: Piper, 1982, p. 76; FICHTE, Johann Gottlieb. *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*. Ausgabe Philosophische Bibliothek, nº 256, pp. 73 e ss.; SUHR, Dieter. *Entfaltung der Menschen durch die Menschen. Zur Dogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaften und des Eigentums*. Berlin, 1976, pp. 65 e ss.

⁶⁸KAUFMANN, Arthur. *Prolegómenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das Relações. Fundamento de uma Teoria do Direito Baseada na Pessoa*. Boletim da Faculdade de Direito nº 78. Universidade de Coimbra, 2002, pp. 204-205; COSTA, José Francisco de Faria. *O direito, a fragmentaridade e o nosso tempo*. Porto, 1993, pp. 20-22.

Não se exige, portanto, que essa personalidade se expresse de forma particular. O espaço livre de comportamentos e expressões imputáveis aos indivíduos é o mais amplo possível. Há sempre a possibilidade de que surjam novas formas de expressões e comportamentos que contribuam para o desenvolvimento da autenticidade pessoal como bens de personalidade não tipificados, a exemplo do recente direito à autodeterminação informacional [*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*]. Além disso, cada uma das formas pode contribuir com intensidade diferente para a formação da [complexa] personalidade de cada um, por isso não parece adequado considerar apenas o que se vincula à vida pessoal mais estreita⁶⁹. O juízo sobre a relevância, para cada pessoa, de determinado comportamento que a pessoa é livre para adotar, tem que caber ao próprio titular dessa liberdade, incluindo a possibilidade de realização de atividades perigosas ou arriscadas, sendo cabível intervenção estatal apenas quando houver risco para a comunidade⁷⁰.

A realização desse livre desenvolvimento da personalidade pressupõe uma regulamentação normativa dessas relações com o reconhecimento das capacidades e determinação de exigências de comportamento dentro do ordenamento jurídico e não se exaure na mera ausência de interferência⁷¹. Não é mero direito de defesa que impõe proibições ao estado (*Abwehrrechte*), impondo deveres de proteção às entidades públicas (*Schutzgebot*), nomeadamente em relação ao comportamento das entidades privadas, de acordo com a teoria dos deveres de proteção dos direitos fundamentais (*grundrechtliche Schutzpflichten*)⁷², integralizando, desse modo, a dimensão objetiva do direito. O livre desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) é normativamente tutelado pela Constituição Alemã (art. 2, §1º)⁷³; Constituição Espanhola (art. 10, nº 1);

⁶⁹Defendendo uma concepção ampla: ERICHSEN, H.-U. "Allgemeine Handlungsfreiheit." In: *Handbuch des Staatsrechts* (Isensee/Kirchhof). Vol. VI, Freiheitsrechte, nº 20; DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. Tübingen, 1996, artigo. 2º, anotação 21; MÜNCH, Ingo V. *Grundgesetz-Kommentar*. Band I. 2ª ed. München, 1981, p. 111; Defendendo uma concepção restritiva: HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19ª ed. Heidelberg, 1993, nº 428.

⁷⁰PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1999, p. 202, especialmente a nota de rodapé nº 144.

⁷¹Ibid, p. 159.

⁷²DIETLEIN, Johannes. *Die Theorie von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1992; UNRUH, Peter. *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1996.

⁷³HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19ª ed.

Constituição Grega (art. 5º, nº 1); Constituição Portuguesa (art. 26, nº 1); e Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 22). Não encontra, contudo, previsão expressa na Constituição Brasileira, embora possa ser presumida uma cláusula geral nesse sentido⁷⁴.

A modernidade conferiu ao indivíduo a condição de “*prius* de todo o direito”, e assim o conceito de personalidade foi ganhando autonomia e independência na medida em que a perspectiva mundividencial teleológica dissipou-se perante a exaltação da pessoa humana como autônoma e racional. O cidadão torna-se “célula autónoma da humanidade, como centro de imputação de direitos subjetivos”.⁷⁵ Orlando de Carvalho aduz que a personalidade humana é um *prius* para o direito, e por isso caracterizada pela inadiabilidade, inexpropriabilidade, indisponibilidade e ilimitabilidade⁷⁶. Vicente Ferrer extrai do direito de personalidade um conjunto de direitos naturais e aduz que os direitos absolutos são iguais em todos os homens porque decorrem da natureza humana. Assim, a igualdade formal exige o reconhecimento de qualquer homem como pessoa moral e jurídica, com uma personalidade inviolável. A desigualdade somente se admite em relação aos “direitos hypotheticos”, com a diversidade de desenvolvimento que cada um imprime às suas relações. Privado de seus direitos absolutos, o homem deixa de ser um fim para si mesmo e não pode adquirir os hipotéticos.⁷⁷

A modernidade⁷⁸ e seus direitos de personalidade tutelados pelo direito público [com as *bills of rights*, no âmbito dos chamados direitos fundamentais de liberdade] e pelo direito privado [v.g. *Code civil*, de 1804; *Allgemeines Bürgerliches*

Heidelberg, 1993, nº 427: qualifica-o como o “principal direito de liberdade”; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main, 1986, pp. 309 e ss.: “direito geral de liberdade” ou “direito fundamental fundante” [*Muttergrundrecht*].

⁷⁴TEPEDINO, Gustavo. “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro.” In: *Temas de Direito Civil*. Renovar, 2004, pp. 23-54.

⁷⁵MARQUES, Mário Reis. *Um olhar sobre a construção do «sujeito de direito»*. Studia Iuridica 96. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, p. 101. Vide ainda: GRZEGORCZYK, Christophe. *Le sujet de droit: trois hypostases*. Archives de Philosophie du Droit. Tome 34, 1989, p. 13; RENAUT, Alain. *L'ère de l'individu*. Gallimard, 1989: o autor se refere aos séculos XIX e XX como a era do indivíduo.

⁷⁶CARVALHO, Orlando de. *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*. Coimbra, 1973, pp. 17 e ss.

⁷⁷PAIVA, Vicente Ferrer Neto. *Elementos de direito natural, ou de philosophia de direito*. Coimbra, 1844, pp. 48-58.

⁷⁸DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. Tübingen, 1996. Nas anotações ao artigo 2º da Constituição Alemã, o autor critica a remissão aristotélica de que seria no seio da comunidade que a personalidade poderia conhecer seu desenvolvimento. O autor aponta como verdadeiros precursores da ideia de liberdade individual autodeterminada John Locke e Immanuel Kant.

Gesetzbuch, de 1812, no âmbito dos chamados “direitos de personalidade”^{79]} reconhecem um indivíduo que tem consciência ontológica de si, e responsabilidade pessoal pelas suas ações como consequência de sua capacidade de orientá-las. Essa responsabilidade pessoal denota que o indivíduo não é um singular ou a objetivação de um universal como algo irreduzível, mas um ser que se constitui com o outro (*mitsein*) e por isso não é um absoluto em si, mesmo que tenha direitos absolutos. Não há nenhuma impossibilidade entre o homem como um fim em si e o ser com o outro. O homem como um fim em si é um elemento do ser-pessoa, e portanto o *ser que não é outro*, mas *com o outro*, e exige o reconhecimento prévio de sua identidade enquanto fim em si para distinguir-se do outro. “La individualidad y la dependencia social de una persona no sólo no están en contradicción, sino que los rasgos singulares y la diferenciación de las funciones psíquicas de una persona, a los que nos referimos con la palabra “individualidad”, sólo son posibles cuando y porque una persona crece en el seno de un grupo humano, en el seno de la sociedad”⁸⁰. Através do sistema de comunicação, imagem, língua e demais representações projetivas, o “eu” obtém consciência de que só é eu mesmo com os outros, que são modos de refletir o eu como forma de uma realidade cultural que é comum a todos os membros de uma comunidade cultural⁸¹.

O ser-humano (hominídeo) torna-se ser-pessoa quando, além de sua existência enquanto matéria (biofísica), assume sua existência ética, social e cultural. Na clássica definição de Boécio, pessoa é uma substância individuada de natureza racional [*persona est naturae rationabilis individua substantia*”^{82]}, animal racional criticado por Heidegger. O indivíduo é uma entidade físico-psíquica que está determinada em seu ser, enquanto a pessoa não se restringe a essa entidade físico-psíquica e é livre. A contraposição entre o determinado e o livre foi elaborada especialmente por filósofos que ressaltavam a dimensão ética da constituição do indivíduo em pessoa⁸³, assim por exemplo, em Kant, que aduz que *homo sapiens*

⁷⁹PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1999, p. 226: Aduz que os direitos de personalidade atuam como instrumentos jurídicos de concretização de direitos fundamentais no direito privado, que deste modo irradiam para a ordem jurídico-privada.

⁸⁰ELIAS, Norbert. *La sociedad de los individuos*. Península, 1990 (1987), pp. 37-38.

⁸¹FABREGAT, Esteve. *Sobre modos de identidad en la cultura*. Thémata: Revista de Filosofía, 23, 1999, p. 34.

⁸²BOETHIUS, A. M. S. *Die Theologischen Traktate*. Latim-alemão. Tradução, introdução e notas de Michael Elsässer. Hamburg, 1988, p. 74.

⁸³MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofía*. Tomo III. Ariel, Barcelona, 1994, p. 2762.

designa o lugar do ser humano na escala natural, enquanto pessoa sublinha uma característica da natureza humana que é a capacidade para a moralidade⁸⁴. Arthur Kaufmann aduz que uma criatura humana, como substância, existe isoladamente, ao passo que a pessoa só existe entre outras criaturas humanas, e o direito só existe para as pessoas, ressaltando a dimensão ética, social e cultural da nossa existência pessoal. Desse modo, o ser-pessoa não seria sujeito ou objeto, mas uma relação, que não se deixa apreender por um pensamento objetivo, estático e a-histórico⁸⁵. Também não é possível restringir o ser-pessoa ao *zoon politikon* aristotélico, haja vista que a dimensão pessoal do nosso existir não pode ser exclusivamente demarcada por esse aspecto do ser-ai⁸⁶.

Assim, um pedaço de substância física que se organizou de forma termodinâmica e se inicia com o nascimento e termina com a morte representa nossa identidade biológica ou biofísica⁸⁷. Essa dimensão existencial não foi escolhida e não está orientada para fim algum. É uma dimensão existencial aleatória. Nossa segunda dimensão existencial é desenvolvida através do conviver, quando o animal racional incompleto, através de alguma forma de comunicação e expressão, interage com o outro num dado momento e espaço social: “podemos hablar de una estructura *díalogal* de la persona. La persona no está encerrada en sí misma: tal encerramiento sería una imperfección.” A afirmação dessa existência, que deixou de ser aleatória, depende do amplo exercício das liberdades comunicativas. Não há outra forma mais essencial e mais primitiva que permite o desenvolvimento dessa nossa dimensão existencial: “hay, pues, entre personas una comunicación corpóreo-espiritual a través del conocimiento y el amor. Esa comunicación, que respeta la alteridad, lleva a la comunicación de pensamientos y afectos, que en el hombre, por su estructura corpóreo-espiritual, se hace a través de los signos del lenguaje”⁸⁸.

Esse “ser-pessoal”, ou seja, o ser que é na dimensão axiológica, só

⁸⁴KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Akademie-Ausgabe, Bd IV, 1968, p. 435.

⁸⁵KAUFMANN, Arthur. *Prolegómenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das Relações. Fundamento de uma Teoria do Direito Baseada na Pessoa*. Boletim da Faculdade de Direito nº 78. Universidade de Coimbra, 2002, pp. 203-206.

⁸⁶SILVA, Caíque Thomaz Leite da. *Espaço “Longo” Tempo “Breve” Itinerários da Metanarrativa Constitucional: o Constitucionalismo Sincrético*. Intertemas, vol. 15. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2010, p. 50;

⁸⁷WHITE, Alan R. *Rights*. Clarendon Press, Oxford, 1985, p. 89.

⁸⁸HERVADA, Javier. *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*. Persona e Derecho. Humana lura, 1-1991, pp. 370-371.

existe com o direito⁸⁹, e determina o discurso jurídico tanto em seu proceder como em seu conteúdo⁹⁰, ou, nas palavras de Hegel, “o imperativo do direito é por isso: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas”⁹¹. A liberdade de opinião, por sua vez, permite que essas duas dimensões existenciais interajam porque quando nos abstraímos de tecer qualquer juízo de valoração sobre o conteúdo da opinião, consideramo-la como um fato aleatório, de um ser aleatório. E quando tecemos um juízo de valoração sobre ela [porque aderimos, concordamos ou discordamos], reconhecemos o seu potencial para formação da identidade ética, social e cultural, daquele que a emitiu, ou, noutras palavras, o livre desenvolvimento de sua personalidade, o espaço autônomo da autenticidade do sujeito.

3 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

3.1 Do realismo à humanização do direito internacional

De 1648-1948 dizemos que vigorou em direito internacional o paradigma vestefaliano nas relações entre os estados. Com isso quer-se indicar que os sujeitos de direito internacional eram exclusivamente os estados. O ser-humano, neste interstício histórico, era considerado objeto ou propriedade dos estados no cenário internacional: “The States are the repositories of legitimated authority over peoples and territories. It is only in terms of State powers, prerogatives, jurisdictional limits and law-making capabilities that territorial limits and jurisdiction, responsibility

⁸⁹NEVES, A. Castanheira. “A redução política do pensamento metodológico-jurídico.” In: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 2. Coimbra Editora, 1995, pp. 413-414; BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. 2ª edição. Reimpressão. Wolters Kluwer/Coimbra Editora. Coimbra, 2010, p. 121: “o homem é parcialmente determinado ao nível biológico, mas a dimensão que autenticamente o predica como pessoa é a sua liberdade ética, que não pode ser biológica, sociológica, ou psicologicamente reduzida, pois isso corresponderia à respectiva eliminação”.

⁹⁰KAUFMANN, Arthur. *Prolegómenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das Relações. Fundamento de uma Teoria do Direito Baseada na Pessoa*. Boletim da Faculdade de Direito nº 78. Universidade de Coimbra, 2002, pp. 207.

⁹¹HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts: oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Werke 7. Werke in 20 Bänden, 1970, §§ 35 e 36.

for official actions, and a host of other questions of co-existence between nations can be determined.”⁹² Reforçando essa característica, os Tratados de Paz de Vestefália (Osnabrück e Münster) consagraram o princípio da igualdade soberana entre os estados. Daí falarmos em soberania interna absoluta (porque a maneira como os estados se relacionavam com seus súditos escapava ao regulamento do direito internacional) e soberania externa exclusiva (porque o estado se relacionava com os outros estados sem reconhecê-los como iguais sujeitos de direito. Por isso a guerra era a forma natural dos estados se relacionarem. Nas palavras de Kant “os povos civilizados, em relação uns aos outros, estão num estado de natureza bruto (um estado no qual a organização guerreira é permanente) bem decididos a nunca dela sair”⁹³. Essa perversidade manifesta-se permanentemente pelo fato de que não existe uma legislação comum ou um poder político superior com força suficiente para por fim aos atos recíprocos de violência⁹⁴. É o chamado realismo nas relações internacionais. Com a Carta da ONU, esse paradigma começou a se inverter. O direito internacional dos direitos humanos emergiu como um direito que protegia a pessoa do seu estado. Era (e é) uma defesa, um sistema de proteção, erigido contra o estado, que não pode tudo quando atua em relação aos outros estados ou em relação aos seus súditos. Inúmeros foram os conceitos elaborados pela comunidade internacional para a contenção do voluntarismo nas relações internacionais, como o de costume internacional⁹⁵, obrigação *erga omnes*⁹⁶, normas de *ius cogens*⁹⁷, “*community obligations*”⁹⁸, e responsabilidade internacional⁹⁹. Além disso, costuma-

⁹²FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. London, 1964, p. 213.

⁹³KANT, Immanuel. *A religião dentro dos limites da simples razão*. Tomo VI. Preußischen Akademie der Wissenschaften herausgegebenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften. Berlim, 1902, p. 34. (tradução minha)

⁹⁴KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Tomo VIII. Preußischen Akademie der Wissenschaften herausgegebenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften. Berlim, 1902, p. 375. (tradução minha)

⁹⁵MERON, Theodor. *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary International Law*. Clarendon Press: Oxford, 1989.

⁹⁶KOLLER, Peter. “Der Geltungsbereich der Menschenrechte.” In: *Philosophie der Menschenrechte*. Stefan Gosepath; Georg Lohmann. 1998, pp. 96, 100-101; *Caso Barcelona Traction* (segunda fase). ICJ Reports, 1970, §§ 33 e 34.

⁹⁷CASSESE, Antonio. “A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights.” In: *Realizing Utopia. The Future of International Law*. Antonio Cassese. Oxford University Press, 2012, p. 136: “Such rules are gradually constituting the constitutional principles of the world society”.

⁹⁸CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. Oxford University Press, 2005, pp. 16, 262-263 e 269: Essas seriam obrigações que protegem valores fundamentais; sendo oponíveis contra todos os estados membros da comunidade internacional; associados a direitos correlativos que pertencem a qualquer estado (“community rights”); e que pode ser exercido por qualquer deles enquanto sujeito da comunidade internacional, mesmo que não tenha sido material ou moralmente injuriado pela violação, em favor da comunidade internacional como um todo. É o que Francisco de Vitória chamava de

se dizer que a “*international bill of rights*” promoveu a alteração do núcleo axiológico do direito internacional: o valor supremo deixa de ser o estado, e passa a ser o homem¹⁰⁰.

Em razão disso, utilizamos a expressão “direito intergentes”¹⁰¹ quando nos referimos ao direito internacional dos direitos humanos, e quer-se com isso indicar a autonomia adquirida pelo ser-humano enquanto sujeito de direito internacional. Empregamos pois, tal denominação, para ressaltar os direitos e obrigações que emergem diretamente das relações internacionais quanto às pessoas, sem intermediação dos estados. O direito das gentes descrito por Kant em “Para a paz perpétua”, 1795, era representado pela expressão “*Völkerrecht*” [regulava a relação entre os estados ou povos¹⁰²], como categoria normativa que deveria ser somada ao “*Staatsbürgerrecht*” [direito que regulamentava as relações entre cidadãos dum mesmo estado] e o “*Weltbürgerrecht*” [direito que regulamentava a relação entre estados e os indivíduos pertencentes a esses estados]. Posteriormente, Kant substituiu o prefixo “*Völker*”, ou gentes, para dissociar o conceito da ideia de comunidade de sangue ou etnia, substituindo-o por “*Staat*”, ou estado. O “*Staatenrecht*” designava o direito dos estados nas suas relações com os outros estados: “é esse direito que leva um Estado, considerado como pessoa, a estar em relação com outro num estado de liberdade natural”¹⁰³. A ideia de direito

“*bonum commune totius orbis*”; BAEHR, Peter R. “Foreign Policy Actors and Human Rights.” In: *Human Rights in the Polder. Human Rights and Security in the Public and Private Sphere*. Ineke Boerefijn; Jenny Goldschmidt. Antwerpen – Oxford: Intersentia, 2007, p. 142: aduz que o conceito de comunidade internacional é vago e utilizado para justificar atividades militares, e que deveria ser banido de sérias discussões acadêmicas.

⁹⁹BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 17ª ed. Oxford University Press, 2008, capítulos 21 e 22.

¹⁰⁰MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional. Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. 3ªed. Coimbra Editora, 2006, pp. 364-365; Opinião que não é isenta de críticas por vozes respeitáveis. Veja-se: NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Basic Books, 1974, pp. 35 e ss.; SINGER, Peter. *Animal Liberation*. 2 ed. London, 1990.

¹⁰¹O conceito de *jus gentium* tem sua origem associada ao direito privado romano. Os romanos distinguiam o *jus civile* [regras de direito comum aplicáveis aos cidadãos romanos] do *jus gentium* [regras aplicáveis às relações jurídicas dos estrangeiros em Roma, e compreendia também as regras de direito comum a todos os povos]. Vide: LOMBARDI, Gabrio. *Sul Concetto di “Ius Gentium”*. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1947, pp. 3-390; CLARK, H. C. *Jus Gentium – Its Origin and History*. 14 Illinois Law Review, 1919, pp. 243-265 e 341-355. A partir do século XVI, passou a ser associado à humanidade como um todo, conforme GUGGENHEIM, Paul. *Contribution à l’histoire des sources du droit des gens*. 94 RCADI, 1958, pp. 21-23 e 25; MIELE, A. *La Comunità Internazionale*. Vol 1, 3ª ed. Torino: Giappichelli, 2000, pp. 75-80 e 89.

¹⁰²KANT, Immanuel. *Antropologia do ponto de vista pragmático*. Tomo VII. Preußischen Akademie der Wissenschaften herausgegebenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften. Berlim, 1902, p. 311. (tradução minha)

¹⁰³KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tomo VI. Preußischen Akademie der

das gentes é em si uma tentativa de instaurar uma obrigação de civilidade nas relações entre os estados. A insociabilidade presente nas relações entre os estados é a mesma que existe nas relações entre os indivíduos e, analogamente, deve conduzir-se a passagem de um estado de liberdade natural para um estado jurídico através da formulação duma constituição pública, onde os estados associam-se numa “força unida”, cuja forma seria uma sociedade das nações (*Völkerbund*), construindo uma situação cosmopolita de segurança pública dos estados¹⁰⁴, uma federação dos povos e não um estado universal (*Völkerstaat*), já que qualquer soberano recusaria um poder que lhe fosse superior, pois a majestade de cada estado está precisamente em não depender de nenhuma força legal externa¹⁰⁵. Essa relação de simetria entre os estados, que não dissolverá as respectivas soberanias como uma condição de manutenção de sua substância, que não transformará os estados em partículas que acidentalmente se reúnem para a formação de um estado mundial, conduzirá a constituição de um direito das gentes cooperativo. A relação entre os estados deverá, pois, segundo Kant, ser de cooperação, e não de subordinação, como ocorreria na fusão dos povos num só estado. Assim, a federação seria um dever absoluto imposto pela própria razão: “aliança pacífica (*foedus pacificum*)”¹⁰⁶, condição necessária para construir um direito das gentes plenamente jurídico. Outros filósofos que ofereceram contribuições teóricas fundamentais para a construção da ideia de um direito entre nações já defendiam a existência de um “*ius gentium*” a vincular mais os povos que os estados [ente artificial], como Alberico Gentili¹⁰⁷ e Hugo Grocio¹⁰⁸.

No período histórico realista a que nos referíamos, o direito internacional excluiu o ser humano de seu âmbito de proteção no que tangia a

Wissenschaften herausgegebenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften. Berlin, 1902, p. 343; Para a paz perpétua. VIII, p. 354. (tradução minha)

¹⁰⁴KANT, Immanuel. *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. Tomo VIII. Preußischen Akademie der Wissenschaften herausgegebenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften. Berlin, 1902, pp. 24-26. (tradução minha)

¹⁰⁵KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Tomo VIII. Preußischen Akademie der Wissenschaften herausgegebenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften. Berlin, 1902, p. 354. (tradução minha)

¹⁰⁶Ibid., p. 356.

¹⁰⁷GENTILI, Alberico. *De iure belli libri tres* [1588]. Clarendon Press, Oxford, 1933, p. 13: “Imo ut rectio civitatis et legis latio est penes civitatis partem maiorem; ita orbis rectio est penes congregationem maioris partis orbis”.

¹⁰⁸GROCIO, Hugo. *De iure belli ac pacis libri tres* [1625]. Sijthoff, Luguni Batavorum, 1919, p. 10: “si nulla est communitas quae sine iure conservari possit, quod memorabili latronum exemplo probabat Aristoteles, certe et illa quae genus humanum aut populos complures inter se colligat, iure indiget”.

eficácia direta de suas disposições normativas. O indivíduo era considerado sujeito de direito internacional apenas quando o estado avocava seu problema e litigava em face da comunidade internacional para tutelar “um bem” de sua propriedade através da proteção diplomática ou através da proteção judicial perante um tribunal arbitral ou corte internacional. A tutela era uma questão afetada em favor da cláusula de reserva de soberania estadual¹⁰⁹. Noutras palavras, apenas quando o estado encampava uma reclamação individual poderia ela ser submetida ao fórum internacional. Politis lecionava que o estado soberano era, para seus súditos, uma gaiola de ferro, de modo que estes só poderiam se comunicar com o exterior através das estreitas fendas. Sob a pressão das necessidades da vida, as fendas foram progressivamente se alargando¹¹⁰. Nas palavras de Cassese, “beyond national boundaries individuals could only be taken into consideration qua *citizens* of a foreign State (...) individuals were mere ‘appendices’ of the State to which they belonged”¹¹¹.

O direito internacional dos direitos humanos arranca da compreensão dos seres humanos como igualmente dignos de consideração e respeito, reconhecendo sua personalidade jurídica internacional para ser titular de direitos pela sua condição de homem-pessoa, e não de homem-cidadão (art. 1, DUDH). O respeito pelos direitos humanos tornou-se um princípio geral do direito internacional em todos seus setores normativos, impondo aos estados a obrigação de se abster de sérias e repetidas violações de direitos básicos¹¹². Baseia-se em valores universalmente aceites pelas Nações Unidas como elementos de uma ética globalizada. É bem verdade que os primeiros passos para a humanização do direito internacional não foram tomados pelo direito internacional dos direitos humanos. Já na época do direito internacional clássico [realista] encontramos alguns antecedentes da autonomia da personalidade jurídica internacional do homem. Nesse sentido, muitos tratados que proibiam a escravidão e o tráfico de escravos foram firmados no século XIX, assim como os primeiros tratados internacionais

¹⁰⁹BUCHANAN, Allen; GOLOVE, David. “Philosophy of International Law.” In: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Jules Coleman; Scott Shapiro. Oxford, 1999, pp. 888 e ss.

¹¹⁰POLITIS, Nicolas. *Les Nouvelles Tendances du Droit International*. Librairie Hachette, 1927, pp. 91-92.

¹¹¹CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. Oxford University Press, 2005, p. 376.

¹¹²CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. Oxford University Press, 2005, p. 59; a p. 380: “The present stage, which opened with the end of the cold war, has as its main feature the disappearance of three markedly differentiated groupings of States and the emergence of broad consensus on the need to consider respect for human rights a *sine qua non* for full international legitimation”.

sobre direito internacional humanitário, e a proteção dos direitos dos trabalhadores, inaugurada pelo direito internacional no século XX, com a Organização Internacional do Trabalho¹¹³. Uma preocupação com os direitos de certos grupos vulneráveis, como os indígenas, mulheres, crianças e enfermos já podia ser observada no Pacto da Sociedade das Nações (artigo 23). A liga estabeleceu, em 1921, uma organização para refugiados, precursora do Alto-Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Em termos genéricos, a liberdade de consciência e religião assim como a vedação ao tráfico de escravos foram previstas no artigo 22 (5). A Declaração Internacional dos Direitos do Homem, adotada pelo Instituto de Direito Internacional em 1929, inseria o indivíduo na órbita do direito internacional na condição de sujeito autônomo. No fundo todos esses fragmentos buscavam reconhecer direitos dos indivíduos enquanto seres humanos e inserir sua tutela no rol de atribuições do direito internacional embora não constituísse uma preocupação geral e sistemática. Muitas regras de direito internacional são endereçadas hoje, diretamente, aos indivíduos, sem a intermediação dos respectivos sistemas normativos nacionais no qual estão inseridos. Tais regras estabelecem obrigações [v.g. responsabilidade por crimes de guerra e pirataria internacional] e direitos [v.g. direito de petição à órgãos internacionais] que impendem subjetivamente sobre os indivíduos independentemente de qualquer providência do sistema normativo interno.¹¹⁴

O projeto de uma ética mundial fundado por Klaus Kung baseia-se na partilha de valores centrais comuns a todas as principais doutrinas religiosas. A ética da responsabilidade, de Hans Jonas, e a ética global de suporte aos direitos humanos, de George Ulrich, apenas ilustram os últimos desenvolvimentos intelectuais preocupados em legitimar a compreensão dos direitos humanos acima de interesses “partidários”. “Il termine umanizzazione (...) si intende ricollegarsi all’ottica degli *iura humanitatis* come fattore costitutivo dell’umanità che attribuisce a

¹¹³Vide: GHANDHI, P. R. *The Universal Declaration of Human Rights at Fifty Years: Its Origins, Significance and Impact*. German Yearbook of International Law. Vol 41, 1998, pp. 210-220.

¹¹⁴CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. Oxford University Press, 2005, p. 237: “Whereas in the old international community international law and national legal systems made up two distinct spheres of law, there has been an increasing tendency, since at least the First World War, for many international rules to operate everywhere in the world immediately, that is, to penetrate and directly affect individuals living under national systems of law”.

ciascuno uno *status mundialis hominis* di «cittadinanza del mondo»¹¹⁵. A humanização do direito internacional golpeou mesmo sua estrutura ôntica: “international law is no longer *jus inter potestates* (a law governing only relations among sovereign entities). It also embraces individuals, by directly legitimizing, or issuing commands to, them. (...) it is gradually heading towards a *civitas maxima* (a human commonwealth encompassing individuals, States, and other aggregates cutting across the boundaries of States)”¹¹⁶.

A universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, a propósito, foram reiteradas na Conferência de Direitos Humanos de Teerã¹¹⁷, em 1968, e na Conferência de Direitos Humanos de Viena¹¹⁸, em 1993. O artigo 13 da primeira conferência afirmou a indivisibilidade entre direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, dispositivo repetido e reforçado pelo artigo 6º da segunda conferência, que dispõe que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados, e devem ser tratados de forma global, justa e equitativa. “*All human rights for all*” foi o slogan da *Vienna World Conference on Human Rights*.

A liberdade de opinião e de expressão é um dos mais elementares direitos civis e políticos, tutelado por todos os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos¹¹⁹, desde os Tratados de Paz de Vestefália, onde a

¹¹⁵PENEBIANCO, Mario. *Iura humanitatis: diritti umane e “nuovi” diritti fondamentali*. Revista Internazionale dei diritti dell’uomo. Ano XIV, 2001, p. 144.

¹¹⁶CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. Oxford University Press, 2005, p. 217; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 17 e 91 ; a p. 105: “l’être humain est sujet des droits et non simplement objet de protection, et ses droits lui son inhérents, et, par définition, antérieurs et supérieurs à l’État.”; for fim, o capítulo VI, pp. 129-142 : “La consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del ser humano en la agenda de los derechos humanos del siglo XXI”; LAGHMANI, S. *Histoire du droit des gens – du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*. Paris: Pédone, 2003, pp. 90-94; REMEC, P. P. *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*. The Hague: Nijhoff, 1960, pp. 221 e 243.

¹¹⁷Final Act of the International Conference on Human Rights, A/CONF.32/41, 1968.

¹¹⁸Vienna Declaration and Programme of Action. Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna. A/CONF.157/23, 1993.

¹¹⁹Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 19); Convenção Europeia de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais (art. 10); Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (art. IV); Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13) e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (art. 9). O artigo 13 da Convenção Americana confere à liberdade de expressão tutela mais ampla que os outros instrumentos normativos internacionais, porque proíbe expressamente a censura prévia. Esse mecanismo de controle restringe o direito das outras pessoas de tomar conhecimento das ideias de terceiros, de modo que a violação aqui alcança além do emissor da mensagem. Além disso, veda a restrição indireta da comunicação e da circulação de ideias e de opiniões. Desse modo, quando

liberdade religiosa e de culto aparece como protagonista. Nos termos do art. 19, DUDH, “*Todo indivíduo tem direito a liberdade de opinião e de expressão, o que implica no direito de não ser inquietado por suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteira, informações e ideias por qualquer meio de expressão*”. Sua estruturação teórica deu-se primordialmente através da luta pela liberdade pessoal nos séculos XVIII e XIX nos Estados Unidos e Europa. O filósofo britânico John Stuart Mill chamava a liberdade de expressão de “one of the securities against corrupt and tyrannic government” (*On Liberty*, 1859), o que a tornava instrumento elementar dos sistemas democráticos, pois assegura a todos os seres humanos, independentemente do vínculo jurídico-político que tem com o estado, liberdade de pensamento e crítica em relação ao governo. Em mensagem ao Congresso em 6 de Janeiro de 1941, Roosevelt declarou que a liberdade de discurso e de expressão seria uma das quatro liberdades sobre as quais se basearia o futuro da nova ordem mundial após a Segunda Guerra Mundial: “in the future days, which we seek to make secure, we look forward to a world founded upon four essential human freedoms. The first is freedom of speech and expression (...)”¹²⁰. O acesso a ela, e a livre circulação de informação para além das margens fronteiriças, seria o maior elemento de uma sociedade aberta e cosmopolita.

3.2 Regime jurídico-internacional de tutela

A variedade de instrumentos normativos internacionais que tratam da tutela desse direito intergentes não é acompanhada de muitos instrumentos efetivos para assegurar, no plano político ou jurisdicional internacional, sua implementação e

comparamos a Convenção Americana com a Convenção Europeia, com a Carta Africana e com o Pacto, concluímos que o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos confere ao direito de liberdade de expressão uma proteção normativa mais ampla, redutora das possibilidades de restrição à livre circulação das ideias, em relação ao sistema africano, sistema europeu, e sistema global de proteção aos direitos humanos. A Corte Interamericana, a propósito, já se manifestou expressamente quanto ao mais alargado âmbito de proteção da liberdade de expressão no sistema interamericano, na OC 5-85, § 50 “(...) La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”.

¹²⁰US Congress. *Hearings Documents*, 77th Congress, 1st Session.

a de seus direitos componentes. Mas o que não depende de previsão nos tratados supramencionados é a obrigação do estado de incorporar a liberdade de expressão na sua legislação doméstica e providenciar remédios para tutelá-la em caso de alegada violação. Isso porque a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, aduz que os tratados celebrados devem ser cumpridos de boa-fé, assegurando a proteção da confiança e segurança nas relações internacionais, e que as disposições de direito interno não excluem a responsabilidade por incumprimento do tratado¹²¹. Desse modo, os estados não podem libertar-se das obrigações assumidas em qualquer momento (“*pactum de contrahendo*”). A boa-fé ainda impõe aos estados-partes a obrigação de não retardar a assinatura ou entrada em vigor do tratado ao qual tenha manifestado adesão (“*non venire contra factum proprium*”) (artigos 26 e 27). A antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, órgão jurisdicional que precedeu a Corte Internacional de Justiça enquanto órgão da Liga das Nações, já havia afirmado tal obrigação dos estados em 1925, na “advisory opinion” *Exchange of Greek and Turkish Populations*¹²², ao aduzir que “a principle which is self-evident, according to which a state which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfilment of the obligations undertaken”, assim como no caso *Certain German Interests*¹²³, ao aduzir que as leis internas são um mero fato estatal em relação às obrigações internacionais dos estados: “From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of states, in the same manner as do legal decisions or administrative measures”. O incumprimento voluntário da obrigação internacionalmente assumida sujeita o estado à responsabilidade de acordo com o mecanismo de supervisão do respectivo tratado, que normalmente compreende a exortação, recomendação, censura política e moral,

¹²¹BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 17^a ed. Oxford University Press, 2008, p. 35.

¹²²*Exchange of Greek and Turkish Populations*, Advisory Opinion, 1925 PCIJ (ser. B) n^o 10, p. 20.

¹²³*Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Germany v Poland), (Merits), 1926 PCIJ (ser. A) n^o 7, p. 19; posição também consolidada nos casos: *Greco-Bulgarian Communities*, Advisory Opinion, 1930 PCIJ (ser. B), n^o 17, p. 32: “it is a generally accepted principle of international law that in the relations between Powers who are contracting Parties to a treaty, the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty”; *Polish Nationals in Danzig*, 1931 PCIJ (ser. A/B) n^o 44, p. 24: “a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force.”; *Free Zones*, 1932 PCIJ (ser. A/B) n^o 46, p. 167: “it is certain that France cannot rely on her own legislation to limit the scope of her international obligations”.

independentemente do órgão do estado que tenha praticado o ato, segundo aduziu a CIJ na opinião consultiva sobre *Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*: “according to a well-established rule of international law [of a customary character] the conduct of any organ of a State must be regarded as an act of that State”¹²⁴.

O direito de liberdade de expressão pode ser fundado na constituição interna, seja ela um documento singular ou parte de um catálogo de direitos humanos e liberdades fundamentais nos países que adotam o conceito de bloco de constitucionalidade. Mas os *standards* mínimos em relação ao conteúdo do direito de liberdade de expressão derivam de obrigações internacionais assumidas perante o sistema universal e regional de proteção aos direitos humanos¹²⁵, considerando que a adesão a um acordo internacional de qualquer natureza implica, ao menos hipoteticamente, numa partilha de soberania quanto ao assunto objeto do tratado, devendo ser objetivamente sublinhado que o objeto deixa de ser afetado à uma cláusula de reserva de soberania.

Cada estado, mesmo antes de ingressar no tratado, tem uma pré-compreensão sobre uma série de coisas, e tende a fazer prevalecer sua compreensão sobre a dos outros estados-partes, numa postura soberanista. Imagine-se um tratado com 130 estados-partes: nos tratados multilaterais universais, e mesmo nos regionais, seria impossível um consenso sobre o sentido de algumas enunciações, como “liberdade de expressão”, “soberania” e “segurança jurídica”. Daí que esses tratados, para que haja uniformidade de aplicação e interpretação, criam um órgão oficial para aplicá-lo. Haverá, portanto, por parte dos estados, o dever de

¹²⁴*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, 1999 CIJ, § 62.

¹²⁵Artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados; Artigos 3 e 32 dos Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (Annex of United Nations Doc A/Res/56/83, de 28 de janeiro de 2002): A caracterização de um ato de um Estado como internacionalmente ilícito é regida pelo direito internacional, e não é afetada pela caracterização do mesmo ato como legal pelo direito interno. Além disso, o Estado não pode invocar disposições de direito interno para justificar o não cumprimento de suas obrigações. Princípio também consagrado no artigo 35 dos Draft Articles of the ILC on the Responsibility of International Organizations, United Nations Doc A/CN.4/L.270, de 2007. A Corte Interamericana de Direitos Humanos também já se manifestou nesse sentido em inúmeras ocasiões. A título ilustrativo, *Caso Olmedo Bustos y otros*, § 72: La responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste que violen la Convención Americana, independientemente de su jerarquía, es decir, todo acto u omisión imputable al Estado en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. Veja-se, ainda: *Caso Palamara Iribarne*, §§ 74 e 88; *Caso Ricardo Canese*, §§ 105 e 106; *Caso Herrera Ulloa*, §§ 132 e 133; *Caso Ivcher Bronstein*, §§ 158-160, 162 e 163.

acompanhar a interpretação desse órgão oficial. Se não acompanha, o estado pode ser internacionalmente responsabilizado por violação do direito internacional. Por isso, quando quisermos saber a interpretação “autêntica” (oficial) devemos nos atentar para os trabalhos da comissão, comitê e das cortes, pouco importa a opinião da doutrina nacional ou do STF. Os órgãos jurisdicionais nacionais devem contribuir para o fortalecimento das obrigações internacionais auxiliando, desse modo, na elucidação do conteúdo normativo e credenciando democraticamente o desenvolvimento de tal preceito, numa postura cooperativa e internacionalmente responsável, pois “a State has a right to delegate to its judicial department the application and interpretation of treaties. If, however, the courts commit errors in that task or decline to give effect to the treaty or are unable to do so because the necessary change in, or addition to, the national law has not been made, their judgments involve the State in a breach of treaty”¹²⁶.

A não internalização das externalidades jurisdicionais e normativas configuraria: a) “erro” das cortes constitucionais no processo de desenvolvimento das normas transnacionais nas quais outras nações tomam parte; b) precedente de violação do direito internacional que poderia ser assimilado por outro Estado através do transjudicialismo¹²⁷, com base no princípio da igualdade soberana; c) não cumprimento, no âmbito do exercício dos poderes legislativo e executivo, que levaria ao simétrico descumprimento por outras partes contratantes com base no princípio da reciprocidade, normalmente consagrado como cláusula de salvaguarda em relação aos acordos internacionais, a nível constitucional, ou no corpo do acordo celebrado, com fundamento no artigo 60 da CVDT. A internalização, por outro lado, fomentaria o processo de integração e aumentaria a legitimidade das normas: a resposta sobre a legitimidade das normas internacionais não deve ser procurada na constituição ou em regras de competência, deve tomar uma direção “*epistemic*”. “Legitimacy is a political and cultural concept, less the result of logical deduction and more the product of practice and narrative – that is, it is reflection upon experience.” Narrativa que poderia fundamentar-se na a) utilidade das normas transnacionais; b) frequência da interação; c) participação do país no processo de desenvolvimento da

¹²⁶McNAIR, Arnold Duncan. *The Law of Treaties*. Clarendon Press, 1961, p. 346.

¹²⁷ALEINIKOFF, T. Alexander. *Transnational Spaces: Norms and Legitimacy*. The Yale Journal of International Law. Vol. 33, nº 2, 2008, p. 488.

norma;¹²⁸ d) confiança das partes, que trabalham para o sucesso comum.¹²⁹

Os estados-partes nos tratados de direito internacional de direitos humanos têm dever de internalizar as disposições vinculando os tribunais internos e todas as autoridades públicas ao respeito a seu conteúdo. Com a alteração do paradigma axiológico do direito internacional, todos os indivíduos sob jurisdição do estado-parte podem invocar as disposições do tratado no âmbito interno, bem como os *hard cases* solucionados pelo órgão que primariamente tem a tarefa de tutelar suas disposições. Além disso, as autoridades domésticas devem dar preferência aplicativa às disposições do direito internacional em caso de conflito interpretativo com jurisprudência consolidada internamente, porque o julgamento das cortes internacionais (TEDH, TIDH, CIJ) explicam e interpretam o texto da convenção internacional que aplicam. Desse modo, mesmo os países do *common law* devem considerar os precedentes e *leading cases* julgados pelos tribunais internacionais, evadindo-se assim da responsabilidade internacional por ignorá-los. A responsabilidade pela implementação das obrigações internacionais impende sobre os estados, de modo que os tribunais internacionais apenas revisam o que adequadamente ou inadequadamente foi aplicado pelo estado. Assim, a cláusula de reserva de soberania ou margem de apreciação caminha paralelamente com a supervisão realizada pelos tribunais internacionais. Isso porque, conforme já se manifestou a CIJ no caso *Peace Treaties*¹³⁰, a interpretação dos termos de um tratado não pode ser considerada essencialmente como uma questão de jurisdição interna do estado, sendo, por conseguinte, uma questão de direito internacional. Assim, a matéria regulada por um tratado deixa de pertencer ao âmbito de reserva de soberania do estado. Obviamente, a responsabilidade internacional impende

¹²⁸BENVENISTI, Eyal. *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*. Tel Aviv University Law Faculty Papers, Paper 59, 2008; BENVENISTI, Eyal e DOWNS, George W. *National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law*. The European Journal of International Law. Vol. 20, nº 1, 2009, p. 68: Aduzem que o envolvimento dos tribunais nacionais com o direito internacional pode fortalecer a soberania nacional e funcionar como um contrapeso às instituições internacionais. “The serious application of international law on the part of national courts has also signaled to international courts that they regard themselves as equal partners in the transnational law-making process and will no longer passively accept the decisions of international tribunals. (...) In this sense, assertive national courts invoking international law can effectively limit the autonomy of the international tribunals and initiate an informal bargaining process in which they, their legislatures, and their respective civil societies are relatively equal partners.”

¹²⁹Reproduzo ipisis litteris ponderações anteriormente formuladas em: SILVA, Caíque Tomaz Leite da. *Ensaio Sobre a Possibilidade Jurídica da Guarda Alternada*. Revista dos Tribunais, ano 102, vol. 930, 2013, p. 70.

¹³⁰*Peace Treaties*, ICJ Reports, 1950, pp. 65-71.

sobre os estados que, em suas prescrições normativas e exequibilidades jurisprudenciais estabeleçam parâmetros inferiores quanto a tutela dos direitos fundamentais que as estabelecidas pelos órgãos judiciais e quase-judiciais internacionais. Evidentemente que se o estado particularmente considerado apresenta, por uma série de circunstâncias factuais, condição de ampliar o âmbito de proteção (*Tatbestand*) dos direitos em causa, estará cumprindo a obrigação internacional¹³¹.

Certo, portanto, da responsabilidade internacional por violação de obrigação internacional, o estado deve adotar medidas internas destinadas a regulamentar o exercício do direito de liberdade de expressão. Todas as restrições eventualmente estabelecidas devem estar de acordo com o direito internacional (constitucional externo) e com o direito constitucional (interno). É corrente o estabelecimento de órgãos nacionais de monitoramento para regular a imprensa e a mídia eletrônica, que devem ser compostos de técnicos e representantes da sociedade civil. O estado pode condicionar o exercício à concessão de licença, para estimular a qualidade da informação e a competitividade, mas não ter por base qualquer critério discriminatório. No âmbito do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o controle da implementação das obrigações pelos estados é realizado através de relatórios quinquenais, apresentados pelos estados ao *Human Rights Committee* da ONU. Além do sistema de relatórios, a Organização das Nações Unidas tem, desde 1993, um Relator Especial para Promoção e Proteção da Liberdade de Opinião e Expressão¹³², que informa ao Conselho de Direitos Humanos sobre a situação da liberdade de expressão ao redor do mundo.

Assim, a obrigação de respeitar a liberdade de expressão é obrigatória a todos os estados-partes como um todo. Todas as violações realizadas por poderes do estado ou qualquer outra autoridade pública ou governamental, seja em “nível” nacional, regional ou local, suscita a responsabilidade do estado-parte. A obrigação internacionalmente assumida também exige que o estado assegure a liberdade de expressão em face de qualquer comportamento de entidades ou pessoas privadas destinados a impedir o gozo da liberdade de opinião e de expressão. A efetivação do direito internacionalmente assegurado exige comportamento positivo dos estados

¹³¹DECAUX, Emmanuel. *Droit International Public*. Paris, 1997, p. 120; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol IV. Coimbra, 2000, pp. 299 e ss.

¹³²Resolução 1993/45, de 5 de março de 1993.

em suas legislações domésticas. Nos relatórios submetidos ao Comitê, nos termos do artigo 40, os estados devem apontar quais instrumentos normativos, institucionais (políticos) e jurisdicionais são mobilizados para a proteção do direito consagrado no artigo 19.¹³³

Nos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos é possível a apresentação de reclamações individuais às comissões respectivas, as quais podem tomar conclusões e fazer recomendações. As cortes podem tomar decisões obrigando os estados e determinando o pagamento de indenização ou restituição *in natura*, quando possível, conforme detalharemos a seguir.

4 SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

4.1 Carta da ONU

A Carta da ONU, de 1945, estabeleceu uma coexistência pacífica entre os estados, fundada no respeito de suas vontades soberanas que detinham exclusividade na deliberação sobre assuntos econômicos, políticos e culturais, decorrência da exigência de respeito ao princípio da autodeterminação dos povos. Desse modo, a Carta considerou ilícita qualquer intervenção da ONU ou dos outros estados no aspecto de reserva absoluta de soberania, impermeável, até então, a valores jurídicos que excedessem o direcionamento estatal absolutamente livre (art. 2º). Os objetivos da ONU foram elencados no artigo 1º da Carta: manter a paz e a segurança internacionais; desenvolver relações de amizade entre nações com base na igualdade de direito e autodeterminação dos povos; resolver problemas internacionais, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem, através de cooperação internacional. Apesar da referência aos direitos do homem (preâmbulo, arts. 1, 13, 55, 56, 62, 68 e 76), o protagonismo no cenário internacional continuou a restringir-se aos estados, pois a Carta não assegurou direitos oponíveis pelos indivíduos contra os estados, embora estabelecesse obrigações

¹³³Human Rights Committee, *general comment n° 34*, julho de 2011, §§ 7º e 8º.

imediatamente exequíveis contra os estados em sede de direitos humanos, nos termos dos artigos 55 e 56¹³⁴. Cassese, entretanto, aduz que a Carta não estabelece uma específica obrigação de agir singular para promoção e proteção dos direitos humanos (art. 56); o direito à autodeterminação dos povos foi proclamado apenas como um princípio guia para a ONU (arts. 1º e 6º); o poder da Assembleia Geral em sede de direitos humanos era muito fraco, limitando-se à recomendações e condução de estudos, limitados, ainda, pelo artigo 2.7; os direitos humanos foram teorizados não como um fim em si, mas como um meio para a manutenção da paz e segurança internacionais¹³⁵.

Mesmo considerando que os direitos humanos constituíam mais um “objetivo-meio” que um “objetivo-fim”, era possível uma intervenção da organização

¹³⁴ISA, Felipe Gómez. “La protección internacional de los derechos humanos.” In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Felipe Gómez Isa; José Manuel Perez. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004, p. 38; No mesmo sentido: HUMPHREY, John Peters. “The UN Charter and the Universal Declaration of Human Rights.” In: *The International Protection of Human Rights*. Evan Luard. London, 1967, p. 42; GOODRICH, Leland M.; HAMBRO, Edvard; SIMONS, Anne Patricia. *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*. 3ª ed. New York, 1969, p. 381; JESSUP, Philip G. *A Modern Law of Nations: An Introduction*. New York, 1948, p. 91: “is already the law, at least for Members of the United Nations, that respect for human dignity and fundamental human rights is obligatory. The duty is imposed by the Charter, a treaty to which they are parties.”; WRIGHT, Quincy. *National Courts and Human Rights. The Fuji Case*. AJIL, vol. 45, 1951, pp. 62-73: discorre sobre a imposição, do artigo 55, à proteção dos direitos humanos internamente; NEWMAN, Frank C. *Interpreting the Human Rights Clauses of the Charter*. HRJ, vol. 5, 1972, p. 283: “because of the UN Charter and its human rights clauses, every nation has obligations not to violate human rights”; SOHN, Louis B. *The Human Rights Law of the Charter*. Texas International Law Journal, vol. 12, 1977, p. 131: “The Charter is the cornerstone of international *jus cogens*, and its provisions prevail over all other international and domestic legislative acts. Should a state conclude a treaty or issue a legislative act or regulation which constitutes a gross violation of human rights, such a treaty or act would be clearly invalid as contrary to a basic and overriding norm of the Charter, and any tribunal, international or domestic, which might be asked to apply such a treaty, act or regulation, should refuse to do so.”; LAUTERPACHT, Hersch. *International Law and Human Rights*. New York: F. E. Praeger, 1950, chapter 9: “For the provisions of the Charter on the subject figure prominently in the statement of the Purpose of the United Nations. Members of the United Nations are under a legal obligation to act in accordance with these Purposes. It is their legal duty to respect and observe fundamental human rights and freedoms”. Ao longo do capítulo 9, o autor defende que esse dever é extraído dos artigos 13, que autoriza que a Assembleia Geral faça recomendações para a implementação de direitos humanos; 55, que exige respeito pelos direitos humanos; e 56, onde os estados se obrigaram a realizar ações, em conjunto ou separadamente, em cooperação com a ONU, para alcançar os propósitos do artigo 55. Assim, a Carta é um passo revolucionário em relação ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do direito internacional; Em sentido contrário: HUDSON, M. *Integrity of International Instruments*. AJIL, vol. 42, 1948, pp. 105-107: “Charter is limited to setting out a programme of action for the Organization of the United Nations to pursue, in which the Members are pledge to co-operate”; KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations*. London, 1950, p. 29: “the Charter does not impose upon the Members a strict obligation to grant to their subjects the rights and freedoms mentioned in the Preamble or in the text of the Charter.”; HENKIN, Louis. *The United Nations and Human Rights*. International Organization, vol. 19, 1965, p. 504: “hortatory phrases”; MOSKOVITZ, Moses. *Human Rights and World Order. The Struggle for Human Rights*. New York, 1958, p. 31: aduz que a Carta não é fonte de obrigações sobre direitos humanos.

¹³⁵CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. Oxford University Press, 2005, p. 379.

internacional em atividades dos estados soberanos através de discussões públicas nos órgãos da organização, da adoção de resoluções, de solicitações para a interrupção de comportamentos que violassem os direitos humanos, recomendações aos estados-membros e mesmo adoção de sanções contra o estado delinquente, antes da ampliação do network de tratados internacionais que tinham os direitos humanos como objeto e objetivo, o que passou a legitimar a intervenção em face de sérias violações aos direitos humanos independentemente de qualquer ameaça à paz e à segurança internacionais, pois, conforme aduzem Marie e Questiaux¹³⁶, o artigo 2.7 da Carta é uma disposição de geometria evolutiva, que fez com que os direitos humanos escapassem progressivamente do domínio reservado dos estados convertendo-se em matéria de interesse internacional. Humphrey, por sua vez, aduz que as investigações e recomendações aos estados-membros realizadas pela Assembleia, em relação à aplicação dos propósitos da organização, na visão majoritária dos estados, não constituíam uma intervenção nos termos do artigo 2.7 da Carta¹³⁷.

Entretanto, o ideal de promulgação de uma “*international bill of rights*” pode ser considerado implícito na Carta, como atividade a ser desenvolvida pela ONU.¹³⁸ Assim, a comissão preparatória da ONU recomendou, logo após o encerramento da Conferência de São Francisco, que o Conselho Econômico e Social deveria, em sua primeira sessão, estabelecer uma comissão para promoção dos direitos humanos, nos termos do artigo 68 da Carta. A comissão foi estabelecida em 1946. Na primeira sessão de 1947, autorizou seus escritórios a formular um projeto de “carta de direitos humanos”¹³⁹. A comissão revisou o projeto da declaração na terceira sessão de 1948 (maio/junho), levando em consideração comentários recebidos dos estados. A declaração foi submetida, através do Conselho Econômico e Social, à Assembleia Geral, que, através da Resolução 217 A (III) de 10 de dezembro de 1948, adotou a Declaração Universal dos Direitos do

¹³⁶MARIE, Jean-Bernard; QUESTIAUX, Nicole. “Article 55: alinéa c.” In: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*. Alain Pellet; Jean-Pierre Cot. Economica: Paris, 1985, p. 870; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 42.

¹³⁷HUMPHREY, John Peters. “The UN Charter and the Universal Declaration of Human Rights.” In: *The International Protection of Human Rights*. Evan Luard. London, 1967, p. 42

¹³⁸Fact Sheet, nº 2 (Rev. 1). *The International Bill of Human Rights*. ONU, 1996, p. 1.

¹³⁹CASSIN, René. *La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1951-II, p. 270.

Homem.

A preocupação maior da Carta, conforme sublinhado, não era ainda de proteção às pessoas, mas a coexistência harmônica entre estados que se digladiaram por séculos através do desenvolvimento de relações internacionais baseadas na força física e no maior poder econômico de um “oponente” sobre o outro, o que provocou sua deterioração enquanto estruturas políticas-jurídicas de poder. Somente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é que se promoveu a alteração do paradigma do direito internacional: o raciocínio vestefaliano baseado no controle interno absoluto e atuação externa exclusiva foi subvertido pelo direito internacional dos direitos humanos, que erigiu a pessoa humana ao núcleo axiológico do direito internacional.

4.2 Declaração Universal dos Direitos Humanos

A perspectiva onto-antropológica do direito internacional inverte a relação entre fim e meio [instrumento] que existia no direito internacional clássico. Longe de ter um poder de vida e morte sobre seu cidadão, o estado transforma-se num meio para o livre e integral desenvolvimento de sua personalidade. “L’État dans le monde n’est qu’un moyen en vue d’une fin, la perfection de l’humanité”¹⁴⁰. Veja-se que já no preâmbulo da DUDH os novos sujeitos de direito internacional são definidos: (...) both among, the peoples of Member States themselves and among the peoples of territories under their jurisdiction.”

O conteúdo da DUDH reflete um confronto de distintos messianismos marcados pela ideologia capitalista e socialista¹⁴¹. A primeira coloca o assento tônico nas liberdades clássicas, nos direitos civis e políticos, tendo o homem liberal burguês do século XVIII como paradigma a ser tutelado pelas disposições da

¹⁴⁰ *Annuaire de l’Institut de Droit International*. Vol. II. New York, 1929, pp. 112; PIECHOWIAK, Marek. “What are Human Rights? The Concept of Human Rights and Their Extra-Legal Justification.” In: *An introduction to the international protection of human rights: a textbook*. 2ª ed. Rajja Hanski; Markku Suksi. Institute for Human Rights, 2000, p. 9.

¹⁴¹ VERDOODT, Albert. *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de L’Homme*. Société d’Etudes Morales, Sociales et Juridiques. Editions Nauwelaerts, 1964, p. 13.

declaração. A segunda sobrevaloriza o caráter de homem-social, do ser que é imerso em aspectos de natureza econômica, social e cultural, que devem, portanto, ter uma primazia de tutela em relação a sua *voluntas*. A DUDH contém uma síntese equilibrada entre os diferentes messianismos, com disposições que consagram dois paradigmas de homem: o homem-cidadão e o homem-social, embora, em inúmeras passagens, o texto se esforça para obnubilar os traços distintivos desses dois paradigmas antropológicos ressaltando o caráter de universalidade de todos os direitos para todos enquanto igualmente membros da família humana, sendo assim no preâmbulo e nos artigos 1 e 2. O preâmbulo, a propósito, sugere um conceito mais amplo de liberdade ao reconhecer que a dignidade humana exige uma melhora das condições de vida das pessoas¹⁴². A promoção do progresso social e a elevação do nível de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade também estava prevista no preâmbulo da Carta, consistindo numa ampliação do conceito tradicional de direitos humanos associado a direitos civis e políticos¹⁴³. Para René Cassin, a DUDH estrutura-se em quatro colunas de igual importância: a) direitos e liberdades de ordem pessoal (artigos 3 a 11); b) direitos do indivíduo em relação aos grupos dos quais é parte (artigos 12 a 17); c) direitos políticos (artigos 18 a 21); d) direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 22 a 27)¹⁴⁴. Embora publica e formalmente os direitos humanos tenham sido desenhados com a marca da indivisibilidade e interdependência desde a DUDH, características reafirmadas, ainda, pelas duas conferências de direitos humanos, de 1968 e 1993, um verdadeiro processo de desideologização somente foi materialmente percebido com a queda do muro de Berlim¹⁴⁵. Até então, os direitos humanos “universais” eram vinculados a messianismos com background de ideologia (política) capitalista e socialista, o que levou a elaboração de dois pactos para conferir caráter normativo às disposições da DUDH: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de

¹⁴²ORAÁ, Jaime. “La Declaración Universal de Derechos Humanos.” In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Felipe Gómez Isa; José Manuel Pereza. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004, pp. 134 e 143.

¹⁴³ISA, Felipe Gómez. “La protección internacional de los derechos humanos.” In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Felipe Gómez Isa; José Manuel Pereza. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004, p. 36.

¹⁴⁴CASSIN, René. *La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme*. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, 1951-II, pp. 278 e ss.

¹⁴⁵EIDE, A; ALFREDSSON, G. “Introduction.” In: *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*. A. Eide; G. Alfredsson; G. Melander; L. A. Rehof; A. Rosas. Scandinavian University Press, 1992, p. 12.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1968, esse último, nas palavras de Philip Alston, melancolicamente caracterizado pela “invisibilidade”¹⁴⁶.

Mais do que uma mutação de paradigmas, a DUDH marca o início do processo de redução progressiva do âmbito de reserva exclusiva de soberania do estado, porque coloca o ser humano como ente universal (“homens livres e iguais”), estabelecendo parâmetros supranacionais de respeito a essa universalidade. O igual em todos, independentemente da condição social e dos atributos pessoais, é a natureza. Nela se assenta a dignidade que, por ser de natureza, é igual em todos e não admite graus. E como o homem é social por natureza, sua posição fundamental com os demais sócios ou membros da sociedade é a igualdade¹⁴⁷, independentemente da valoração ou estimação subjetiva realizada pelos estados. Essa valoração não mede o homem e não serve como critério para atribuição de direitos inerentes. Desse modo, a promoção e proteção dos direitos humanos passa a ser inserida, também, na órbita do direito internacional, tornando-se uma preocupação legítima da comunidade internacional¹⁴⁸.

À época de sua redação, a Declaração não era entendida como dotada de força normativa que vinculasse ou gerasse obrigações internacionais aos estados que a assinaram, não havendo, ainda, uma efetiva submissão jurídico-normativa dos estados ao direito intergentes.¹⁴⁹ A verdade é que a abrangência de seus preceitos,

¹⁴⁶CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 24.

¹⁴⁷HERVADA, Javier. *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*. Persona e Derecho. Humana lura, 1-1991, p. 357.

¹⁴⁸Vienna Declaration and Programme of Action. Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna. A/CONF.157/23, 1993, parte I, § 4.

¹⁴⁹LAUTERPACHT, Hersch. *International Law and Human Rights*. New York: F. E. Praeger, 1950, p. 408: “The language of the Universal Declaration, the circumstances and the reasons of its adoption, and, above all, the clearly and emphatically expressed intention of the States, Members of the United Nations, who voted for the Resolution of the General Assembly, show clearly that the Declaration is not by its nature and by the intention of its parties a legal document imposing legal obligations.” O autor também duvida da força moral da declaração: “the moral authority and influence of an international pronouncement of this nature must be in direct proportion to the degree of sacrifice of the sovereignty of States which it involves (...) The Declaration does not purport to imply any sacrifice of the sovereignty of the State on the altar of the inalienable rights of man” (p. 419); BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 17^a ed. Oxford University Press, 2008, p. 565; CASSESE, Antonio. *International Law*. 2^a ed. Oxford University Press, 2005, p. 381; O próprio grupo de trabalho encarregado de elaborar medidas de implementação para a futura declaração e convenções pronunciou-se no sentido de que a primeira não teria força normativa: *Report of the Commission on Human Rights*. Third Year: Sixty-Session, Supplement nº1, 1948 [E/600, 17 December 1947], p. 34: “It even arrived at the conclusion that the question of implementation had much more to do with the Convention than with the Declaration. The latter indeed was in the last analysis to take the form of a recommendation by the General Assembly of the United Nations, and was consequently not legally

somados aos traumas das duas grandes guerras, erigiram suas disposições a condição de programa a ser implementado pelos estados aderentes, que se abstrairam das discussões acerca dos fundamentos suprapositivos dos direitos humanos em favor da aceitação de sua universalidade. Era, "eu vou aderir aos programas de prestígio aos direitos humanos, mas não me pergunte porquê"¹⁵⁰, pois "la dispersión de las doctrinas acerca del fundamento no puede sino conducir a su debilitamiento y – en definitiva – a su difuminación"¹⁵¹. Partiu-se do consenso em torno da natureza humana, exatamente por isso os preceitos meramente declarados se consolidaram no âmbito normativo dos estados através de variados instrumentos jurídicos internos, o que acabou por elevar os preceitos consagrados à condição de costume internacional, vinculando, dessa forma, todos os estados, independentemente de adesão à DUDH. Teoreticamente falando, contudo, um empiricamente considerado consenso é insuficiente para justificar os direitos

binding in the strict sense of the term. It therefore appeared to the Working Group a manifest impossibility to contemplate measures for the fulfillment of an obligation that was not one."; WHITEMAN, Marjorie Millace. *Digest of International Law*. Vol. 5. Department of State Publications. Washington DC., 1965, p. 243. Aduz que Eleanor Roosevelt, Presidente da Comissão de Direitos Humanos e representante dos Estados Unidos na Assembleia Geral, no mesmo dia da adoção da Declaração Universal, se manifestou no sentido de que a declaração não era um tratado ou acordo internacional ("agreement"), não era uma declaração de direitos ou obrigações jurídicas, mas princípios básicos de direitos humanos e liberdades que serviriam de ideal comum pelos quais todos os povos e nações deveriam se esforçar; United Nations. Economic and Social Council. E/CN.4/147, 16 June 1948. René Cassin, representante da França na Comissão de Direitos Humanos, peticionou à Eleanor Roosevelt afirmando que: "(...) human rights which existed before the Charter of the United Nations, a fortiori exist long before we formulate them in the Declaration. Nor must it be forgotten that a Declaration, basic instrument of the General Assembly, implies certain aspects which are binding per se, for exemple, the decision of the United Nations to offer its assistance to States Members (...). In other respects, however, the Declaration will have the character of a recommendation. Such will be the case when it calls on States Members gradually to bring their legislation into conformity with the principles formulated in it" (p. 1). Em suas considerações finais, Cassin aduz que a obrigação dos estados de implementação dos direitos humanos pode ser deduzida da Carta da ONU: "the States Members of the United Nations, in signing the Charter, have given a positive pledge to work for the effective respect of human rights in co-operation with the United Nations; that is the unshakeable foundation of any measure to be applied internationally." (p. 8).

¹⁵⁰RADBRUCH, Gustav. "Fünf Minuten Rechtsphilosophie." In: *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*. Arthur Kaufmann. Vol. 3, Heidelberg, 1990, pp. 78-79: "Gewiß sind sie im Einzelnen von manchem Zweifel umgeben, aber die Arbeit der Jahrhunderte hat doch einen festen Bestand herausgearbeitet, und in den sogenannten Erklärungen der Menschen – und Bürgerrechte mit so weitreichender Übereinstimmung gesammelt, daß in Hinsicht auf manche von ihnen nur noch gewollte Skepsis den Zweifel aufrechterhalten kann." (Para se claro, os detalhes ainda mantem-se dúbio, mas o trabalho de séculos estabeleceu um núcleo sólido que tornou-se aproveitado como um vasto consenso na declaração de direitos humanos e civis, que somente um deliberadamente cético pode ainda acolher como duvidoso em relação à alguns deles.) (tradução minha); BOBBIO, Norberto. *Sul fundamento dei diritti dell'uomo*. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, série III, fasc. II. Giuffrè, 1965, pp. 301-309. O autor qualifica como ilusória a pretensão de encontrar um fundamento absoluto dos direitos do homem.

¹⁵¹MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio. *El pensamiento contemporáneo acerca de los derechos humanos. Ensayo de caracterización*. Persona e Derecho. Humana lura, 1-1991, p. 258.

humanos¹⁵², embora seja para afirmar o reconhecimento de um costume internacional.

Atualmente há relativo consenso entre os internacionalistas quanto a força obrigatória da Declaração, no sentido de que o documento constitui, em si, uma interpretação autorizada das obrigações de direitos humanos descritas na Carta da ONU em 1945¹⁵³, sendo que a dúvida circunscreve-se ao processo através do qual a Declaração tornou-se *hard law*, bem como quais de suas disposições seriam imediatamente exequíveis¹⁵⁴. É inegável que muitas das disposições do documento preenchem os requisitos para a configuração de um costume internacional¹⁵⁵: a *opinio juris* é verificada pelo fato de que o documento foi aprovado sem qualquer voto contrário (48 votos a favor, e 8 abstenções, da República Socialista Soviética da Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, Iugoslávia, República Socialista Soviética da Ucrânia, União Soviética, União Sul-africana e Arábia Saudita), e a convicção da obrigatoriedade foi construída ao longo de meio século de práticas nacionais e internacionais dos estados em suas relações diplomáticas e cortes internacionais¹⁵⁶.

¹⁵²HAIN, Karl-Eberhard. *Diskurstheorie und Menschenrechte. Eine kritische Bestandsaufnahme*. Der Staat, vol. 40, 2001, pp. 193-196.

¹⁵³LAUTERPACHT, Hersch. *International Law and Human Rights*. New York: F. E. Praeger, 1950, p. 408: "maintain that a document contains an authoritative interpretation of a legally binding instrument is to assert that former document itself is as legally binding and as important as the instrument which it is supposed to interpret."

¹⁵⁴ORAA, Jaime. "La Declaración Universal de Derechos Humanos." In: Felipe Gómez Isa; José Manuel Perez. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004, pp. 150-151.

¹⁵⁵HUMPHREY, John Peters. *The International Bill of Rights: Scope and Implementation*, 17 Wm. & Mary L. Rev, 1976, p. 529; WALDOCK, Humphrey. *Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention*. ICLQ, n° 11, 1965, pp. 1 e 15; SOHN, Louis B. *The Human Rights Law of the Charter*. Texas International Law Journal, vol. 12, 1977, p. 133: "Today the Declaration not only constitutes an authoritative interpretation of the Charter obligations but also a binding instrument in its own right, representing the consensus of the international community on the human rights which each of its members must respect, promote and observe."

¹⁵⁶HUMPHREY, John Peters. "The Universal Declaration of Human Rights: its History, Impact and Juridical Character." In: *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration*. B. G. Ramcharan. The Hague, 1979, p. 33: "the Declaration is now part of the law of nations and therefore binding on all states whether they voted for it or not, this is not because it was adopted by the Assembly, important as that may have been, but for other reasons including subsequent events and the emergence of a juridical consensus evidenced by the practice of states that the Declaration is now, whatever the intention of its authors may have been in 1948, binding as part of the law of nations". No mesmo sentido se manifestou o Secretário Geral da ONU: "the Declaration not only constitutes an authoritative interpretation of the Charter obligations but also a binding instrument in its own right, representing the consensus of the international community on the human rights which each of its members must respect, promote and observe." (UN Doc. A/720/Add.1, 1968, p. 13); Fact Sheet N° 2 (Rev.1), *The International Bill of Human Rights*, ONU, 1996, p. 8, aduz que a Declaração Universal é obrigatória tanto para os estados que ratificaram os Pactos, como para os estados que não os ratificaram. Apenas os Pactos é que se sujeitam ao princípio da voluntariedade: "Thus, for more than 25 years, the Universal Declaration on Human Rights stood alone as an international "standard of achievement for all peoples and all nations". It became known and **was accepted as authoritative**

O *UN Office of Legal Affairs* reconheceu que “in view of the greater solemnity and significance of a declaration, it may be considered to impart, on behalf of the organ adopting it, a strong expectation that Members of the international community will abide by it. Consequently, insofar as the expectation is gradually justified by State practice, a declaration may by custom become recognized as laying down rules binding upon States”¹⁵⁷. No caso *Barcelona Traction*¹⁵⁸, por exemplo, após distinguir as obrigações baseadas no princípio da reciprocidade e as obrigações *erga omnes*, a Corte Internacional de Justiça aponta como fontes desse tipo especial de obrigação “*international instruments of a universal or quase-universal character*”. A Declaração Universal, indubitavelmente, preenche os requisitos exigidos pela CIJ para que seja considerada fonte de obrigações *erga omnes*, pois é um instrumento internacional universal. No caso concernente aos membros do corpo diplomático e consular dos Estados Unidos no Irã¹⁵⁹, a Corte Internacional de Justiça declarou expressamente que a violação da Declaração Universal poderia ser fonte de uma ilegalidade internacional, colocando-a no mesmo patamar que as obrigações internacionais que emanam da Carta da ONU: “wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself **manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights**” (negrito meu). Segundo Rodley, aparentemente a opinião unânime da CIJ é a de que a Declaração Universal é um documento de suficiente status jurídico para justificar sua invocação no contexto das obrigações dos estados segundo o direito internacional geral, já que expõe princípios fundamentais reconhecidos pelo direito internacional geral¹⁶⁰. Na Primeira

both in States which became parties to one or both of the Covenants and in those which did not ratify or accede to either. Its provisions were cited as the basis and justification for many important decisions taken by United Nations bodies. (...) the very existence of the Covenants, and the fact that they contain the measures of implementation required to ensure the realization of the rights and freedoms set out in the Declaration, gives greater strength to the Declaration (...) Moreover, the Universal Declaration is truly universal in scope, as it preserves its validity for every member of the human family, everywhere, **regardless of whether or not Governments have formally accepted its principles or ratified the Covenants. On the other hand, the Covenants, by their nature as multilateral conventions, are legally binding only on those States which have accepted them by ratification or accession.**; (negrito meu)

¹⁵⁷UN Doc.E/CN.4/L.610, 1962.

¹⁵⁸Caso *Barcelona Traction* (segunda fase). ICJ Reports, 1970, §§ 33 e 34.

¹⁵⁹Caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*. ICJ Reports, 1980, § 91.

¹⁶⁰RODLEY, Nigel S. *Human Rights and Humanitarian Intervention: the Case Law of the World Court*. International and Comparative Law Quarterly, vol. 38, 1989, pp. 321-326.

Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em Teerã, 1968, com a participação de 84 estados, dentre eles Estados Unidos e China, os presentes concluíram que a Declaração Universal era obrigatória para a comunidade internacional, e que as graves violações de direitos humanos constituíam também violação da Carta da ONU¹⁶¹. Na Segunda Conferência, em Viena, 1993, os 171 estados, de forma unânime, “reaffirming their commitment to the purposes and principles contained in the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights”¹⁶².

4.3 Pactos de direitos humanos

Logo após a aprovação da Declaração, a Assembleia Geral requisitou à Comissão de Direitos Humanos que preparasse um projeto de convenção sobre direitos humanos e de medidas de implementação. Em 1950, a Assembleia Geral declarou que “*the enjoyment of civic and political freedoms and of economic, social and cultural rights are interconnected and interdependent*”¹⁶³, e requereu à comissão que elaborasse duas convenções sobre direitos humanos: uma contendo direitos civis e políticos, e outra contendo direitos econômicos, sociais e culturais,¹⁶⁴ com expressa determinação para que os documentos tivessem o máximo de determinações similares possível. A ideia originária da Comissão de Direitos Humanos era construir uma “*international bill of rights*” com uma estrutura tripartida, composta da Declaração Universal, dos pactos de direitos humanos, e uma série de medidas de implementação dos instrumentos proclamados.

A comissão concluiu a preparação dos projetos na 9ª e 10ª sessão, em 1953 e 1954. A Assembleia Geral deu ampla publicidade às disposições elaboradas,

¹⁶¹Final Act of the International Conference on Human Rights, A/CONF.32/41, 1968. Ponto 2: “The Universal Declaration of Human Rights states a common understanding of the peoples of the world concerning the inalienable and inviolable rights of all members of the human family and constitutes an obligation for the members of the international community”; ponto 6: “States should reaffirm their determination effectively to enforce the principles enshrined in the Charter of the United Nations and in other international instruments that concern human rights and fundamental freedoms”.

¹⁶²Vienna Declaration and Programme of Action. Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna. A/CONF.157/23, 1993, parte I, § 3. Vide ainda § 33.

¹⁶³Resolução 421 (V), sect. E.

¹⁶⁴Resolução 543 (VI), §1.

recebendo opiniões e pareceres sobre suas disposições. Após revisão artigo por artigo, as convenções foram terminadas em 1966 e aprovadas pela Assembleia Geral por meio da Resolução 2200 A (XXI) de 16 de dezembro de 1966, embora só tenham entrado em vigor em 1976, de modo que, no período compreendido entre 1948-1976, a Declaração Universal era o único pilar de sustentação da "*international bill of rights*". De padrão moral e programático de valoração do comportamento dos sujeitos do direito internacional, foi aos poucos revelando sua natureza normativa seja através do costume internacional, seja como uma explicitação das obrigações presentes na Carta da ONU nos termos mencionados supra.

A evolução jurídico-normativa do direito internacional dos direitos humanos levou então à proclamação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que confere ao "homem livre universal" direitos de caráter predominantemente individuais, que exigiam um alto grau de abstenção por parte dos estados. A importância histórica do PIDCP reside na inserção da "cláusula democrática", que exige dos estados, independentemente da forma e sistema de governo, que sejam orientados por um regime absolutamente democrático, consolidando a figura humana como fim de todas as instituições (art. 25).

Observa-se que a neutralidade axiológica que geriu o consenso da DUDH e da Carta de 1945 começa a tomar conotações contratualistas nas relações entre homem e estado, pois, ao exigir que os estados se orientem democraticamente, se reforça a natureza instrumental de tutor das relações intersubjetivas e dos direitos humanos: se foi constituído com base no feixe de poder mantido pelo indivíduo num estado de natureza, tem sempre responsabilidades perante esses. Deste modo, o PIDCP erigiu a democracia à condição de elemento do conceito de estado e impôs uma diretriz de ingerência nos aspectos políticos, até então salvaguardada pela Carta da ONU como conteúdo de reserva exclusiva de soberania.

No mesmo ano e simultaneamente, foi celebrado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A intersecção se deu pelo motivo que constitui o fundamento do nosso discurso: dificuldade de constituição de um consenso em torno do objeto da convenção: aspectos econômicos, sociais e culturais. Os parâmetros desse instrumento são mais específicos que os do primeiro. Se por um lado significou a evolução em termos de proteção do homem, por outro

sua eficácia padeceu na tentativa de universalização, tanto que estabeleceu uma "cláusula de violação", ao permitir que os Estados implementem as disposições "na medida do possível", sem, entretanto, estabelecer um parâmetro material judicialmente exequível (art. 2º).

A consolidação do PIDESC significou uma incursão do direito intergentes no âmbito de reserva exclusiva de soberania do estado quanto aos aspectos econômicos, sociais e culturais, enquanto os políticos foram enrijecidos pelo PIDCP. Em termos genéricos, observa-se o desenvolvimento de uma atividade expansiva do direito internacional desencadeada com a DUDH, e uma ingerência progressiva em assuntos tratados como dogmas nas relações entre os estados desde 1648.

As revoluções burguesas e socialistas, que ofereceram o combustível sociológico e dogmático à consagração dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, foi sucedida pela revolução anticolonialista na década de 80, que originou o direito ao desenvolvimento e autodeterminação dos povos. Experimentamos hoje um novo tipo de revolução, menos sangrenta e mais sutil que as anteriores, embora não seja possível encontrar um ponto de origem: a revolução tecnológica. O efeito, no mais das vezes silencioso, alcança todos os modos do ser-aí. O fenômeno da globalização é responsável pelo caráter deslocalizado dessa última ruptura do nosso modo de vida. Não se construiu, ainda, como desenvolvimento normativo pós-revolucionário – talvez porque esse momento ainda seja tempo presente de velocidade incompatível com o modo de ser do direito ao qual nos acostumamos – um patrimônio normativo que possa ser imediatamente apontado como um efeito, sobre o jurídico, desse fenômeno, embora já haja quem fale em "il diritto ad essere informati ed alla comunicazioni nelle forme e con le modalità più innovative, il diritto di accesso per "tutti" alle nuove tecnologie"¹⁶⁵. Encontramos, no entanto, alguns fragmentos, que consideramos no derradeiro capítulo do trabalho. Tudo indica que o rol dos direitos humanos não é e nunca será completado, conforme afirmou Karel Vasak em tom profético¹⁶⁶, e que as exigências

¹⁶⁵PANEBIANCO, Mario. *Iura humanitatis: diritti umane e "nuovi" diritti fondamentali*. Revista Internazionale dei diritti dell'uomo. Ano XIV, 2001, p. 152.

¹⁶⁶VASAK, Karel. "Les différentes catégories des droits de l'homme." In: *Les dimensions universelles des droits de l'homme*. André Lapeyre; François de Tinguy; Karel Vasak. Unesco-Bruylant, 1990, p. 297.

dos novos direitos humanos serão dependentes de respostas coordenadas dos estados, num processo de cooperação internacional¹⁶⁷ (“*community-oriented rights*”)¹⁶⁸, pois a transnacionalidade do fenômeno deverá ser acompanhada por instrumentos normativos de eficácia transnacional. Veja-se, a propósito, a preocupação com o direito ao desenvolvimento (econômico e “ecológico”) e as tentativas de regulamentar, de alguma forma, a utilização da internet. Segundo Penebianco, “con la Dichiarazione dei diritti umani delle Nazioni Unite e con le Convenzioni universali che ne conseguono, grazie, in un secondo tempo, anche ad una progressiva e significativa ridefinizione del concetto di sovranità nazionale, si sviluppano diverse generazioni di diritti”¹⁶⁹.

Os direitos humanos podem ser descritos como um complexo de relações constituído por reais relações entre indivíduos que têm o dever de agir, ou de abstenção, em relação a outro, e o poder que cada ser-humano tem sobre certos bens que promovem seu bem-estar. Esse complexo de relações existe independentemente da vontade do direito, e independentemente de ser apreendido pelo indivíduo ou não.¹⁷⁰ O direito internacional dos direitos humanos indica essas relações e objetiva a formulação de normas que assegure os bens essenciais, estabelecendo limites que não devem ser ultrapassados por qualquer indivíduo, por qualquer ação e por qualquer estado, e dentro dos limites, permitindo uma livre e racional escolha dos objetivos de ação de acordo com as potencialidades de cada indivíduo. Essas relações e esses poderes existem porque o ser-humano persegue seu desenvolvimento pessoal através da realização de suas potencialidades. Sendo assim, na medida em que novas formas de relações são descobertas e que novas necessidades humanas são desenvolvidas no nosso modo de vida, o rol de direitos

¹⁶⁷ISA, Felipe Gómez. “La protección internacional de los derechos humanos.” In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Felipe Gómez Isa; José Manuel Perez. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004, p. 38; sobre a emergência de um direito internacional cooperativo: FRIEDMANN, Wolfgang. *La Nueva Estructura del Derecho Internacional*. F. Trillas. Mexico, 1967, p. 90.

¹⁶⁸GROS ESPIELL, Hector. “Introduction.” In: *International Law: Achievements and Prospects*. Unesco-Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 1167; ALSTON, Philip. *Conjuring up new human rights: a proposal for quality control*. AJIL, vol. 78, 1984, p. 609. Fala sobre a necessidade de conferir à tradição dos direitos humanos uma aproximação dinâmica para proteger a dignidade e o bem-estar humano de novos ataques, mantendo sua integridade e credibilidade.

¹⁶⁹PANEBIANCO, Mario. *Iura humanitatis: diritti umani e “nuovi” diritti fondamentali*. Revista Internazionale dei diritti dell'uomo. Ano XIV, 2001, p. 124.

¹⁷⁰VILLEY, Michel. “Law in Things.” In: *Controversies about Law's Ontology*. Paul Amselek; Neil MacCormick. Edinburgh University Press, 1991, pp. 2-12; MILLER, Fred D. *Nature, Justice and Rights in Aristotle's Politics*. Oxford University Press, 1995.

humanos tende a ser incrementado.

De acordo com a carta internacional de direitos acima referida, os direitos humanos são universais¹⁷¹ (de titularidade universal, pela simples condição de humanidade), inerentes ao homem (direitos que, por natureza, correspondem ao homem)¹⁷², indivisíveis¹⁷³ (são interrelacionados e interdependentes, de modo que nenhuma categoria de direitos pode ser considerada mais importante que outras em abstrato), e exequíveis (obrigatórios), nos termos das duas Conferências Internacionais sobre Direitos Humanos, o que impõe o dever de colocá-los no mesmo nível de atenção e urgência. O artigo 1º da DUDH refere-se, ainda, ao espírito de fraternidade, ressaltando que os membros da comunidade global não são competidores que constituem perigo um ao outro, e que o homem é um ser social, de modo que um certo ambiente social e cultural é indispensável para o seu desenvolvimento. Entretanto, de acordo com a posição oficial da ONU, apenas a DUDH é vinculante independentemente de ratificação. Os dois pactos subsequentes, e que compõe a carta internacional de direitos, têm natureza de tratados multilaterais, vinculando apenas os estados que expressamente os aceitaram.¹⁷⁴

¹⁷¹RYFFEL, Hans. *Philosophische Wurzeln der Menschenrechte*. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie (ARSP), vol. 70, 1984, p. 400; KÖNIG, Siegfried. *Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant*. Freiburg: Verlag Karl Alber, 1994, pp. 26-27.

¹⁷²*The Oxford English Dictionary*. Vol. V, Oxford, 1978: inerente é sinônimo de intrínseco, essencial, se aplica a um elemento essencial de alguma coisa “belonging to the intrinsic nature of that which is spoken of”; *Dictionnaire de l’Académie Française*. 8ª ed. Genève, 1978: “Qui par sa nature est joint inséparablement à un sujet”; PIECHOWIAK, Marek. “What are Human Rights? The Concept of Human Rights and Their Extra-Legal Justification.” In: *An introduction to the international protection of human rights: a textbook*. 2ª ed. Raija Hanski and Markku Suksi. Institute for Human Rights, 2000, p. 5: “exist independently of the will of either an individual human being or a group of people. They are *neither obtained, nor granted* through any human action.”

¹⁷³MEYER-BISCH, Patrice. *Le corps des droits de l’homme. L’indivisibilité comme principe d’interprétation et de mise en œuvre des droits de l’homme*. Editions Fribourg, 1992; BLANC ALTEMIR, Antonio. “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal.” In: *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*. Antonio Blanc Altemir. Tecnos, 2001, p. 33.

¹⁷⁴Fact Sheet, nº 2 (Rev. 1). *The International Bill of Human Rights*. ONU, 1996, p. 8: “Moreover, the Universal Declaration is truly universal in scope, as it preserves its validity for every member of the human family, everywhere, regardless of whether or not Governments have formally accepted its principles or ratified the Covenants. On the other hand, the Covenants, by their nature as multilateral conventions, are legally binding only on those States which have accepted them by ratification or accession.”

4.4 Meios de implementação

Malgrado os instrumentos normativos tenham alcançado um grau de otimização compatível com a importância do tema aqui tratado, o sistema internacional de proteção é carente de instrumentos processuais e institucionais encarregados de efetivar as disposições normativas. A Comissão de Direitos Humanos da ONU vem estabelecendo um crescente número de subcomissões e mecanismos temáticos para fiscalizar e constranger os estados em razão de violação de direitos particulares. Os vários órgãos incumbidos de monitorar os instrumentos normativos de direitos humanos são compostos por *experts*, o que confere um caráter estritamente técnico a sua atuação, mas a falta de poderes executórios em relação aos estados sujeita a atuação técnica às contingências de natureza política. Esse déficit de capacidade de monitoramento e implementação não é suprido pela atividade jurisdicional da CIJ.

Lamentavelmente, a estruturação tradicional ou clássica ainda vincula a Corte Internacional de Justiça, tendo em vista que o órgão jurisdicional das Nações Unidas, criado pela Carta da ONU de 1945, apenas exerce atividade jurisdicional em face de reclamações promovidas por estados. Desse modo, o órgão jurisdicional do sistema de proteção global dos direitos humanos tem âmbito de atuação limitadíssimo quando se trata de tutela de direitos humanos a tal ponto que nos permite afirmar, mesmo em grau de cognição sumária, que a CIJ não pode ser qualificada como órgão jurisdicional de tutela dos direitos humanos pois: a) o órgão não autoriza a apresentação de queixas individuais, ou seja, dos destinatários dos direitos consagrados na *international bill of rights*¹⁷⁵; b) sua atividade jurisdicional volta-se, e precariamente, à guarda da supremacia da Carta da ONU, instrumento indiscutivelmente normativo, mais que ignora uma densificação do conceito de direitos humanos, com exceção da vedação do tratamento discriminatório. A precariedade decorre do fato da voluntariedade quanto a aceitação da atividade jurisdicional da CIJ; c) permite que os estados tratem como cláusula de reserva de

¹⁷⁵Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948; Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, 1969, e seus protocolos adicionais; e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1969.

soberania a decisão de litigar na CIJ, mesmo em caso de grave e sistemática violação de direitos humanos; d) dificulta que o estado avoque violação de direitos humanos que lhe foi apresentada individualmente ao exigir uma “*close connection*”, normalmente expressa pela nacionalidade, que constituiria o vínculo jurídico-político que legitimaria a atuação do estado como parte no processo internacional que tem como causa de pedir a violação de direitos humanos de seu cidadão, como decidido no caso *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala, de 1955). A CIJ é um “archaic arbitral instrument of sovereign states” e precisa transformar-se numa instituição judicial da nova sociedade internacional, constituída não somente por estados, mas também por organizações intergovernamentais e entidades não estatais, abrindo-se aos novos sujeitos do direito internacional¹⁷⁶, pois o número de entidades com personalidade jurídica “*for particular purposes*” é considerável, dentre eles o indivíduo, mesmo que não possa, por óbvio, celebrar tratados¹⁷⁷.

A despeito da ausência de um controle jurisdicional, as convenções celebradas no sistema global de proteção aos direitos humanos normalmente apresentam três mecanismos de supervisão das obrigações que constam dos instrumentos internacionais: a) apresentação de relatórios periódicos pelos estados-partes aos órgãos quase-jurisdicionais de fiscalização; b) apresentação de queixas interestatais, através das quais os estados partes monitoram o cumprimento das obrigações pelas outras partes contratantes, considerando que os tratados de direitos humanos não se sujeitam ao regime da reciprocidade e que podem, em regra, receber a qualificação de “*community obligations*” (vide nota de rodapé nº 98); c) apresentação de reclamações individuais ou de grupos, que comunicam eventuais violações cometidas pelos estados contratantes. Os dois últimos mecanismos de implementação são normalmente cláusulas opcionais dos respectivos tratados.

Além do estabelecido pelos tratados internacionais, o monitoramento também pode ocorrer através de resoluções da ONU: a) o estabelecido em 1967 pela resolução 1235 (XLII) do Conselho Econômico e Social (ECOSOC); b) o estabelecido em 1970 pela resolução 1503 (XLVIII) do ECOSOC, revisada em

¹⁷⁶CASSESE, Antonio. “The International Court of Justice: It is High Time to Restyle the Respected Old Lady.” In: *Realizing Utopia. The Future of International Law*. Antonio Cassese. Oxford University Press, 2012, pp. 241 e 244.

¹⁷⁷BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 17ª ed. Oxford University Press, 2008, p. 67.

2000¹⁷⁸; c) o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, como órgão subsidiário da Assembleia Geral, tem competência para formular recomendações à Assembleia e aos Estados em matéria de implementação e promoção dos direitos humanos. O Conselho substituiu a antiga Comissão de Direitos Humanos, órgão subsidiário do ECOSOC; d) o Alto-Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, estabelecido em 1993, por resolução da Assembleia Geral (48/141), com a função primária de prevenir a continuação da violação de direitos humanos ao redor do mundo, através de conselho, assistência técnica e cooperação para que os estados mantenham-se dentro dos padrões internacionais de respeito aos direitos humanos.

Qualquer juízo de valoração sobre a efetividade dos mecanismos de monitoramento contratual ou institucionalizado pela ONU deve considerar a circunstância de que os estados, propositadamente, evitaram constituir instrumentos jurisdicionais de fiscalização, o que, por óbvio, permitiria um julgamento sobre o seu modo de ser. Além disso, as matérias dessas obrigações internacionais apresentam, de acordo com cada estado, uma relação interdisciplinar com pontos de política interna extremamente sensíveis, como as questões de natureza econômica e comercial, numa intensidade diferente para cada estado, o que ao menos fundamenta (embora não justifique) que os órgãos associados aos mecanismos de controle atuem de maneira mais conciliatória que confrontacional, evitando uma “accusatory approach”, atribuindo eles mesmos uma responsabilidade individual dos estados. Desse modo, embora, de certo modo, as violações cometidas pelos estados sejam consideradas e valoradas num cenário de escrutínio internacional, “incitando” outros sujeitos de direito internacional contra o modo de ser dos estados, formando e direcionando a opinião pública um *ethos* antropocêntrico das relações internacionais, não ignoramos as maiores fragilidades desses mecanismos: “(1) They tend to be so conditioned, in their unfolding, by political and diplomatic considerations, that often their final result is rather weak, being couched in terms that are too general or too diplomatic. (2) The reports of the various working groups or individuals often fail to trickle down from the body of specialists or specialist

¹⁷⁸Sobre o direito de petição aos órgãos da ONU, vide: ERMACORA, Felix. *Procedure to Deal with Human Rights Violations: A Hopeful Start in the United Nations?*. *Revue des Droits de l'Homme*, vol. 7, 1974, p. 670; HUMPHREY, John Peters. *The Right of Petition in the United Nations*. *Human Rights Journal*, vol. 4, 1971, p. 463.

organizations to public opinion at large”¹⁷⁹.

No sistema internacional global de proteção aos direitos humanos a tutela da liberdade de expressão está a cargo do supramencionado Comitê de Direitos Humanos, órgão não jurisdicional criado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos incumbido da tarefa de fiscalizar o cumprimento de suas disposições pelos estados-partes no tratado, já que a Corte Internacional de Justiça não é órgão que atua na tutela de direitos humanos. O Comitê examina e emite comentários sobre os relatórios periodicamente submetidos pelos estados sobre a implementação de suas obrigações relativas ao pacto, e recebe queixas de vítimas de abusos de direitos humanos em relação aos estados que assinaram o primeiro protocolo opcional do pacto. Embora as manifestações do CDH não sejam formais e institucionalmente vinculantes, ou seja, não criem obrigações jurídicas em relação aos estados, é superlativa sua capacidade para funcionar como instrumento de coação moral e política.

4.5 Parâmetros do comitê de direitos humanos

De acordo com o artigo 2.1 do PIDCP os estados-membros têm o compromisso de respeitar e assegurar a todas as pessoas dentro do seu território e sujeitas à sua jurisdição os direitos reconhecidos no pacto, sem qualquer tipo de discriminação. O CDH é o órgão de controle do pacto (art. 28), assumindo a tarefa de supervisionar o cumprimento das obrigações estatais. Suas atividades tiveram início no ano de 1977. O CDH adota suas próprias regras de procedimento (art. 39.2), em relação às seguintes atividades: apresentação de queixas individuais; análise de informes estatais; e apresentação de queixas entre estados. A apresentação de informes é o único mecanismo de supervisão obrigatório (art. 40), e são examinados pelo Comitê em sessão pública, que, por sua vez, apresenta comentários sobre os informes e sobre as diversas disposições do pacto, atuando como fonte fidedigna de interpretação das obrigações estaduais. O procedimento de

¹⁷⁹CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. Oxford University Press, 2005, p. 389.

queixas inter-estatais é opcional, e é, em verdade, um procedimento de mediação e conciliação, sem nenhuma possibilidade de decisão final e taxativa se a composição resultar infrutífera (artigos 41 e 42). A apresentação de queixas individuais foi possibilitada pelo Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP e, nos termos dos artigos 1 e 2, apenas pessoas individuais podem formular comunicações. O procedimento é confidencial e se baseia unicamente em informações trazidas pelas partes. A decisão de fundo é, entretanto, publicada nos informes anuais do CDH, mas não há efeito juridicamente vinculante ou qualquer tipo de sanção oponível contra os estados.

Em relação à liberdade de opinião, o Comitê teve a oportunidade de se manifestar, tanto na análise de casos submetidos por estados-partes como em queixas individuais (em relação aos estados que assinaram o primeiro protocolo opcional¹⁸⁰), que nenhuma restrição é cabível. Portanto, todas as formas de opinião devem ser protegidas, sejam elas de natureza científica, política, histórica, moral ou religiosa. É incompatível com a liberdade de opinião a criminalização, a intimidação ou estigmatização da pessoa, incluindo prisão, detenção e julgamento em razão de opinião sobre qualquer coisa. Qualquer forma de coação para assegurar ou não qualquer opinião constitui violação do artigo 19, §1º.¹⁸¹

Já o direito de liberdade de expressão *lato sensu*, compreende o direito de procurar, receber e partilhar informações e ideias de todos os tipos, sem qualquer restrição de fronteira. Esse direito inclui a expressão e recebimento de comunicações de qualquer forma de ideia e opiniões transmissíveis aos outros, sujeitos às restrições do artigo 19, §3º e artigo 20.¹⁸² Estão acobertados pelo artigo 19 o discurso político¹⁸³, comentários sobre assuntos de interesse público¹⁸⁴, discussão sobre direitos humanos¹⁸⁵, jornalismo¹⁸⁶, expressão artística e cultural¹⁸⁷,

¹⁸⁰De acordo com o artigo 1º, os estados que assinaram o protocolo reconhecem a competência do Comitê de Direitos Humanos para receber comunicações de indivíduos sujeitos à sua jurisdição que sejam vítimas de violação de qualquer direito previsto no pacto. O artigo 2º exige o prévio esgotamento dos recursos internos para submissão de comunicação ao comitê. Dentro dos seis meses posteriores à aceitação da reclamação pelo comitê, o estado deve apresentar resposta à reclamação (art. 4º).

¹⁸¹Human Rights Committee, *general comment n° 34*, julho de 2011, §§ 9º e 10º. Parâmetros estabelecidos pelo Comitê nos casos: *Mpaka-Nsusu v. Zaire* (nº 157/1993); *Primo Jose Essono Mika Miha v. Equatorial Guinea* (nº 414/1990); e *Faurisson v. France* (nº 550/1993).

¹⁸²*Caso Ballantyne v. Canada* (nº 359/1989 e nº 385/1989).

¹⁸³*Caso Primo Jose Essono Mika Miha v. Equatorial Guinea* (nº 414/1990).

¹⁸⁴*Caso Coleman v. Australia* (nº 1157/2003).

¹⁸⁵*Caso Velichkin v. Belarus* (nº 1022/2001).

discurso religioso e a liberdade de cátedra¹⁸⁸. O 19, §2º, tutela todas as formas de expressão e meios de sua disseminação, tais como a palavra escrita, falada, e expressões não-verbais, como a linguagem de sinais, imagens e objetos de arte¹⁸⁹. Os meios de expressão compreendem livros, jornais¹⁹⁰, posters¹⁹¹, panfletos¹⁹², “*dress and legal submissions*”¹⁹³. Nos termos dos comentários do Comitê, também estão incluídos os meios audiovisuais, eletrônicos e a internet¹⁹⁴.

Em relação aos mídias, o Comitê se manifestou no sentido de que a independência é essencial para informação e formação da opinião pública, já que a liberdade de informação e comunicação de ideias sobre questões políticas e de interesse público é essencial numa sociedade democrática. Além da independência, os estados devem encorajar a diversidade dos mídias, como uma forma de proteger direitos dos usuários incluindo membros de minorias étnicas e linguísticas.¹⁹⁵

O Comitê compreende o rol das possíveis restrições à liberdade de expressão (§ 3º) como *taxativo*, e estabelece outros três parâmetros para sua legalidade: “the restrictions must be “provided by law”¹⁹⁶; they may only be imposed for one of the grounds set out in subparagraphs (a) and (b) of paragraph 3; and they must conform to the strict tests of necessity and proportionality.”¹⁹⁷ Além disso, imputa aos estados a obrigação positiva de proteger a liberdade de expressão contra ataques que objetivam silenciar ou intimidar os titulares do direito, obstáculos

¹⁸⁶ *Caso Mavlonov et al. v. Uzbekistan* (nº 1334/2004).

¹⁸⁷ *Caso Hak-Chul Sin v. Republic of Korea* (nº 926/2000).

¹⁸⁸ *Caso Ross v. Canada* (nº 736/97).

¹⁸⁹ *Caso Hak-Chul Sin v. Republic of Korea* (nº 926/2000).

¹⁹⁰ *Caso Zundel v. Canada* (nº 1341/2005).

¹⁹¹ *Caso Kivenmaa v. Finland* (nº 412/1990).

¹⁹² *Caso Shchetoko et al v. Belarus* (nº 1009/2001).

¹⁹³ *Caso Fernando v. Sri Lanka* (nº 1189/2003).

¹⁹⁴ Human Rights Committee, *general comment nº 34*, julho de 2011, § 12; *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/17/27, 2011, §21. O relator Frank La Rue entende que os artigos 19 da DUDH e do PIDCP foram elaborados de modo a acomodar futuros desenvolvimentos tecnológicos através dos quais os indivíduos podem exercer o direito de expressar opinião.

¹⁹⁵ *Ibid*, §§ 13 e 14. Veja-se, ainda, *concluding observations on Republic of Moldova* (CCPR/CO/75/MDA).

¹⁹⁶ Segundo entendimento firmado pelo Comitê no caso *Dissanayake v. Sri Lanka* (nº 1373/2005), a expressão “Lei” compreende “laws of contempt of courts”. Restrições com fundamento em costume religioso, tradicional ou legal, não são admitidas, nos termos do § 24 do comentário geral nº 34. Além disso, nos termos do § 25, a disposição legal deve ser clara e acessível ao público, e nos termos do § 26 deve ser compatível com uma análise sistemática da convenção, com o princípio da não-discriminação e vedação de penas corporais (nesse sentido, o comentário geral nº 20)

¹⁹⁷ Human Rights Committee, *general comment nº 34*, julho de 2011, §22; *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/17/27, 2011, § 24.

frequentemente enfrentados pelos jornalistas¹⁹⁸. Todos esses ataques devem ser rigorosamente investigados e seus perpetradores sujeitos à persecução judicial, e as vítimas, ou seus representantes em caso de morte, devem receber algum tipo de reparação¹⁹⁹.

A primeira restrição cabível, nos termos do § 3º, do artigo 19, diz respeito aos direitos dos outros. A palavra “rights” deve ser interpretada de modo a compreender todos os direitos humanos reconhecidos pela convenção e pelo direito internacional dos direitos humanos de modo geral. A palavra “others” refere-se às pessoas individualmente ou como membros de uma comunidade²⁰⁰, definida por sua fé religiosa²⁰¹ ou etnia²⁰² por exemplo. O rol da alínea “b” refere-se à segurança nacional, saúde, moralidade ou ordem pública. O relator especial sobre liberdade de expressão exemplifica restrições legítimas: “As such, legitimate types of information which may be restricted include child pornography (to protect the rights of children), hate speech (to protect the rights of affected communities), defamation (to protect the rights and reputation of others against unwarranted attacks), direct and public incitement to commit genocide (to protect the rights of others), and advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence (to protect the rights of others, such as the right to life).”²⁰³

O Comitê exemplificativamente discorre sobre alguns casos de restrições que são incompatíveis com o § 3º: a) “suppress or withhold from the public information of legitimate public interest that does not harm national security or to prosecute journalists, researchers, environmental activists, human rights defenders, or others, for having disseminated such information.”; b) “information as those relating to the commercial sector, banking and scientific progress”; c) “restriction on the issuing of a statement in support of a labour dispute, including for the convening

¹⁹⁸Veja-se, por exemplo: *concluding observations on Algeria* (CCPR/C/DZA/CO/3); *concluding observations on Costa Rica* (CCPR/C/CRI/CO/5); *concluding observations on Sudan* (CCPR/C/SDN/CO/3).

¹⁹⁹*Concluding observations on Guyana* (CCPR/C/79/Add.121v); *concluding observations on Georgia* (CCPR/C/GEO/CO/3); *Njaru v. Cameroon* (nº 1353/2005); *concluding observations on Nicaragua* (CCPR/C/NIC/CO/3); *concluding observations on Tunisia* (CCPR/C/TUN/CO/5); *concluding observations on Syria* (CCPR/CO/84/SYR); *concluding observations on Colombia* (CCPR/CO/80/COL).

²⁰⁰*Caso Ross v. Canada* (nº 736/97).

²⁰¹*Caso Faurisson v. France* (nº 550/93); *concluding observations on Austria* (CCPR/C/AUT/CO/4).

²⁰²*Concluding observations on Slovakia* (CCPR/CO/78/SVK); *concluding observations on Israel* (CCPR/CO/78/ISR).

²⁰³*Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. A/HRC/17/27, 2011, § 25.*

of a national strike, was not permissible on the grounds of national security.”²⁰⁴ Em sentido inverso, o Comitê admite a restrição da liberdade de discurso feito em local público com fundamento na manutenção da ordem pública²⁰⁵.

No comentário geral nº 22, o Comitê concluiu que o conceito de moral deriva de inúmeras tradições sociais, filosóficas e religiosas, de modo que as limitações com fundamento na tutela da moralidade devem ser baseadas em princípios não derivados exclusivamente de uma única tradição. Qualquer limitação com fundamento na moralidade deve ser compreendida à luz da universalidade dos direitos humanos e do princípio da não discriminação²⁰⁶.

A proporcionalidade também suscitou consideração especial. De modo geral, podemos dizer que não é lícita restrição da liberdade de expressão se houver um caminho menos prejudicial para prestigiar o direito que se busca tutelar com a restrição à liberdade de expressão²⁰⁷. No mesmo sentido, as restrições não podem ser alargadas: “restrictive measures must conform to the principle of proportionality; they must be appropriate to achieve their protective function; they must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve their protective function; they must be proportionate to the interest to be protected (...). The principle of proportionality has to be respected not only in the law that frames the restrictions but also by the administrative and judicial authorities in applying the law”²⁰⁸. É o Comitê que detém a última apreciação sobre se a restrição estabelecida pelo estado-parte gozando de sua margem de apreciação é necessária, adequada e proporcional em sentido estrito, de modo que o estado tem o ônus de se desincumbir de demonstrar a justificabilidade da restrição aplicada à liberdade de expressão²⁰⁹.

Atualmente, duas são as grandes preocupações do Comitê quanto as restrições à liberdade de expressão. A primeira diz respeito ao discurso político. O Comitê já se manifestou sobre a proibição de angariação casa-a-casa e restrição ao

²⁰⁴Human Rights Committee, *general comment n° 34*, julho de 2011, § 30. Exemplo “a” foi baseado em *concluding observations on the Russian Federation* (CCPR/CO/79/RUS); “b” em *concluding observations on Uzbekistan* (CCPR/CO/71/UZB); e “c” no caso *Jong-Kyu Sohn v. Republic of Korea* (n° 518/1992).

²⁰⁵*Caso Coleman v. Australia* (n° 1157/2003).

²⁰⁶Human Rights Committee, *general comment n° 34*, julho de 2011, § 32.

²⁰⁷*Caso Ballantyne et al. v. Canada* (n° 359, 385/89).

²⁰⁸*General comment n° 27*, § 14. Veja-se ainda, *Marques de Morais v. Angola* (n° 1128/2002); *Coleman v. Australia* (n° 1157/2003).

²⁰⁹*Sohn v. Republic of Korea* (n° 518/92); *Shin v. Republic of Korea*, (n° 926/2000); *Ilmari Lansman, et al. v. Finland* (n° 511/1992).

tipo de material que pode ser distribuído durante as campanhas eleitorais²¹⁰, sobre o bloqueio de acesso a comentários políticos durante as eleições²¹¹ e de acesso a veículos de comunicação estrangeiro por partidos de oposição e políticos²¹². Em relação à autoridade pessoal de certas figuras políticas e públicas, tem-se entendido que o mero insulto não é suficiente para imposição de penalidades, pois as altas autoridades, chefes de estado e de governo estão sujeitos a críticas e à oposição política. O Comitê tem demonstrado preocupação com a criminalização de tal comportamento a título de “lese majeste”²¹³, “desacato”²¹⁴, “disrespect for authority”²¹⁵, “disrespect for flags and symbols”, “defamation of the head of state”²¹⁶, e “protection of honour of public officials”²¹⁷. Além disso, os estados não podem vedar críticas às instituições públicas, como forças armadas e administração²¹⁸.

A segunda preocupação diz respeito a limitações aos veículos de comunicação em massa. Os órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais devem certificar-se de que o regime jurídico aplicável às restrições seja compatível com o artigo 19, §3º. Além disso, os estados devem abster-se de fixar requisitos demasiadamente onerosos para a concessão de licença aos veículos de comunicação, incluindo as estações comunitárias e comerciais²¹⁹. As condições estabelecidas devem ser razoáveis e objetivas²²⁰, claras²²¹, transparentes²²², não

²¹⁰ *Concluding observations on Japan* (CCPR/C/JPN/CO/5).

²¹¹ *Concluding observations on Tunisia* (CCPR/C/TUN/CO/5).

²¹² *Concluding observations on Togo* (CCPR/CO/76/TGO); *concluding observations on Moldova* (CCPR/CO/75/MDA).

²¹³ *Caso Aduayom et al. v. Togo* (nº 422-424/1990).

²¹⁴ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/14/23, 2010, § 82: “(...) all *desacato* laws should be repealed.” Por outro lado, o relatório admite a criminalização da difamação, mas ela não pode ser utilizada para tutelar noções ou conceitos abstratos ou subjetivos, como “State”, “national symbols”, “national identity”, “cultures”, “schools of thought”, “religions”, “ideologies” ou “political doctrines”, porque o sistema de proteção aos direitos humanos existe para tutelar indivíduos ou grupos de pessoas, não instituições ou noções abstratas que são sujeitas a comentários, escrutínio e críticas (§ 84); § 116: “The Special Rapporteur reiterates his view that it is conceptually incorrect to present the issue of “defamation of religions” in the abstract as a conflict between the right to freedom of religion or belief and the right to freedom of opinion and expression.”; *concluding observations on the Dominican Republic* (CCPR/CO/71/DOM). Os estados devem considerar a hipótese de descriminalização da difamação, cf. *concluding observations on Italy* (CCPR/C/ITA/CO/5); *concluding observations on the Former Yugoslav Republic of Macedonia* (CCPR/C/MKD/CO/2).

²¹⁵ *Concluding observations on Honduras* (CCPR/C/HND/CO/1).

²¹⁶ *Concluding observations on Zambia* (CCPR/ZMB/CO/3).

²¹⁷ *Concluding observations on Costa Rica* (CCPR/C/CRI/CO/5).

²¹⁸ *Concluding observations on Costa Rica* (CCPR/C/CRI/CO/5); *concluding observations on Tunisia* (CCPR/C/TUN/CO/5); *concluding observations on Peru* (CCPR/CO/70/PER); *concluding observations on the Syrian Arab Republic* (CCPR/CO/84/SYR).

²¹⁹ *Concluding observations on Gambia* (CCPR/CO/75/GMB).

²²⁰ *Concluding observations on Lebanon* (CCPR/CO/79/Add.78).

discriminatórias e compatíveis com a convenção²²³. Além disso, as frequências devem ser equitativamente distribuídas entre radiodifusão pública, comercial e comunitária, porque o estado deve promover a pluralidade através da difusão de informação²²⁴, combatendo o monopólio público e privado da difusão de informação, que podem comprometer a diversidade de opiniões e a pluralidade de fontes de informação. Eventual subsídio concedido aos veículos de comunicações não pode constituir-se numa forma de limitar a liberdade do conteúdo da comunicação²²⁵, além disso, a mídia privada não pode ser colocada em desvantagem em relação à pública em sede de acesso e difusão de notícia²²⁶. O Comitê expressamente se manifestou quanto às limitações impostas a websites e blogs: “Any restrictions on the operation of websites, blogs or any other internet-based, electronic or other such information dissemination system, including systems to support such communication, such as internet service providers or search engines, are only permissible to the extent that they are compatible with paragraph 3”²²⁷.

O Comitê já se manifestou também sobre a necessidade de registro ou licença para o exercício da atividade de jornalismo. Considerou-as ilegal, pois incompatível com o § 3º. As limitações só são permitidas para privilegiar o acesso a lugares ou eventos de cobertura jornalística. Tal restrição, entretanto, deve ter caráter meramente organizacional e ser objetivamente estabelecida, sem qualquer conotação discriminatória, além da exigência de compatibilidade com o artigo 19²²⁸. A citada difusão no exercício da atividade jornalística torna ilegal qualquer restrição à entrada ou saída de jornalistas²²⁹, bem como o deslocamento interno dos investigadores de direitos humanos e jornalistas, mesmo em situações de conflitos armados e desastres naturais.

O Relator Especial da Organização das Nações Unidas sobre

²²¹ *Concluding observations on Kuwait* (CCPR/CO/69/KWT); *concluding observations on Ukraine* (CCPR/CO/73/UKR).

²²² *Concluding observations on Kyrgyzstan* (CCPR/CO/69/KGZ).

²²³ *Concluding observations on Ukraine* (CCPR/CO/73/UKR).

²²⁴ *Concluding observations on Guyana* (CCPR/CO/79/Add.121); *concluding observations on the Russian Federation* (CCPR/CO/79/RUS); *concluding observations on Vietnam* (CCPR/CO/75/VNM); *concluding observations on Italy* (CCPR/C/79/Add. 37).

²²⁵ *Concluding observations on Lesotho* (CCPR/CO/79/Add. 106); *concluding observations on Ukraine* (CCPR/CO/73/UKR).

²²⁶ *Concluding observations on Sri Lanka* (CCPR/CO/79/LKA); *concluding observations on Togo* (CCPR/CO/76/TGO).

²²⁷ Human Rights Committee, *general comment n° 34*, julho de 2011, § 43.

²²⁸ *Ibid.*, § 44.

²²⁹ *Concluding observations on Democratic People’s Republic of Korea* (CCPR/CO/72/PRK).

Liberdade de Expressão e Opinião acredita que os estados têm o dever de realizar investigação exaustiva em cada caso e levar a cabo a persecução penal contra os responsáveis por atentados contra veículos de comunicação e contra os profissionais da imprensa. A incapacidade em realizar essa tarefa cria uma cultura de impunidade e perpetua a violência. Se o estado permite que os responsáveis pela morte de jornalistas ou comunicadores sociais se livrem impunes, seu comportamento pode ser interpretado como tolerância ou aquiescência. Por isso os estados devem tomar todas as medidas necessárias para a proteção dos profissionais de imprensa. Aqui, além das implicações em relação à violência pessoal, o estado pode ser responsabilizado pela conivência do atentado contra o “veículo” de liberdade de expressão²³⁰.

O Relator Especial declarou que o critério para identificação do jornalista é a atividade exercida, independentemente do título da função exercida ou forma de registro²³¹. Além disso, elencou obrigações específicas em relação à tutela dos profissionais de imprensa: a) O governo deve eliminar todas as formas de interferência oficial no trabalho de jornalistas e deve remover todos os obstáculos à liberdade dos mídias; b) Onde existe subsídios públicos, salvaguarda deve ser incorporada nas legislações para assegurar que não haja interferência política ou conflitos de interesse, e para que se garanta a independência editorial dos jornalistas; c) O governo deve garantir o livre acesso a informações oficiais e treinar porta-vozes oficiais sobre a necessidade de fornecer aos mídias informações oficiais relativas às obrigações de direitos humanos; d) O direito dos jornalistas de atuar eticamente deve ser protegido e assegurado através do reconhecimento do direito dos jornalistas de proteger suas fontes e proteção contra demissão ou ação disciplinar por agir de acordo com sua consciência²³²; e) As organizações intergovernamentais devem desenvolver de maneira mais efetiva e integrada programas de assistência para encorajar os mídias a reportar, com excelência, questões de direitos humanos²³³.

²³⁰ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/14/23, 2010, §§ 91, 95 e 133.

²³¹ *Ibid*, §101: “(...) since a person’s status as a journalist is determined by the work that he or she performs and is not subject to any job title or form of registration.”

²³² Seguindo o julgamento do caso *Goodwin*, de 8 de março de 2000, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa adotou a Recomendação nº R (2000) 7, sobre o direito dos jornalistas não revelarem suas fontes de informação.

²³³ International Council on Human Rights Policy. *Journalism, Media and the Challenge of Human*

A proibição de demonstração de falta de respeito por outra religião ou crença, incluindo leis de blasfêmia, são incompatíveis com o pacto, exceto nas estritas circunstâncias do artigo 20, § 2º. Essas proibições ainda deverão cumprir as exigências dos artigos 2, 5, 17, 18, 19, § 3º, e 26²³⁴, e não poderiam ser utilizadas para prevenir ou punir críticas a líderes religiosos ou comentários sobre doutrinas religiosas e princípios de fé²³⁵.

Leis que penalizam a expressão de opinião sobre fatos históricos (“memory-laws”²³⁶) também são incompatíveis com as obrigações impostas aos estados-partes, porque a convenção não permite a proibição geral de expressão de uma interpretação ou opinião incorreta sobre um evento passado²³⁷.

O Relator Especial propôs, no relatório de abril de 2010, uma série de condições para que as restrições à liberdade de expressão fossem consideradas de acordo com o sistema internacional de proteção aos direitos humanos: a) a restrição não pode invadir o núcleo essencial do direito; b) a relação entre o direito e a limitação, ou entre a regra e a exceção, não pode ser revertida; c) todas as restrições devem ser preexistentes e estabelecidas pelo poder legislativo do estado; d) as leis que impõem restrições devem ser acessíveis, concretas, claras e inequívocas, de tal modo que possa ser compreendida e aplicada por todos; e) a lei que impõe a restrição deve estabelecer um remédio para contestar a aplicação abusiva da limitação, o qual deve incluir uma revisão judicial por um tribunal independente; f) a restrição não pode ser utilizada como um meio de censura política; g) a restrição deve ser “necessária”: basear-se numa das justificativas reconhecidas pelo pacto; atender à necessidade pública de tutelar um direito preferível nas circunstâncias; a restrição deve ser proporcional ao objetivo legítimo perseguido e não ser mais restritiva que o necessário. O ônus de demonstrar a legitimidade do fim e a necessidade da limitação é do estado; h) certas limitações são, a princípio, legitimadas para tutela de direitos alheios: a do artigo 20 do PIDCP, que veda propaganda de guerra; defesa do ódio nacional, racial e religioso que constitua incitação a discriminação, hostilidade e violência; a do artigo 3, § 1 (c) do

Rights Reporting, 2002, pp. 119-120.

²³⁴Human Rights Committee, *general comment n° 34*, julho de 2011, § 48.

²³⁵*Concluding observations on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (CCPR/C/79/Add.119); *concluding observations on Kuwait* (CCPR/CO/69/KWT).

²³⁶*Faurisson v. France* (n° 550/93).

²³⁷Human Rights Committee, *general comment n° 34*, julho de 2011, § 49.

Protocolo Opcional da Convenção sobre o Direito das Crianças, que determina que o estado criminalize a pornografia infantil; a do artigo 4 (a) da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que veda a divulgação de ideias baseadas na superioridade ou ódio racial, incitação à discriminação racial, contra qualquer raça ou grupo étnico; o artigo III (c) da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, que afirma que a incitação direta e pública a cometer genocídio deve ser punida; i) por outro lado, certas restrições à liberdade de expressão foram vedadas: discussões de natureza política, governamental e de corrupção no governo, manifestações pacíficas e atividades políticas, expressão de opinião sobre religião ou dissidência religiosa, inclusive por pessoas pertencentes a minorias ou grupos vulneráveis; banimento de veículos de comunicação e abuso da medida administrativa de censura; o acesso ao uso de tecnologia de informação ou comunicação, como rádio, televisão e internet; i) restrições já estabelecidas devem ser revistas e sua continuidade deve ser avaliada periodicamente; j) em estado de emergência é legal a suspensão da liberdade de expressão, mas ela deve ser declarada de acordo com o artigo 4º do PIDCP e com o comentário geral nº 29 do Comitê de Direitos Humanos; k) as restrições devem ser compatíveis com outros direitos reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos, e com os princípios da universalidade, interdependência, igualdade e não discriminação; l) as restrições devem ser interpretadas de acordo com o contexto fático. Sempre que houver dúvida sobre a interpretação ou alcance, a proteção dos direitos fundamentais deve prevalecer²³⁸.

Outro interessante ponto a ser considerado quanto ao sistema global é a mobilidade internacional para garantir o acesso e difusão de informações sobre direitos humanos. Em 1998, a Assembleia Geral da ONU adotou a Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos e Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais Reconhecidos Universalmente²³⁹.

²³⁸ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/14/23, 2010, §§ 79 e 81.

²³⁹ Resolução 53/144, de 1999. Nos termos do artigo 6º, Todos têm o direito, individualmente e em associação: (a) de saber, buscar, obter, receber e deter informações sobre todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, inclusive o acesso à informação relativa ao modo como esses direitos e liberdades são efetivados nos sistemas legislativos, judiciários e administrativos nacionais; (b) conforme o disposto nos instrumentos sobre direitos humanos e outros instrumentos internacionais aplicáveis, de publicar, transmitir ou divulgar livremente informações e conhecimento sobre todos os

O direito de receber informação também é compreendido pelo âmbito de proteção do artigo 19, §2º, embora em instrumentos normativos nacionais e internacionais recentes ganhe contornos de relativa autonomia. Garante o acesso à informação de órgãos públicos, e privados que exercem funções públicas, independentemente da forma, da fonte e da data. Tal comando normativo emergente do dispositivo em comento pode ser analisado em conjunto com outros artigos do PIDCP, como o 10, 14, 17, 25 e 27²⁴⁰. Os estados estão vinculados ao dever de publicitar informações governamentais de interesse público através de um meio efetivo e prático de acesso e qualquer recusa deve ser razoavelmente motivada, sempre com a possibilidade de revisão jurisdicional.

É de se notar em recentes desenvolvimentos do direito de liberdade de expressão relativa autonomia do direito de receber informação. Tal direito vem consagrado de forma explícita e autônoma em modernas constituições, como a da Bulgária (artigo 41 da Constituição de 1991), Estônia (artigo 44 da Constituição de 1992), Lituânia (artigo 25 (5) da Constituição de 1992), Malawi (artigo 37 da Constituição de 1994), África do Sul (seção 32 da Constituição de 1996) e Tailândia (seção 56 da Constituição de 2007). No relatório “Freedom of Information Around the World 2006”²⁴¹, foram elencados 69 países com legislações pertinentes ao direito à informação, incluindo a China.

Tal movimento foi acompanhado por inúmeras instituições de natureza transnacional. Por exemplo, o Banco Mundial²⁴² e todos os bancos regionais de desenvolvimento (Banco Interamericano de Desenvolvimento²⁴³; Banco de Desenvolvimento Asiático²⁴⁴; Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento²⁴⁵; Banco de Desenvolvimento Africano²⁴⁶) adotaram políticas de

direitos humanos e liberdades fundamentais (...).

²⁴⁰*Caso Poma Poma v. Peru* (nº 1457/2006).

²⁴¹BANISAR, D. *Freedom of Information Around the World 2006: a global survey of access to government information laws*. [S.l.]: Privacy International, 2006.

²⁴²Banco Mundial. *A política do Banco Mundial sobre a divulgação de informações*. Washington, D.C.: Banco Mundial, 2002.

²⁴³Banco Interamericano de Desenvolvimento. *OP-102 Divulgação de Informações*. [S.l.]: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2004.

²⁴⁴Banco Asiático de Desenvolvimento. *Confidencialidade e divulgação de informações*. [S.l.]: Banco Asiático de Desenvolvimento, 2005.

²⁴⁵Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento. *Política sobre divulgação de informações*. [S.l.]: Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento, 2006.

²⁴⁶Grupo do Banco de Desenvolvimento Africano. *Política de Divulgação de Informações*. [S.l.]: Grupo do Banco de Desenvolvimento Africano. A última versão, intitulada Política sobre a Divulgação de Informações, 2005.

divulgação de informações. A ONU também adotou política de divulgação de informações, sob o argumento de que a informação é imprescindível para o desenvolvimento humano sustentável e para prestação de contas do Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (PNUD)²⁴⁷. No direito comunitário europeu, foi adotado regulamento sobre acesso a documentos do Parlamento, Conselho e Comissão europeus, que permite o acesso a documentos das instituições a qualquer pessoa física ou jurídica residente em um estado-membro, inclusive com possibilidade de apelação para os tribunais e/ou ombudsman²⁴⁸.

No relatório de 2000, o Relator Especial da ONU sobre Liberdade de Opinião e de Expressão apresentou padrões a ser observados pelas legislações nacionais e internacionais em relação ao direito à informação.²⁴⁹ Outros documentos internacionais pertinentes nesse sentido incluem a Declaração Conjunta de 2004, adotada pelo Relator Especial da ONU sobre Liberdade de Opinião e Expressão, o Representante da OSCE para Liberdade de Media e o Relator Especial da OEA sobre Liberdade de Expressão; a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão na África²⁵⁰; a Declaração Interamericana de Princípios sobre Liberdade de Expressão²⁵¹; e a Convenção de Aarhus²⁵².

A legislação sobre o direito de informação deve ser orientada pelos seguintes *standards*: máxima divulgação; obrigação de publicar informações essenciais em relação aos órgãos públicos; promoção de um governo aberto; limitação da abrangência das exceções, que devem ser claras, restritivamente definidas e sujeitas a rigorosos testes de “dano” e “interesse público”; os pedidos de informação devem ser processados com rapidez, com a possibilidade de um exame independente em caso de recusa; as pessoas não devem ser impedidas de fazer pedidos de informação em razão dos altos custos envolvidos; as reuniões dos órgãos públicos devem ser abertas ao público; as leis que não estejam de acordo

²⁴⁷ PNUD. *Política sobre divulgação de informações públicas*. New York: PNUD, 1997, § 3.

²⁴⁸ Regulamento (EC) nº 1049/2001 do Parlamento e do Conselho Europeus, 2001, relativo ao acesso público a documentos do Parlamento, Conselho e Comissão Europeus (artigos 7 e 8).

²⁴⁹ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. E/CN.4/2000/63, 2000, § 44.

²⁵⁰ 32ª Sessão Ordinária da Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, 2002, Banjul, Gâmbia.

²⁵¹ Adotado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em sua 108ª Sessão Regular, 2000.

²⁵² Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, Doc. da ONU ECE/CEP/43, adotada na Quarta Conferência Ministerial no processo “Meio Ambiente para a Europa”, 1998, com entrada em vigor em 30 de outubro de 2001.

com o princípio da máxima divulgação devem ser revisadas ou revogadas; e os indivíduos que trazem ao público informações sobre atos ilícitos devem ser protegidos.²⁵³

4.6 Liberdade de expressão e grupos vulneráveis

Em termos dogmáticos o tópico que se abre aqui é absolutamente despropositado. Evidentemente que se o direito intergentes do qual temos vindo a falar apresenta a universalidade como característica (“todos os direitos humanos para todas as pessoas”) é um pleonasmo dizer que o direito de liberdade de opinião e de expressão inclui a liberdade das minorias e grupos excluídos de receber e transmitir informações. Por outro lado, se não o fizéssemos, discorreríamos com absoluta neutralidade como se o mundo da vida nos escapasse nas entrelinhas das linhas que escrevi (ou não). Dentre os que recebem, transmitem e procuram informações há, indubitavelmente, grupos sub-representados, e a neutralidade face a disparidade é a convivência do direito com a exclusão e desigualdade. Segue-se então considerações sobre o exercício da liberdade de expressão pelas: a) mulheres; b) crianças; c) povos indígenas e outras minorias étnicas; d) povos em condição de extrema pobreza; e) deficientes físicos.

- a) Em razão de fatores históricos, culturais e religiosos, a possibilidade das mulheres expressarem opiniões, receberem informações de veículos de comunicação ou atuarem diretamente neles apresenta inúmeros obstáculos. Esses obstáculos impedem que a mulher livremente se manifeste e decida em igualdade de cidadania com os homens. Por isso o Relator sobre liberdade de expressão considera que o governo deve priorizar a educação das mulheres e seu acesso à informação sobre políticas públicas. Além disso, considera que “the exercise of the freedom of expression necessarily implies an increase in women’s participation in public affairs and in their involvement

²⁵³MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. Segunda edição revisada e atualizada. UNESCO, 2009, pp. 32-42.

in decision-making on issues that may directly influence their development.”²⁵⁴

O Comitê sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher, na recomendação geral nº 19, § 11, dispõe que a manutenção da violência contra a mulher contribui para mantê-la em condição de subordinação, com baixo grau de participação política, com baixo nível de educação, habilidades e oportunidades de trabalho; Na recomendação geral nº 23, § 20, dispõe que uma das razões para a sub-representação nos cargos políticos é que o acesso sobre informações sobre os candidatos, partidos políticos e procedimento eleitoral é mais restrito que o dos homens. Tal igualdade de acesso aos veículos de disseminação de informação contribuirá para equilibrar as ações de homens e mulheres no espaço público (v.g. política) e privado (v.g. mercado de trabalho), e para romper o silêncio da repressão que é causa de impunidade da violência estrutural contra as mulheres;

- b) A Convenção sobre o Direito das Crianças exige que os estados-partes assegurem às crianças o exercício do direito de liberdade de expressão, nos termos do artigo 13. O Relator especial considera que a liberdade de expressão é o primeiro canal para participação e inclusão da criança, direito interligado ao reconhecimento e respeito da dignidade humana desde a infância. A evolução do nosso modo de ser, a habilidade de expressar o pensamento com clareza, e a capacidade de usar os meios de expressão, como a arte, os meios eletrônicos e audiovisuais de comunicação, começam a ser desenvolvidos na infância. Por isso programas de proteção à criança devem considerar a liberdade de opinião e de expressão, encorajando o senso crítico e a cultura de paz. Por outro lado, o estado deve tomar medidas positivas para proteger as crianças de informação que debilite sua dignidade e desenvolvimento;²⁵⁵
- c) A liberdade de opinião e expressão é a ferramenta mais acessível às minorias e povos indígenas para alcançar o reconhecimento dos direitos que demandam. O artigo 16 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas estabelece que os povos indígenas têm o direito de

²⁵⁴ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. A/HRC/14/23, 2010, §§ 44 e 47.*

²⁵⁵ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. A/HRC/14/23, 2010, §§ 50-52.*

estabelecer seus próprios veículos de comunicação e sua própria linguagem e ter acesso a todas as formas de comunicação não indígena, sem qualquer discriminação. Assim, de acordo com o relator especial, os estados estão obrigados a promover a cultura indígena nos veículos de comunicação públicos e privados, e a promover e proteger a linguagem das minorias e povos indígenas, fomentando a diversidade e o multiculturalismo. O relator especial também reitera que os imigrantes e as comunidades imigrantes, independentemente de seu status migratório, devem ter o exercício do direito de liberdade de expressão assegurado, como a cultura, religião e idioma;²⁵⁶

- d) A pobreza é um fenômeno multidimensional que restringe o exercício de todos os direitos humanos, incluindo o direito de livre manifestação de opinião e expressão e o acesso a novas tecnologias que otimizam o desenvolvimento humano. Por outro lado, a liberdade de opinião e expressão apresentam caráter instrumental em relação aos outros direitos e podem contribuir para a erradicação da pobreza, pois permite aos grupos sociais pobres obter informação sobre seus direitos e participar do debate público concernente a mudanças políticas e sociais que poderiam melhorar sua condição social. De acordo com a Declaração de Colombo sobre Mídia, Desenvolvimento e Erradicação da Pobreza, de 2006, § 1º: “Freedom of expression should be made available to all. It requires effective local participation to empower individuals and groups to address poverty, hunger, disease, discrimination, vulnerability, social exclusion, environmental degradation and education.” A declaração ainda exorta os governos à “expand the reach of information and communication technologies especially to poor and marginalized populations”²⁵⁷;
- e) A Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência impõe aos estados a obrigação de assegurar ao deficiente uma completa e efetiva participação, inclusão social e acessibilidade (artigo 3º, §§ “c” e “f”). Exige ainda que os estados promovam a utilização de novas tecnologias, incluindo tecnologias de

²⁵⁶Ibid, §§ 59-63, 129. Ainda em A/66/290, 2011, § 57: The Special Rapporteur also reiterates his call on Governments to honour their obligation to promote indigenous cultural diversity in the public and private media. This includes making governance information available in all relevant languages, including minority languages, in line with the principles enshrined in the 1992 Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities.

²⁵⁷Ibid, §§ 54-58, 124.

informação e comunicação, meios auxiliares de locomoção, dispositivos e tecnologias adequadas a pessoas com deficiência, dando prioridade a tecnologias de custo acessível (artigo 4º, § 1º, “g”), e promova o acesso de pessoas com deficiências a novas tecnologias de informação e comunicação, incluindo a internet (artigo 9, § 2, “g”). Para assegurar o cumprimento dessas obrigações, a União Internacional de Telecomunicação²⁵⁸ recomendou os seguintes princípios para acessibilidade dos ICT: acesso equitativo, equivalência funcional, acessibilidade, e desenho ou projeto para todos.²⁵⁹

5 SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

5.1 Sistema africano de direitos humanos

No sistema regional africano de proteção aos direitos humanos, o Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos, o mais recente tribunal internacional de direitos humanos, foi criado em virtude do Protocolo de 1998 à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, que entrou em vigor em 1986, no âmbito da União Africana, que sucedeu a Organização para a Unidade Africana em 2002²⁶⁰, que já em seu documento constitutivo de 1963 fazia referência aos direitos humanos²⁶¹. O protocolo entrou em vigor em janeiro de 2004. Todavia, a primeira eleição dos magistrados ocorreu somente 2 anos depois, em janeiro de 2006. O tribunal foi criado numa tentativa de constituir um sistema africano de proteção aos direitos humanos dotado dos mesmos instrumentos institucionais que os outros sistemas regionais. Até a elaboração do protocolo, a Carta Africana de

²⁵⁸International Telecommunication Union. *e-Accessibility Policy Handbook for Persons with Disabilities*. 2010.

²⁵⁹*Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/66/290, 2011, § 50.

²⁶⁰Documento constitutivo da União Africana CAB/LEG/23.15, entrou em vigor em Maio de 2001.

²⁶¹O preâmbulo estabeleceu a adesão aos princípios da DUDH, assim como o artigo II (1) (e). Sem embargo, a Carta da OUA era um documento de direitos humanos no sentido de que estava dirigido a abolição do colonialismo e apartheid.

Direitos Humanos e dos Povos apresentava como órgão de implementação do tratado apenas a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, constituída em 1987, produtora de suas próprias regras de procedimento e orientação para informe dos estados (artigo 62), com competência para responder a consultas dos estados (artigo 45) e analisar queixas apresentadas pelos estados (artigos 47 a 54) e, sob certas condições, por indivíduos (artigos 55 e 56), sem, portanto, instituir um controle jurisdicional. A competência da comissão compreende a proteção e a promoção dos direitos humanos (artigo 45). O artigo 2 do protocolo ressalta o caráter de complementaridade em relação ao trabalho da comissão.

Os informes devem ser apresentados pelos estados bienalmente²⁶² nos termos das normas estabelecidas pela comissão. O objetivo desse mecanismo é facilitar a introspecção e a inspeção. A primeira possibilita que o estado faça uma auto-avaliação de seu comportamento em relação ao cumprimento das obrigações previstas na Carta. A segunda é o processo através do qual a comissão mede a realização da Carta pelo estado-membro. O objetivo é facilitar um diálogo construtivo entre o estado e a comissão africana, embora esse mecanismo tenha-se mostrado extremamente ineficaz, já que a metade dos estados nunca apresentou um informe.²⁶³ A comissão ainda pode constituir relatores especiais, realizar visitas *in loco*²⁶⁴ e emitir resoluções, já que o artigo 46 admite a adoção de qualquer método apropriado de investigação. Embora não haja previsão na Carta quanto a adoção de medidas provisionais, as regras de procedimento na comissão lhe concedem a possibilidade de fazê-lo quando houver risco de danos irreparáveis (regra 111)²⁶⁵.

A corte também tem poder para ditar medidas provisionais (art. 27.2). Os estados devem aceitar expressamente a competência da corte (art. 5.1). Os indivíduos e seus representantes legais podem levar o caso diretamente à corte, sem necessidade de intermediação da comissão, caso o estado tenha aceitado

²⁶²MUGWANYA, G. W. *Examination of state reports by the African Commission: A critical appraisal*. African Human Rights Law Journal, Vol. 1, 2001, p. 268.

²⁶³HEYNS, Christof. "La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos." In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Felipe Gómez Isa; José Manuel Perez. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004, p. 614.

²⁶⁴MURRAY, Rachel. "Evidence and fact finding by the African Commission." In: *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice, 1986-2000*. Malcolm D. Evans; Rachel Murray. Cambridge University Press, 2002, p. 100.

²⁶⁵NALDI, G. J. *Interim measures of protection in the African system for the protection of human and peoples' rights*. African Human Rights Law Journal, Vol. 2, 2002, p. 1.

expressamente tal possibilidade (art. 5.3 c.c. art. 34.6)²⁶⁶.

O tribunal proferiu sua primeira decisão em 15 de dezembro de 2009, no caso *Yogogombaye v. Senegal*, declarando que não tinha competência para se manifestar sobre a contenda, haja vista que o estado do Senegal não havia ratificado a jurisdição do tribunal para tratar de queixas apresentadas por indivíduos. Desse modo, o tribunal não se manifestou ainda em nenhum caso que envolva o direito de liberdade de expressão, nos termos do artigo 9 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos.²⁶⁷

Entretanto, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos adotou uma Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão na África, em 2002²⁶⁸. Além disso, já teve oportunidade de se manifestar sobre a violação do citado artigo 9 em alguns casos. No caso *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organization and Media Rights Agenda v. Nigeria*, a comissão decidiu que a proibição de circulação de vários jornais por um decreto executivo do regime militar nigeriano violava o direito de receber informação estabelecido no art. 9º (1) da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos²⁶⁹. Noutro caso, a comissão considerou que a intimidação, prisão e detenção de jornalistas realizada pelo governo da Gâmbia em razão de artigos publicados atingia não somente o direito dos jornalistas de livremente expressar e disseminar opinião, mas também violava o direito universal de receber informação, consoante o art. 9 da Carta Africana²⁷⁰. A

²⁶⁶Atualmente, somente Burkina Faso realizou declaração adicional nesse sentido. Quanto aos demais estados, o sistema de apresentação funciona nos mesmos termos que o sistema interamericano, de modo que apenas a comissão e os estados-membros podem apresentar reclamações sobre a violação da Carta.

²⁶⁷OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982). Nairobi, Quênia, 1981, com entrada em vigor em 1986.

²⁶⁸32ª Sessão Ordinária da Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, 17 a 23 de outubro de 2002, Banjul, Gâmbia.

²⁶⁹*Thirteenth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, 1999-2000. Annex V, p. 59, point 36: Freedom of expression is a basic human right, vital to an individual's personal development and political consciousness, and participation in the conduct of public affairs in his country. Under the African Charter, this right comprises the right to receive information and express opinion; point 38: Decrees like these pose a serious threat to the public of the right to receive information not in accordance with what the government would like the public to know. The right to receive information is important: Article 9 does not seem to permit derogation, no matter what the subject of the information or opinions and no matter the political situation of a country. Therefore, the Commission finds that the proscription of the newspapers is a violation of Article 9 (1).

²⁷⁰*Ibid*, p. 105, point 65: The government did not provide any defence to the allegations of arrests, detentions, expulsions and intimidation of journalists, made by the complainant. The intimidation and arrest or detention of journalists for articles published and questions asked deprives not only the journalists of their rights to freely express and disseminate their opinions, but also the public, of the right to information. This action is clearly a breach of the provisions of Article 9 of the Charter.

Declaração de Marraquexe, adotada pela conferência “*The Role and Place of the Media in the Information Society in Africa and the Arab Region*”, de 2004, reafirma que a “Freedom of expression and press freedom are at the core of construction of the Information Society in Africa, the Arab region, and throughout the world.”

5.2 Sistema interamericano de direitos humanos

A OEA surgiu com o escopo de tornar-se uma espécie de ONU interamericana, assim como o Conselho da Europa no continente europeu. Interessante é que a Declaração Americana antecedeu a Declaração Universal, embora a OEA tenha sido criada depois da ONU, e além de uma visão integral dos direitos humanos ressaltou a correlação entre direitos e deveres, mantendo atualmente sua força normativa, sendo invocada constantemente pela comissão e corte do sistema interamericano²⁷¹. O órgão oficial da Carta da OEA é a chamada Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), nos termos do artigo 106. Os direitos humanos constituem um dos pilares das atividades desenvolvidas pela organização, ao lado da democracia, segurança e desenvolvimento. A CIDH foi criada pela Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, em Santiago, 1959. Seu mandato, nos termos do estatuto de 1960, estaria limitado a promoção dos direitos humanos com a função precípua de fiscalizar o cumprimento da Carta pelos estados-partes, e embora não goze de nenhuma prerrogativa executória, tem poder para receber comunicações sobre a violação de direitos humanos, emitir informes, visitar estados-membros e preparar estudos e seminários (artigos 41, 42 e 43 da Carta da OEA). Sua análise é baseada no sistema de relatórios, que são periodicamente publicitados, com o escopo de coagir moral e politicamente os estados em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais. Com a celebração da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a comissão teve o rol de suas atribuições ampliado: também lhe

²⁷¹CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con ocasión de Su Cuadragésimo Aniversario*. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989, pp. 121-129.

incumbe a fiscalização do cumprimento da convenção (artigos 44 e 45 da Carta da OEA), que, por sua vez, tem um órgão específico encarregado da tutela jurisdicional de suas disposições: o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TIDH) (artigos 52 a 69 da Convenção Americana).

Aqui devemos ressaltar que os estados-membros da OEA que não aceitaram a jurisdição facultativa do TIDH, se sujeitam a atuação fiscalizadora da Comissão Interamericana, que não é órgão da convenção conforme já dito. Esses estados não podem ser jurisdicionalmente demandados na corte, embora possam aceitar expressamente a competência contenciosa para qualquer caso específico, mas não escapam à fiscalização da comissão enquanto membros da OEA. Suas obrigações em relação aos direitos humanos são extraídas da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada em Bogotá, em 1948, associada à própria Carta da OEA. Podem, entretanto, se utilizar da competência consultiva da TIDH, enquanto membros da OEA, fazendo consultas sobre a interpretação da Convenção Americana e outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos, assim como os próprios órgãos da OEA (artigo 64 da convenção). A comissão tem a já mencionada função de fiscalizar a implementação da Carta da OEA, e, por força da Convenção Americana, também funciona na fiscalização desse instrumento normativo. Ocorre que com a recente alteração ao Quarto Regulamento da Corte, de novembro de 2009²⁷², a vítima pode participar de todas as etapas do processo após a comissão ter remetido o caso à corte²⁷³. Com esse relevante avanço, fica claro que as verdadeiras partes no caso contencioso são os indivíduos demandantes e o estado demandado, e só processualmente a CIDH. Com a outorga do *locus standi in judicio* às vítimas, seus familiares e seus representantes em todas as etapas do processo perante a corte, estes podem disfrutar de todas as faculdades e obrigações em matéria processual. Desse modo, no procedimento perante a corte pode co-existir três posturas distintas: a da vítima como sujeito de direito internacional dos direitos humanos; da CIDH, como órgão

²⁷²Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.

²⁷³Artigo 25. Participação das supostas vítimas ou seus representantes. 1. Depois de notificado o escrito de submissão do caso, conforme o artigo 39 deste Regulamento, as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando dessa forma durante todo o processo.

auxiliar da corte; e o estado demandado.²⁷⁴ É necessário atuação da vítima através de um representante legal. Se não tiver condições econômicas, poderá contar com representação do Defensor Interamericano²⁷⁵. Desse modo, as vítimas não podem peticionar diretamente à corte, como fazem no TEDH, embora possam participar ativamente do processo após a comissão ter enviado o caso à corte. Há, todavia, precedentes em que a corte aceitou petições enviadas diretamente pelas vítimas no caso de medidas provisionais, contudo, as medidas foram formalmente deferidas como “ex-officio”²⁷⁶. Apenas a comissão, e os estados-partes da convenção que aceitaram a competência do TIDH, podem peticionar à corte em relação à competência contenciosa.

A corte é o órgão jurisdicional oficial da convenção. Sua função é aplicar, interpretar e fiscalizar o cumprimento da convenção pelos estados-partes que aceitaram expressamente a competência jurisdicional da corte, que é facultativa, ao contrário da do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A corte também tem competência consultiva, ou seja, responde a dúvidas formuladas pelas partes internacionalmente responsáveis e comprometidas com o direito internacional. Além da competência contenciosa e consultiva, a corte pode tomar medidas provisionais nos casos de extrema gravidade e urgência e quando seja necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas em relação aos estados-partes na convenção, esteja ou não o caso sob apreciação da corte, desde que tenham aceitado a competência contenciosa (artigo 63 da convenção). Os estados, quando assumem o compromisso internacional e aceitam a competência jurisdicional da corte, devem se

²⁷⁴CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos.” In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Felipe Gómez Isa; José Manuel Perez. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004, p. 579. O autor ainda apresenta outros argumentos sustentando a condição de parte “real” da vítima: “a) los artículos 44 y 48(1)(f) de la Convención Americana se prestan claramente a la interpretación en favor de los individuos peticionarios como parte demandante; b) el artículo 63(1) de la Convención se refiere a «parte lesionada», la cual sólo puede significar los individuos (y jamás la Comisión); c) el artículo 57 de la Convención señala que la Comisión «comparecerá en todos los casos ante la Corte», pero no especifica en qué condición, y no dice que la Comisión es parte; d) el propio artículo 61 de la Convención, al determinar que sólo los Estados Partes y la Comisión pueden someter un caso a la decisión de la Corte, no habla de «partes»; e) el artículo 28 del Estatuto de la Corte señala que la Comisión «será tenida como parte ante la Corte» (o sea, parte en un sentido puramente procesal), pero no determina que efectivamente «es parte»” (p. 583).

²⁷⁵Artigo 37. Defensor Interamericano. Em casos de supostas vítimas sem representação legal devidamente credenciada, o tribunal poderá designar um Defensor Interamericano de ofício que as represente durante a tramitação do caso.

²⁷⁶*Casos Tribunal Constitucional e Loayza Tamayo*. A Corte, no pleno, ratificou as medidas provisionais adotadas pelo presidente (Resoluções da Corte sobre Medidas Provisionais de Proteção, de 14 de agosto de 2000, e de 3 de fevereiro de 2001, respectivamente).

sujeitar a interpretação que é dada pelo órgão oficial do tratado.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos criou o cargo de Relator Especial da Organização dos Estados Americanos sobre Liberdade de Expressão em 1997²⁷⁷. Em 2002, a comissão aprovou a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão²⁷⁸.

No sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, até fevereiro de 2007, o TIDH declarou a existência de violações à liberdade de expressão em sete casos²⁷⁹. Entre fevereiro de 2007 e novembro de 2013, constatamos a existência de mais dez casos, o que nos possibilita uma análise exaustiva ao menos quanto aos casos em que a violação da liberdade de expressão foi reconhecida pela corte, ignorando, desse modo, os casos em que o tribunal se manifestou no sentido de que certas condutas não configuravam violação ao artigo 13. Além disso, a corte deferiu medidas provisionais em algumas circunstâncias em que o direito à liberdade de expressão carecia de tutela urgente²⁸⁰. Há, ainda, manifestação do órgão jurisdicional internacional através de uma opinião consultiva²⁸¹.

No caso *Claude Reyes y otros v. Chile* o autor, diretor executivo de uma fundação, solicitou informações a um órgão governamental sobre um projeto de industrialização florestal. Em face da recusa, o autor e os demais petionários solicitaram tutela judicial na Corte de Apelação de Santiago, que declarou o recurso inadmissível. O TIDH declarou que a informação negada aos petionários era de

²⁷⁷Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Press Release n° 2/98*, § 14-15.

²⁷⁸108ª Sessão Regular, 19 de outubro de 2000.

²⁷⁹Corte Interamericana de Direitos Humanos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 25 años*. San José: Costa Rica. TIDH, 2006, p. 43; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo 1979-2004*. San José: Costa Rica. TIDH, 2005, p. 504.

²⁸⁰*Caso Herrera Ulloa. Medidas provisionales respecto a Costa Rica*, resolución de la CIDH, de 7 de septiembre de 2001; *Asunto Marta Colomina y Lilibiana Velásquez. Medidas provisionales respecto a Venezuela*, resolución de la CIDH, de 8 de septiembre de 2003; *Asunto diarios El Nacional y Así es la Noticia. Medidas provisionales respecto a Venezuela*, resolución de la CIDH, de 6 de julio de 2004; *Asunto de la emisora de televisión Globovisión. Medidas provisionales respecto a Venezuela*, resolución de la CIDH, de 4 de septiembre de 2004; *Asunto Luisiana Ríos y otros (Radio Caracas Televisión-RCTV). Medidas provisionales respecto a Venezuela*, resolución de la CIDH, de 8 de septiembre de 2004.

²⁸¹*La Colegiación Obligatoria de Periodistas, OC-5*, del 13 de noviembre de 1985. Nos termos do § 70: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre. Veja-se, ainda, *Caso Claude Reyes y otros*, § 85; *Caso Ricardo Canese*, §§ 82 e 86; *Caso Herrera Ulloa*, §§ 112 e 113; *Caso Ivcher Bronstein*, §§ 151 e 152; e *Caso Olmedo Bustos y otros*, §§ 68 e 69.

interesse público, pois guardava relação com investimento estrangeiro que causaria impacto ambiental e grande discussão pública. Desse modo, o âmbito normativo do direito de liberdade de expressão compreende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole” (§ 76). Afirmou ainda que a atividade dos órgãos estatais devem ser regidas pelo princípio da máxima divulgação, o qual estabelece a presunção de que toda informação é acessível numa sociedade democrática. Além do artigo 13 da Convenção Americana, a corte fundamentou sua decisão num consenso regional entre os estados membros da OEA quanto ao acesso à informação pública e necessidade de proteção. Tal direito já foi objeto da resolução de 3 de junho de 2006 emitida pela Assembleia Geral da OEA, através da qual a organização “inst[ó] a los Estados a que respeten y hagan respetar el acceso a la información pública a todas las personas y [a] promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva”²⁸². No mesmo sentido, a Carta Democrática Interamericana, nomeadamente em seu artigo 4º, ressalta a necessidade de se assegurar a liberdade de expressão como forma de garantir a participação popular necessária ao regime democrático²⁸³ (§§ 78-81). O TIDH admitiu que restrições ao direito de acesso à informação são possíveis, desde que observados os limites convencionais, caso contrário se criaria ampla margem para uma atuação discricionária e arbitrária do estado (§ 98).

No caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica* o autor, jornalista do periódico “La Nación”, publicou uma série de artigos que vinculavam o senhor Félix Przedborski, representante da Costa Rica na Agência Internacional de Energia Atômica, a diversas condutas ilícitas. As reportagens reproduziam parcialmente informação publicada pelos jornais “*Le Soir Illustré*”, “*La Libre Belgique*”, “*De Morgen*” e “*Financieel-Ekonomische Tijd (FET)*”, todos belgas. O veículo de comunicação concedeu espaço para direito de resposta ao acusado nas reportagens. Todavia,

²⁸²Resolución AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006 sobre “*Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia*”, punto resolutivo 2.

²⁸³Carta Democrática Interamericana, aprovada pela Assembleia Geral da OEA, em 11 de setembro de 2001, no 28º período extraordinário de sessões; No mesmo sentido: Declaração de Nuevo León, aprovada em 13 de janeiro 2004; Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, adotada por Resolução da Assembleia Geral nº 58/4, de 31 de outubro de 2003, artigos 10 e 13; Declaração do Rio sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento, aprovada pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento, realizada entre 3 e 14 de junho de 1992.

Félix Przedborski interpôs duas ações penais contra o jornalista e uma ação cível contra o jornalista e o veículo de comunicação. O jornalista foi absolvido, mas a Suprema Corte de Justiça da Costa Rica anulou a sentença. Foi emitida nova sentença, condenatória. O periódico foi condenado como responsável civil solidário. Tanto o periódico como o jornalista interpuseram recurso de cassação, que foi denegado em ambos os casos. O TIDH ressaltou a existência de incindíveis dimensões individual [compreende além do falar e escrever, o direito de manifestar o próprio pensamento através de qualquer meio, para fazê-lo chegar ao maior número de pessoas] e social [receber qualquer informação e conhecer a expressão do pensamento alheio] da liberdade de expressão (§§ 108-111). Ressaltou a importância da liberdade de expressão para o sistema democrático (§§ 112-116) aduzindo que “sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”. O TIDH admite a legalidade de eventuais restrições à liberdade de expressão nos termos em que a própria convenção autoriza, mas reprime com veemência a censura prévia, direta ou indireta (§ 120). Aduziu que agentes públicos têm uma proteção da intimidade e privacidade mais restrita, de modo que devem ser mais tolerantes a críticas públicas, em razão do princípio do pluralismo democrático: “aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público” (§ 129).

No caso *Ivcher Bronstein v. Peru* o autor, nascido em Israel mas de nacionalidade peruana por naturalização, era sócio majoritário de um canal de televisão desde 1986. O veículo de comunicação passou a veicular reportagens relacionadas ao governo do então presidente Alberto Fujimori. Em 1997 o poder executivo expediu um decreto que regulamentou a lei de nacionalidade, estabelecendo a possibilidade do cancelamento da nacionalidade dos peruanos naturalizados. Ato contínuo, o título da nacionalidade da vítima foi declarado sem efeito e, simultaneamente, suspensa sua condição de acionista do canal de televisão haja vista que a legislação interna exigia nacionalidade peruana para ser proprietário

de veículos de comunicação. O TIDH deferiu medida provisional solicitada pela comissão para garantia da integridade física de membros da família do peticionário e outros jornalistas vinculados à sua emissora. No mérito, declarou a violação do artigo 13 por entender que os jornalistas têm o direito de investigar e difundir fatos de interesse público e que a cassação do título de nacionalidade do peticionário foi um meio indireto de restringir seu direito de liberdade de expressão (§§ 157-162); simultaneamente, considerando a dimensão social da liberdade de expressão, a corte declarou que o Peru limitou o direito de todos os peruanos de receber informações: “el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática” (§ 163).

No caso *López Álvarez v. Honduras* o autor, membro de um grupo étnico minoritário (Garífuna²⁸⁴), era um destacado líder comunitário defensor dos direitos humanos dos garífunas. Por meio de uma flagrante forjado, o peticionário foi preso preventivamente por tráfico de drogas. Submetido a maus-tratos, foi coagido a declarar-se culpado. O peticionário ficou detido preventivamente no Centro Penal de Tela. Após sucessivos recursos internos, a Sala Penal da Suprema Corte de Justiça confirmou a sentença condenatória em desfavor do peticionário, que foi transferido para a Penitenciária Nacional de Támara. Durante o período em que esteve detido, o peticionário foi impedido de se comunicar em seu idioma materno. Nesse sentido, a corte declarou a violação do artigo 13.1, aduzindo que “uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento” (§ 164). A corte declarou que o estado deveria garantir o exercício de direitos cuja restrição não era consequência necessária da

²⁸⁴ Conforme o § 54.1: “Los garífunas son afrodescendientes mestizados con indígenas, cuyo origen remonta al siglo XVIII y cuyas aldeas hondureñas se desarrollaron en la Costa Norte del litoral atlántico. Su economía está conformada, entre otros, por la pesca artesanal, la cría de ganado vacuno, el cultivo de arroz, banano y yuca, la producción artesanal de artefactos para la pesca. La poligamia masculina es admisible dentro de la cultura garífuna. Los garífunas, como minoría étnica, poseen una cultura propia, que ha tenido gran influencia en el desarrollo de la cultura hondureña”. Redatado de acordo com: República de Honduras. *Perfil de los Miembros Indígenas de Honduras*. Documento preliminar, diciembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, anexo 6, folios 689, 690, 705 al 707); Naciones Unidas. *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Oficina de Honduras. Informe Nacional sobre Desarrollo Humano*. 2003, p. 142; UNESCO. *Obra maestra del patrimonio oral e inmaterial de la humanidad – La lengua, la danza y la música de los garífunas*, 2001.

privação da liberdade, inclusive o direito das pessoas se expressarem por qualquer meio e idioma que elejam. A restrição adquiriu maior gravidade porque restringiu um elemento da identidade do peticionário como garífuna e afetou sua dignidade pessoal enquanto membro dessa minoria étnica (§§ 167-169). Nas palavras da corte: “La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura” (§ 171).

No caso *Palamara Iribarne v. Chile* o autor, oficial aposentado da marinha chilena, trabalhava como acessor técnico das Forças Armadas quando foi impedido de publicar um livro intitulado “Ética y Servicios de Inteligencia”. Foram recolhidas e destruídas a obra impressa, o disco rígido do computador e a matriz de impressão. O peticionário abordava na obra alguns aspectos relacionados com a inteligência militar e a necessidade de subordiná-la a alguns parâmetros éticos. Em razão do projeto, foi sujeito à persecução penal e administrativa por crimes de desobediência e incumprimento de deveres militares. O autor foi condenado por desacato e suspenso do cargo. O TIDH declarou que a censura prévia constitui uma “*violación radical*” do direito de expressão individual e do direito de cada pessoa de estar bem informado (§ 68). *In verbis*: “La Corte considera que, en las circunstancias del presente caso, las medidas de control adoptadas por el Estado para impedir la difusión del libro “Ética y Servicios de Inteligencia” del señor Palamara Iribarne constituyeron actos de censura previa no compatibles con los parámetros dispuestos en la Convención” (§ 78). A corte reiterou, como de costume, que o direito de liberdade de expressão não é absoluto, mas o fato do conteúdo da obra ser público foi determinante para o reconhecimento da ilegalidade de sua apreensão. De qualquer modo, só é admissível a responsabilidade ulterior do produtor da obra (§ 79), mas a restrição deve satisfazer um interesse público imperativo, nos termos do artigo 13.2 da Convenção Americana, e sujeitar-se ao princípio da proporcionalidade (§ 85). *In verbis*: “a Corte considera que la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión” (§ 88).

No caso *Ricardo Canese v. Paraguai* o autor, candidato à presidente

do Paraguai, por ocasião de um debate eleitoral nas eleições presidenciais de 1996, acusou Juan Carlos Wasmosy, também candidato, de prática de atos ilícitos quando era presidente de um consórcio público, relacionado à construção da hidroelétrica de Itaipu. Os diretores do consórcio promoveram uma ação penal contra o peticionário, que foi condenado à pena privativa de liberdade, multa e proibição de deixar o país. A sentença foi posteriormente anulada pela Suprema Corte de Justiça do Paraguai. Apesar da anulação, a corte declarou que a reparação do ilícito não inibe a comissão e a corte a se manifestarem sobre a violação da convenção num processo que já se iniciou (§ 71). Aduziu que as declarações do peticionário permitiam o exercício da liberdade de expressão em sua dimensão individual e social ao fomentar o intercâmbio de informação com os eleitores, oferecendo elementos para a escolha do futuro presidente da república (§§ 81 e 88). *In verbis*: “La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar” (§ 90). Desse modo, a corte reconheceu que as declarações do peticionário se inseriam no âmbito do direito de liberdade de expressão pois ocorreu numa disputa eleitoral, em relação a um participante dela, e sobre assunto de interesse público (§§ 94 e 105), de modo que não havia um interesse social imperativo que justificasse uma sanção penal por virtual abuso do direito de liberdade de expressão (§ 106).

No caso *Olmedo Bustos y otros (“La Última Tentación de Cristo”) v. Chile*, o conselho de qualificação cinematográfica chileno vedou a exibição do filme “La Última Tentación de Cristo”, em 1988, decisão ratificada pela Suprema Corte de Justiça. Em 1999 a Câmara dos Deputados aprovou um projeto de reforma constitucional tendente a eliminar a censura prévia na exibição e publicidade da produção cinematográfica, haja vista que o artigo 19.12 da constituição chilena expressamente a autorizava. Todavia, a emenda à constituição não havia entrado ainda em vigor quando do julgamento do caso pelo TIDH. A corte declarou que a

exceção à vedação da censura prévia admitida pelo artigo 13.4 da convenção tem por único objetivo regular o acesso à espetáculos públicos para proteção da infância e adolescência, de modo que em todos os demais casos qualquer medida preventiva vulnera a liberdade de expressão (§ 70). Declarou, ainda, que a responsabilidade internacional do estado chileno exsurgia diretamente da existência de uma norma constitucional incompatível com o direito internacional dos direitos humanos (§ 72). Aduz ainda que em direito das gentes, há uma norma consuetudinária que prescreve que o estado que tenha ratificado um tratado de direitos humanos deve tomar todas as medidas internas necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas (§ 87)²⁸⁵. Nesse sentido, *in verbis*: “En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención” (§ 88).

No caso *Fontevicchia y D'Amico v. Argentina* os petionários Jorge Fontevicchia e Héctor D'Amico, editores, realizaram publicações que vinculavam o então presidente da Argentina, Carlos Menem, à existência de um suposto filho não reconhecido por ele. A publicação veiculava fotografias. O presidente promoveu ação de reparação civil postulando dano moral por suposta violação de sua intimidade. Os tribunais argentinos condenaram os petionários a indenizar o presidente. A corte reconheceu a importância de encontrar um equilíbrio entre a vida privada e a liberdade de expressão, já que ambos não são absolutos (§ 50). Saliu que as pessoas públicas se expõem voluntariamente a um escrutínio mais exigente e que suas atividades saem do domínio da esfera privada e inserem-se no domínio da esfera pública (§§ 47 e 59-61). Ao denunciar a prestação de favores econômicos e políticos prestados pelo Presidente da República em favor do suposto filho e sua mãe, a reportagem veiculava notícia de interesse público (§ 62). Além disso, considerou que a suposta filiação já havia sido veiculada por veículos de comunicação na Argentina e na Espanha sem oposição do presidente, que ainda adotou comportamentos favoráveis que deram a conhecer essas relações pessoais

²⁸⁵“*principe allant de soi*”; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, nº 10, p. 20; e *Caso Durand y Ugarte*, § 136.

ao participar de atos públicos e receber na residência oficial o suposto filho e sua mãe (§§ 63-65). A corte ainda reconheceu que as imagens devem ser protegidas ao abrigo do artigo 13, *in verbis*: “Asimismo, la fotografía es una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 de la Convención. La fotografía no solo tiene el valor de respaldar o dar credibilidad a informaciones brindadas por medio de la escritura, sino que tiene en sí misma un importante contenido y valor expresivo, comunicativo e informativo” (§ 67). Nesse sentido, a corte considerou relevante o fato das fotografias terem sido entregues aos petionários pela assessoria de imprensa da presidência da república sem que houvesse, portanto, qualquer sentimento de intromissão em relação à vida privada do presidente (§ 69). Desse modo, a corte concluiu pela violação do artigo 13, sumarizando que os petionários “trataban sobre asuntos de interés público, que los hechos al momento de ser difundidos se encontraban en el dominio público y que el presunto afectado con su conducta no había contribuido a resguardar la información cuya difusión luego objetó” (§ 71).

Caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*: a Guerrilha do Araguaia foi um movimento de resistência ao regime militar integrado por alguns membros do Partido Comunista do Brasil. Entre abril de 1972 e janeiro de 1975, as Forças Armadas empreenderam campanha de informação e repressão contra os membros da guerrilha, incluindo assassinatos e desaparecimentos. Em 1979, o Brasil editou uma lei que anistiava as violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar. Além disso, medidas legislativas e administrativas adotadas pelo estado restringiram o direito de acesso à informação aos familiares dos desaparecidos. No que tange a liberdade de expressão, a corte reconheceu a violação do artigo 13 quanto ao direito de buscar e receber informação. Faz-se mister ressaltar que o direito à verdade²⁸⁶ reconhecido pela corte

²⁸⁶Sobre o direito à verdade: Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos. *Estudo sobre o Direito à Verdade*. U.N. Doc. E/CN.4/2006/91, 2006; Assembleia Geral da OEA. Resoluções: AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06), 2006; AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07), 2007; AG/RES. 2406 (XXXVIII-O/08), 2008; AG/RES. 2509 (XXXIX-O/09), 2009; e AG/RES. 2595 (XL-O/10), 2010; e Informe de Diane Orentlicher, perita independente encarregada de atualizar os princípios para a luta contra a impunidade (E/CN.4/2005/102), 2005. No mesmo sentido, a antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU estabelece que: i) cada povo tem o direito inalienável de conhecer a verdade acerca dos acontecimentos passados em relação aos crimes graves (princípio 2); ii) o estado deve preservar os arquivos e outras provas relativas a violações de direitos humanos e facilitar o conhecimento de tais violações como uma forma de preservar a memória coletiva e evitar que surjam teses revisionistas e negacionistas (princípio 3); iii) Independentemente das ações judiciais, as vítimas e seus familiares

em inúmeros julgados sobre desaparecimentos forçados é sempre vinculado aos artigos 8 e 25, pois a corte entende que a “verdade” não foi obtida ou revelada porque a perseguição levada a cabo pelo estado foi deficiente²⁸⁷. A peculiaridade do caso em tela deve-se ao fato de que os peticionários interpuseram ação ordinária no âmbito interno para obter informações na posse do estado. Assim, a violação ao artigo 13 foi reconhecida porque: “dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso y conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando, por algún motivo permitido por la Convención, el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto (...). Su entrega a una persona puede permitir a su vez que la información circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. (...) las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea” (§ 197). Declarou ainda que o acesso à informação pública é um requisito indispensável para o funcionamento da democracia, transparência e boa gestão pública, de modo que as autoridades estatais devem se reger pelo princípio da máxima divulgação, construindo uma presunção de acessibilidade de informações públicas, que só poderá ser restringida nos casos das exceções estabelecidas pelo próprio sistema interamericano de proteção aos direitos humanos (§§ 198-199, 229-230).

No caso *Kimel v. Argentina* o peticionário publicou um livro intitulado “La masacre de San Patricio”, que analisava o assassinato de cinco religiosos no período da ditadura militar argentina. O autor criticava a atuação das autoridades

tem o direito imprescritível de conhecer a verdade acerca das circunstâncias em que as violações foram cometidas e, em caso de falecimento e desaparecimento, acerca do que ocorreu com a vítima (princípio 4); e iv) incumbe aos estados adotar as medidas adequadas, incluindo as medidas necessárias para garantir o funcionamento independente e eficaz do poder judiciário, para efetivar o direito à saber. As medidas apropriadas para garantir esse direito podem incluir processos não judiciais que complementem a função do poder judiciário. De qualquer modo, os estados devem garantir a apresentação de arquivos relativos a violações de direitos humanos e a possibilidade de consultá-los. Cfr. *Conjunto de princípios atualizados para a proteção e promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade* (E/CN.4/2005/102/Add.1), 2005.

²⁸⁷No § 201: “(...) Desde el *Caso Velásquez Rodríguez* el Tribunal afirmó la existencia de un “derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”. La Corte ha reconocido que el derecho de los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos a conocer la verdad se enmarca en el derecho de acceso a la justicia. Asimismo, el Tribunal ha considerado la obligación de investigar como una forma de reparación, ante la necesidad de remediar la violación del derecho a conocer la verdad en el caso concreto”; Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*, § 181; *Caso Kawas Fernández*, §§ 117 e 190; *Caso Anzualdo Castro*, § 118.

encarregadas das investigações e um juiz em particular. O juiz promoveu uma ação penal contra o peticionário, que foi condenado à prisão e multa pelo crime de calúnia. Após declarar que a ponderação entre a liberdade de expressão e a honra dos funcionários públicos deve ocorrer em cada caso (§ 51), haja vista que a liberdade de expressão não é absoluta (§ 54), a corte considerou que o fato da Suprema Corte de Justiça alterar a tipificação do delito de injúria para calúnia revela falta de precisão normativa que indiretamente restringe a liberdade de expressão (§§ 66-67), concluindo que “es notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo – como lo ha reconocido el propio Estado – tomando en cuenta los hechos imputados al señor Kimel, su repercusión sobre los bienes jurídicos del querellante y la naturaleza de la sanción – privación de libertad – aplicada al periodista” (§ 80). Aduziu ainda que o regime democrático exige maior tolerância em relação a afirmações feitas por cidadãos no controle da atividade pública, incluindo as que chocam, irritam e inquietam, e que “la crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concreto en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos” (§§ 87-89). Foi fundamental para o reconhecimento da violação do artigo 13, o fato de que o peticionário apenas emitiu sua opinião sobre a conduta do magistrado, não lhe imputando nenhum fato. O peticionário emitiu um juízo de valor crítico sobre o desempenho do poder judiciário, e as opiniões não podem ser declaradas verdadeiras ou falsas, e, como tal, não podem ser objeto de sanção pois “no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor” (§§ 89-93).

No caso *Cepeda Vargas v. Colômbia*, o peticionário, comunicador social, líder do Partido Comunista Colombiano e da União Patriótica, foi eleito deputado (1991-1994) e posteriormente senador da república (1994-1998). Em 9 de agosto de 1994, o senador foi assassinado em razão da sua militância política de oposição e suas publicações como comunicador social. Após o evento, não se desenvolveram investigações satisfatórias nem se sancionaram os responsáveis. A corte considerou que o senador foi ostensivamente desprotegido mesmo em face da situação de risco de vida em face do contexto geral de violência contra os dois partidos que representava (§ 117), e que a liberdade de expressão é ilegítimamente restringida por condições de fato que coloquem direta ou indiretamente em situação de risco quem as exerce. Além disso, o estado deve abster-se de atuar de maneira

que propicie ou estimule tal vulnerabilidade, adotando medidas necessárias para prevenir violações, sendo responsável por garantir faticamente a participação efetiva de pessoas, grupos ou partidos políticos de oposição (§§ 172-173). Isso posto, a corte reconheceu a violação do artigo 13 nos seguintes termos: “por ende, el Estado no generó condiciones ni las debidas garantías para que, como miembro de la UP en el contexto referido, el Senador Cepeda tuviera una oportunidad real de ejercer el cargo para el que fue democráticamente electo, en particular mediante el impulso de la visión ideológica que representaba a través de su participación libre en el debate público, en ejercicio de su libertad de expresión” (§ 176).

O caso *Perozo y otros v. Venezuela* tem como vítimas 44 pessoas vinculadas ao canal de televisão *Globovisión*. Os fatos que ensejaram a petição ocorreram entre 2001 e 2005, e consistiram em declarações de funcionários públicos, hostilidades, agressões físicas e verbais, cometidos por agentes estatais e particulares, contra 44 pessoas vinculadas ao canal de televisão, como jornalistas, assistentes técnicos, acionistas, dentre outros colaboradores, e bens e sede do canal. A corte declarou que a liberdade de expressão é um mecanismo de controle e denúncia cidadã, e sua ausência se torna um campo fértil para os sistemas autoritários (*Caso Perozo*, § 116; *Caso Ríos y otros*, § 105), de modo que o estado deve equilibrar a participação de diversas correntes no debate público impulsionando o pluralismo informativo (*Caso Perozo*, § 117; *Caso Ríos y otros*, § 106)

O caso *Ríos y otros v. Venezuela* teve a mesma tônica do anterior. Teve como vítimas 20 trabalhadores do canal de televisão RCTV. Entre os anos de 2001 e 2004 vários atos de agentes públicos e privados foram praticados contra os colaboradores do canal de televisão com objetivo de restringir-lhes o direito de buscar, receber e difundir informações, como ameaças, hostilidades, agressões verbais e físicas, inclusive através de disparo de arma de fogo. A princípio, a corte declarou que para aferir a violação da convenção não é necessário perquirir acerca da intencionalidade e culpabilidade tampouco precisar individualmente os agentes que contribuíram para o fato violatório, sendo suficiente que o estado não tenha cumprido uma obrigação a seu encargo (§ 117). A corte reconheceu que, em face da natureza pública da atividade dos comunicadores sociais, há necessidade de ser mais tolerantes com as críticas que os rodeiam, tanto pública como privada, desde que não conduzam à violência (§§ 212-213). O efetivo exercício da liberdade de

expressão implica a existência de condições e práticas sociais que a favoreçam, de modo que o estado deve abster-se de propiciar, estimular, favorecer ou aprofundar sua vulnerabilidade, e adotar medidas para prevenir os direitos de quem se encontra em tal situação (§ 107). Assim, “el hecho de que en diversos discursos oficiales de altos funcionarios estatales se relacionara a RCTV, en particular a sus dueños y directivos, con planes de desestabilización política, actividades terroristas o con el golpe de Estado de 2002, colocó a quienes trabajaban para este medio particular de comunicación en una posición de mayor vulnerabilidad relativa frente al Estado y determinados sectores de la sociedad” (§ 145) (...) El contenido de algunos discursos, por la alta investidura de quienes los pronunciaron y su reiteración, implica una omisión de las autoridades estatales en su deber de prevenir los hechos, pues pudo ser interpretado por individuos y grupos de particulares de forma tal que derivaran en actos de violencia contra las presuntas víctimas, así como en obstaculizaciones a su labor periodística” (§ 148).

No caso *Uzcátegui y otros v. Venezuela*, Néstor José Uzcátegui foi vítima de execução extrajudicial praticada por membros da polícia do estado de Falcón, Venezuela. Após a morte do irmão, Luis Henrique tornou-se presidente da comissão em favor da defesa dos direitos humanos no estado de Falcón. Luis Enrique Uzcátegui foi, posteriormente, perseguido por membros da polícia quando buscava o reconhecimento da responsabilidade da força policial pela execução do irmão através do poder judiciário e da imprensa. Foi ameaçado, hostilizado e detido, suportando, inclusive, um processo judicial pela prática de difamação em razão da difusão do abuso de autoridade por meio de veículos de comunicação, com o objetivo de intimidá-lo a interromper as denúncias. A corte declarou que “el señor Uzcátegui fue mantenido en una situación de incertidumbre, inseguridad e intimidación por la existencia de un proceso penal en su contra, en atención al alto cargo que ocupaba quien presentó la querrela, señalado a su vez en dichas expresiones como uno de los presuntos responsables de los hechos, en el referido contexto y ante los actos de amenaza, hostigamiento y detenciones ilegales. Así, el proceso penal pudo haber generado un efecto intimidador o inhibitor en el ejercicio de su libertad de expresión, contrario a la obligación estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de este derecho en una sociedad democrática” (§ 189).

No caso *Tristán Donoso v. Panamá*, o peticionário era advogado das dioceses de Colón e Kuna Yala, ocasião em que o bispo da arquidiocese solicitou

que prestasse assistência legal ao senhor Walid Sayed, que era investigado pelo Ministério Público pela prática do delito de lavagem de dinheiro. Houve uma interceptação telefônica entre o peticionário e o pai de Walid Sayed, em que se discutia o pagamento de suposta propina para liberação do réu. O peticionário acusou o Procurador-Geral que, posteriormente, convocou uma coletiva de imprensa aduzindo que o peticionário estava confabulando contra sua pessoa e o Ministério Público. Posteriormente, o peticionário convocou uma coletiva de imprensa para denunciar que o Procurador-Geral havia interceptado seus telefones e gravado chamadas telefônicas sem que tivesse autorização, ocasião em que o Procurador-Geral instaurou ação penal e civil contra o peticionário pela prática de crimes de calúnia e injúria, pois não havia realizado ou ordenado interceptação nenhuma. O peticionário foi condenado pelo Superior Tribunal de Justiça do Panamá, tanto no âmbito penal como no âmbito cível. A corte interamericana aduziu que o estado deve minimizar as restrições à circulação de informações (§ 113), que a liberdade de expressão alcança os advogados (§ 114), e que numa sociedade democrática os funcionários públicos se expõe voluntariamente a um escrutínio público mais exigente pois suas atividades saem da esfera privada e se inserem na esfera do debate público (§§ 115 e 122). O TIDH considerou que uma afirmação verdadeira sobre um fato praticado por um funcionário público é protegida pela convenção, mas a situação é distinta quando há uma inexatidão fática lesiva à honra (§ 124). Reconheceu que o procurador não participou da gravação (§ 61) e analisou se a responsabilidade posterior do advogado justificava-se à luz do princípio da proporcionalidade, concluindo que a condenação penal era excessiva e que o temor de uma reparação civil pode ser inibidora da liberdade de expressão (§§ 116-130).

No caso *Usón Ramírez v. Venezuela* o peticionário, general aposentado das Forças Armadas, participou de uma programa de televisão no qual explicou como funcionava um lança-chamas e os procedimentos necessários para utilizá-lo. Em razão de suas declarações, foi condenado pelo crime de injúria contra a Força Armada Nacional. A corte interamericana primeiramente salientou que os direitos reconhecidos na convenção são de titularidade de seres humanos, não de instituições como as Forças Armadas (§§ 45 e 63). Apesar disso, amparando-se em precedentes do TEDH, reconheceu que a restrição à liberdade de expressão para a defesa da reputação de uma companhia era um fim legítimo, e que as restrições autorizadas pela Convenção Americana não se justificam apenas para a

tutela de direitos individuais (§ 65). Declarou, entretanto, que a norma do Código Orgânico da Justiça Militar não reconhecia a existência de dolo, o que resultava numa tipificação vaga e ambígua que violava os artigos 13.1 e 13.2 (§§ 57-58, 68 e 75), e que o peticionário foi julgado e condenado a penas extremamente gravosas sem que se tivesse em conta a maior tolerância exigida pela convenção quanto as afirmações dos cidadãos no exercício do controle democrático (§ 84). Importante também o parágrafo da decisão que aduz que uma opinião não pode ser objeto de sanção nem submetida a requisitos de veracidade, conforme já tinha manifestado o TEDH no caso *Lingens*²⁸⁸ (§ 86).

No caso *Vélez Restrepo y familiares v. Colômbia* o requerente filmava um protesto contra política governamental quando filmou membros do exército golpeando um manifestante indefeso, razão pela qual foi agredido por membros do Exército Nacional Colombiano. A agressão não foi investigada, e o peticionário sofreu ameaças, intimidações e uma tentativa de sequestro, sem medidas adequadas de prevenção e proteção por parte do estado, o que provocou o exílio de Vélez Restrepo, sua esposa e seus dois filhos, nos Estados Unidos da América. A corte observou que a agressão se deu enquanto o peticionário realizava captação de informações de interesse público e tinha por objetivo impedir a gravação (§§ 142 e 144-145). Considerou, ainda, que a agressão gerou um impacto negativo noutros profissionais da imprensa que abordam notícias de interesse público pois pode ter como efeito a autocensura (§§ 148 e 212). Reconheceu a violação do artigo 13 em sua dimensão pessoal e social: “cuando por medio del poder público se establecen medios o efectúan acciones para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias se produce “una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados” (§ 139), e concluiu responsabilizando o estado: “la Corte considera que la falta de cumplimiento de la obligación de investigar los hechos de agresión del 29 de agosto de 1996 y las posteriores amenazas y hostigamientos y de la obligación de adoptar medidas de protección frente a estos últimos hechos implicó un incumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar el derecho de libertad de pensamiento y de expresión del señor Vélez Restrepo” (§ 215).

Na *Opinião Consultiva n.º 5-85* a Costa Rica solicitou que a corte se

²⁸⁸ Cfr. *Caso Kimel*, § 93; TEDH, *Lingens v. Austria*, § 46.

manifestasse quanto a legalidade internacional da Lei Orgânica do Colégio de Periodistas da Costa Rica e sobre a obrigatoriedade de adesão dos jornalistas a tal entidade de classe como uma condição para o exercício da profissão. A corte considerou que a obrigação de associação dos jornalistas não configurava uma *supressão* da liberdade de expressão (§ 54), mas aduziu que a supressão não é o único meio através do qual o artigo 13 da convenção poderia ser vulnerado, porque todo ato de uma instituição pública ou privada que configure uma *restricção* ao direito de buscar, receber e difundir informações e ideias, em maior medida ou por meios distintos que os autorizados pela convenção, viola o artigo 13 (§ 55). *In casu*, a obrigação de associação restringe o direito de difundir informações em relação aos não associados. A corte aduziu que “las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta (...) el bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece” (§§ 76-77). Sendo assim, a corte entendeu que a obrigação de associação era *útil*, mas não *necesária* para alcançar os fins que objetivava haja vista que outras vias menos restritivas estavam disponíveis para organizar a categoria em termos de responsabilidade e ética profissional, verificando-se, desse modo, uma violação ao artigo 13.2 (§§ 79-80). Em termos conclusivos, a corte sublinhou que “no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas”.

Nos termos da jurisprudência consolidada pelo TIDH, a proteção conferida ao direito de liberdade de expressão consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos inclui o direito e liberdade de expressar o próprio pensamento, e o direito e liberdade de buscar, receber e difundir informações e

ideias de toda índole, fomentando uma dimensão individual e uma dimensão social da liberdade de expressão. Em sua dimensão individual, a liberdade de expressão não se esgota no reconhecimento teórico do direito de falar ou escrever, pois compreende o direito de utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e fazê-lo chegar ao maior número possível de destinatários. Em sua dimensão social, a liberdade de expressão é um meio de intercâmbio de ideias e informações ao promover a comunicação massiva entre os seres humanos. Consiste no direito de todos a conhecer opiniões e notícias. Essas duas dimensões devem ser garantidas simultaneamente²⁸⁹.

A CIDH não ignora a necessidade de restrições à liberdade de expressão nos termos que a própria Convenção Americana autoriza. “La expresión *restricción* alude a la conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión”²⁹⁰. As restrições podem ser gerais, nos termos do artigo 32.2 da convenção: tal enunciado tem aplicabilidade nos casos em que a convenção, ao proclamar um direito, é omissa quanto à possibilidade de restrições legítimas; ou particulares, nos termos do artigo 13, que trata especificamente da liberdade de expressão²⁹¹.

Para que as restrições subsumam-se ao regime do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos devem atender aos seguintes requisitos: a) deve ser estabelecida por lei, pois os direitos humanos não se sujeitam ao arbítrio dos poderes públicos; b) as restrições estabelecidas por lei devem responder a um objetivo estabelecido pela convenção (conforme artigo 13.2); c) embora a “ordem pública” e o “bem comum” sejam fundamentos legitimadores das restrições aos direitos humanos, em nenhuma hipótese podem ser arguidos para suprimir, desnaturar ou privar de conteúdo real, um direito garantido pela convenção. Exige a CIDH, ainda, que tais conceitos sejam desvendados de acordo com as justas exigências de uma sociedade democrática que tenha em conta a necessidade de equilibrar os interesses em jogo e a necessidade de preservar o objeto e fim da convenção; d) a necessidade e a legalidade internacional das restrições ao direito de

²⁸⁹ OC-5/85, §§ 31-33; *Caso Claude Reyes y otros*, § 77; *Caso López Álvarez*, §163; *Caso Palamara Iribarne*, § 69; *Caso Ricardo Canese*, §§ 78-80; *Caso Herrera Ulloa*, §§ 109-111; *Caso Ivcher Bronstein*, §§ 147-149; e *Caso Olmedo Bustos y otros*, §§ 65-67.

²⁹⁰ OC-5/85, § 35. Também no *Caso Palamara Iribarne*, § 79; *Caso Ricardo Canese*, § 95; *Caso Herrera Ulloa*, § 120.

²⁹¹ OC-5/85, §§ 45, 47, 50, 51 e 65.

liberdade de expressão dependem da satisfação de um interesse público imperativo. Dentre as várias opções ao alcance dos poderes, deve-se optar por aquela que restrinja em menor escala o direito tutelado. A restrição deve ser proporcional ao interesse que a justifica e ajustar-se estritamente a seu objetivo legítimo.²⁹²

O TIDH expande a responsabilidade do estado nos casos em que a violação é causada por particulares. A liberdade de expressão também é vulnerada quando a resistência à comunicação ou circulação de ideias e opiniões ocorre em consequência da atuação de particulares. Nesse caso, a responsabilidade do estado decorre de sua inépcia em garantir o exercício do direito, com fundamento no artigo 1.1 da Convenção Americana. “(...) Esto significa, como lo ha dicho la Corte, que tal obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares²⁹³.”

A jurisprudência do TIDH, fundada no artigo 63.1 da convenção, prevê a obrigação de reparar o dano quando surge a responsabilidade internacional do estado em razão da violação de direitos humanos. Há diversas possíveis consequências reparatórias. Algumas delas são concernentes ao indivíduo que injustificadamente teve tolhido suas prerrogativas atinentes ao direito de liberdade de expressão. Aqui, a obrigação patrimonial secundária surge em relação ao estado, e compreende o dano material e imaterial causado pela violação²⁹⁴. Noutros casos, as consequências da violação incluem obrigações estatais que excedem o mero fato da reparação patrimonial, como as obrigações de não repetir as condutas que foram declaradas violatórias pelo TIDH, alterar os instrumentos normativos internos²⁹⁵ e publicitar as decisões condenatórias²⁹⁶.

O TIDH também se tem ocupado da expedição de medidas de caráter

²⁹²Parâmetros estabelecidos de acordo com: *OC-5/85*, §§ 39, 46, 67 e 69, *Caso Claude Reyes y otros*, § 91; *Caso Palamara Iribarne*, §§ 72, 73 e 85; *Caso Ricardo Canese*, §§ 82, 86 e 96; *Caso Herrera Ulloa*, §§ 109, 121-123; *Caso Ivcher Bronstein*, § 147; *Caso López Álvarez*, § 165; e *Caso Olmedo Bustos y otros*, § 65.

²⁹³*Asunto de la emisora de televisión Globovisión*, resolución de la CIDH, de 4 de septiembre de 2004, considerando 11.

²⁹⁴*Caso Palamara Iribarne*, §§ 239, 242, 246 e 247; *Caso Ricardo Canese*, §§ 206 e 207; *Caso Herrera Ulloa*, § 200; *Caso López Álvarez*, § 201; e *Caso Claude Reyes y otros*, § 156.

²⁹⁵*Caso Palamara Iribarne*, § 254: (...) el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, todas las medidas necesarias para derogar y modificar cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión (...).

²⁹⁶*Caso Palamara Iribarne*, § 252: El Estado deberá publicar en el *Diario Oficial* y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, al capítulo relativo a los hechos probados de la Sentencia de la Corte Interamericana (...) El fallo se deberá publicar íntegramente en el sitio web oficial del Estado. (...). Também em *Caso Claude Reyes y otros*, § 160; *Caso Ricardo Canese*, § 209 e *Caso Carpio Nicolle y otros*, § 138.

urgente em relação à liberdade de expressão (vide nota 280). Segundo o tribunal, as medidas provisionais possuem caráter cautelar (asseguramento do procedimento, sua matéria e seus sujeitos) e tutelar (preservação dos direitos humanos). No exercício dessa competência, o tribunal sopesa a gravidade e urgência de determinadas situações acreditadas *prima facie*. Em alguns casos, houve extensão subjetiva da tutela conferida em sede provisional, para que seus efeitos alcancem pessoas que não foram individualizadas no momento de concessão da medida, mas objetivamente identificadas de acordo com determinados critérios, como, por exemplo, a condição de funcionário de um determinado meio de comunicação²⁹⁷. “La Corte ha ordenado la protección de una pluralidad de personas que no han sido previamente nominadas, pero que son identificables y determinables, y se encuentran en una situación de grave peligro. Para garantizar efectivamente los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación de proteger a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Esto significa, como lo ha dicho la Corte, que tal obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares (...)”²⁹⁸.

Além dos órgãos oficiais de interpretação da convenção, inúmeras organizações não-governamentais têm-se mobilizado para a implementação do direito de liberdade de expressão no continente. No ano de 1994, a Associação Interamericana de Imprensa adotou a Declaração de Chapultepec elaborando um conjunto de princípios atinentes ao direito de liberdade de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana. Embora não se possa dizer que a Declaração constitua direito internacional no sentido de irradiação de efeitos normativos, na medida em que se incrementa a deferência para com suas disposições, sua

²⁹⁷ *Asunto diarios El Nacional y Así es la Noticia*, resolución de la CIDH, de 6 de julio de 2004, resolutive 2: Se requiere al Estado que adopte, sin dilación, las medidas que sean necesarias para brindar protección perimetral a las sedes de los medios de comunicación social en los que laboran los beneficiarios de las medidas. También em *Asunto Luisiana Ríos y otros (Radio Caracas Televisión-RCTV)*, resolución del Presidente de la CIDH, de 27 de julio de 2004, resolutive 3; resolución de la CIDH, de 12 de septiembre de 2004, resolutive 2.

²⁹⁸ *Asunto de la emisora de televisión Globovisión*, resolución de la CIDH, de 4 de septiembre de 2004, considerando 11. También em *Asunto Luisiana Ríos y otros (Radio Caracas Televisión-RCTV)*, resolución del Presidente de la CIDH, de 27 de julio de 2004, considerandos 9 a 11, resolución de la CIDH, de 8 de septiembre de 2004, considerandos 9 a 11 y resolución de la CIDH, de 12 de septiembre de 2004, considerandos 9 a 11; *Asunto diarios El Nacional y Así es la Noticia*, resolución de la CIDH, de 6 de julio de 2004, considerandos 9 a 11.

vinculatividade fatalmente emergirá a título de direito consuetudinário.²⁹⁹

4.3 Sistema europeu de direitos humanos

O Conselho da Europa é uma organização intergovernamental, composta atualmente por 47 estados, incumbida da missão institucional de promover os direitos humanos no continente europeu. Um de seus principais instrumentos normativos intergovernamentais é a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais³⁰⁰, que impõe obrigações *erga omnes* aos estados contratantes³⁰¹. Nos parágrafos primeiro, segundo e quinto do preâmbulo da convenção há referências explícitas à DUDH. O corpo da convenção é composto por 59 artigos distribuídos em 3 títulos: o primeiro título enuncia o catálogo de direitos reconhecidos (arts. 2 a 18); o segundo regulamenta a estrutura e funcionamento do TEDH (arts. 19 a 51); e o terceiro inclui disposições diversas (arts. 52 a 59). O artigo 15 estabelece restrições à voluntariedade das partes contratantes ao vedar derrogações à legalidade, vida, proibição de tortura e escravidão, contribuindo para a densificação do conceito de *ius cogens*³⁰². A convenção dispõe ainda de 14 protocolos adicionais. A convenção dispõe apenas sobre direitos civis e políticos. Os direitos econômicos, sociais e culturais, são objetos da Carta Social Europeia, de 1961. O artigo 10 dispõe sobre o direito de liberdade de expressão, e tutela o direito de receber e transmitir, mas não o de buscar informações³⁰³, ao contrário da DUDH,

²⁹⁹ *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, 1998, v. 3; *Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression*. OEA/Ser. L/V/II.102, Doc. 6 rev., 1999, capítulo 3: reconhece que a Declaração de Chapultepec está se tornando um grande marco referencial em sede de liberdade de expressão. Até a presente data, 30 países já assinaram a Declaração: Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Bolívia, Belize, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guiana, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, St. Kitts e Nevis, St. Vincent e Grenadines, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Estados Unidos da América. Disponível em: www.declaraciondechapultepec.org/english/presidential_sign.htm

³⁰⁰ Adotada em 1950, mas entrou em vigor em 1953.

³⁰¹ CASSESE, Antonio. "Towards a Moderate Monism: Could International Rules Eventually Acquire the Force to Invalidate Inconsistent National Laws?" In: *Realizing Utopia. The Future of International Law*. Antonio Cassese. Oxford University Press, 2012, p. 194.

³⁰² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. "El Convenio Europeo de Derechos Humanos." In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Felipe Gómez Isa; José Manuel Perea. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004, p. 403.

³⁰³ Jurisprudência já consolidada nesse sentido: *Leander v. Suécia*, §§ 48 e 67; *Gaskin v. Reino*

PIDCP e a Convenção Americana.

O mais desenvolvido sistema internacional de proteção aos direitos humanos tem como órgão jurisdicional o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), incumbido da missão institucional de velar pela observância da Convenção Europeia e seus protocolos adicionais em relação aos estados-partes, nos termos do artigo 19 da convenção. Qualquer dos estados-partes na convenção pode peticionar à corte arguindo violação da própria convenção ou qualquer de seus protocolos adicionais em relação à outra parte contraente (*erga omnes parts*) (art. 33). Quando se trata de demandas interestatais, qualquer estado-parte pode arguir a violação, independentemente do vínculo de nacionalidade com as vítimas. O TEDH seguindo orientação da CIJ no caso *Barcelona Traction*, já se manifestou no sentido de que a Convenção Europeia, ao contrário dos tratados clássicos, não se sujeita ao princípio da reciprocidade entre os estados contratantes, porque, além de uma rede de compromissos sinalagmáticos, cria obrigações objetivas que disfrutam de garantia coletiva, e por isso tem natureza singular³⁰⁴. Além disso, qualquer pessoa, organização não-governamental, ou grupos de indivíduos sujeitos à jurisdição de qualquer estado contratante podem peticionar à corte na condição de vítima da violação da convenção ou seus protocolos (art. 34). Nesse caso, contudo, o peticionário deve necessariamente ser vítima da violação. As sentenças são obrigatórias nos termos do artigo 46.1, e tem dois efeitos: coisa julgada em relação ao estado demandado e “*cosa interpretada con efectos erga omnes*”, já que o tribunal tem tanto competência para aplicar a convenção como para interpretá-la³⁰⁵. O TEDH também tem competência consultiva em relação a solicitações formuladas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Sem qualquer pretensão de uma análise exaustiva da atividade jurisdicional do TEDH, que depois do protocolo nº 11, de 1994, que entrou em vigor em 1998, tornou-se órgão de jurisdição obrigatória e

Unido, § 49; *Guerra e Ors. v. Itália*, § 60; *McGinley e Egan v. Reino Unido*, §§ 102 e 103; *Odièvre v. França*, §§ 44-49, *Sîrbu e outros v. Moldávia*; *Roche v. Reino Unido*, §§ 125 e 166. Os casos *McGinley* e *Odièvre* não se referem ao artigo 10 da Convenção Europeia, e sim ao 6º e 8º, mas o TEDH igualmente declarou a impossibilidade jurídica do pedido de acesso à informação buscada. Entendeu que o estado havia fornecido informação suficiente no caso *McGinley* e não deveria fornecê-las no caso *Odièvre*. Nos casos *Guerra* e *Roche*, entendeu que a ausência de informação violou o artigo 8º, mas não o 10. No caso *Sîrbu*, entendeu pela violação do artigo 6º.

³⁰⁴ *Loizidou v. Turkey*, §§ 70 e 71; *Irlanda v. Reino Unido*, § 239

³⁰⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. “El Convenio Europeo de Derechos Humanos.” In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Felipe Gómez Isa; José Manuel Perea. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004, p. 418.

passou a aceitar reclamações individuais, o que multiplicou o número de conflitos submetidos à sua atividade judicativa, algumas e recentes decisões merecem consideração mais detalhada.

A única restrição abstratamente reconhecida pela Comissão Europeia (extinta com o protocolo nº 11) referia-se à disseminação de ideias que promovem o racismo e a ideologia nazista, porque a liberdade de expressão não pode ser utilizada para destruição de outros direitos tutelados pela Convenção Europeia. Tal decisão aplicou a teoria do “*paradox of tolerance*”: a tolerância absoluta pode levar a tolerância em relação a ideias que fomentam a intolerância, colocando em risco a tolerância na medida em que essas ideias ganham adeptos e se fortalecem³⁰⁶. Em sede de controle de convencionalidade concreto, o TEDH examina qualquer tipo de interferência em qualquer tipo de expressão (v.g. política, comercial), o meio pelo qual ela é disseminada (v.g. imprensa) e o destinatário da manifestação (v.g. adulto, criança). Em algumas decisões, a corte se utilizou de conceitos densificados pela jurisprudência dos Estados Unidos, tradicionalmente amplamente favorável à liberdade de expressão, e a outros instrumentos internacionais de tutela da liberdade de expressão.

O TEDH já se manifestou sobre a liberdade de expressão nos mais variados caminhos. Tutelou a liberdade de criticar o governo já em 1986³⁰⁷; reconheceu que o estado não pode intervir entre a emissão e o recebimento da mensagem³⁰⁸; tutelou o “*commercial speech*”, embora reconhecendo a ampla margem de apreciação interna atinente à matéria comercial³⁰⁹; bem como a liberdade de expressão artística e a livre circulação de artes³¹⁰. Em notório julgamento, distinguiu informação (fatos) e opinião (juízo de valor), decidindo que a opinião não pode ser objeto de prova, apenas os fatos em que a opinião se baseia³¹¹. A liberdade de opinião tem especial proteção para assegurar o pluralismo de ideias numa sociedade democrática. Mesmo em relação aos fatos, o tribunal tem

³⁰⁶ *Kühnen v. the Federal Republic of Germany; D.I. v. the Federal Republic of Germany.*

³⁰⁷ *Lingens v. Austria; Sener v. Turkey; Thoma v. Luxembourg; Dichand and Others v. Austria.*

³⁰⁸ *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland; Casado Coca v. Spain.*

³⁰⁹ *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. the Federal Republic of Germany.*

³¹⁰ *Otto-Preminger Institut v. Austria*: “Through his creative work, the artist expresses not only a personal vision of the world but also his view of the society in which he lives. To that extent art not only helps shape public opinion but is also an expression of it and can confront the public with the major issues of the day.”

³¹¹ *Lingens v. Austria; Jerusalem v. Austria; Dichand and Others v. Austria.*

manifestado deferência com certa margem de erro em caso de boa-fé³¹². O sigilo de fontes jornalísticas também deve ser assegurado³¹³.

Conquanto o artigo 10 da Convenção Europeia não discorra expressamente sobre a liberdade de imprensa, é vasta a jurisprudência de seu órgão jurisdicional assegurando tal direito com fundamento legal no supracitado artigo. O papel da imprensa como fiscal da atividade política foi primeiro retratado no caso *Lingens*³¹⁴. Num artigo de jornal, Lingens criticou o chanceler austríaco por formar uma coalizão política com um partido que tinha membros com passado nazista. O jornalista se referia ao ato do chanceler como imoral, indigno e de mero oportunismo. Nos tribunais austríacos, o jornalista foi condenado por difamação, pois não podia provar os fatos alegados. O TEDH ressaltou a importância da liberdade de imprensa nos seguintes termos: “These principles are of particular importance as far as the press is concerned. While the press must not overstep the bounds set, inter alia, for the “protection of the reputation of others”, it is nevertheless incumbent on it to impart information and ideas on political issues just as on those in other areas of public interest. Not only does the press have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them [...] In this connection, the Court cannot accept the opinion, expressed in the judgment of the Vienna Court of Appeal, to the effect that the task of the press was to impart information, the interpretation of which had to be left primarily to the reader.”

Ainda que o artigo 10 autorize os estados a submeterem as empresas de radiodifusão, cinematografia e televisão, a regime de autorização prévia, o tribunal sublinha que o critério para concessão deve ser especialmente técnico³¹⁵. Por exemplo, no caso *Centro Europa 7 S. R. L. and di Stefano v. Italy*, a sociedade petionária postulava atribuição de radiofrequência para difusão de emissão televisiva no exercício da liberdade de comunicar informações e ideias, concessão adjudicada em seu favor através de um procedimento licitatório. Através de inúmeras medidas legislativas, judiciais e administrativas do estado italiano, a petionária esteve impedida por mais de 10 anos, mesmo vencendo o certame, de difundir seus programas de televisão, enquanto os operadores existentes eram

³¹²*Dalban v. Romania.*

³¹³*Goodwin v. the United Kingdom.*

³¹⁴*Lingens v. Austria.* No mesmo sentido: *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland; Maronek v. Slovakia; Sürek and Özdemir v. Turkey; Sener v. Turkey; Özgür Gündem v. Turkey.*

³¹⁵*Gropper Radio AG and Others v. Switzerland.*

favorecidos pelo governo. O tribunal declarou que não existe democracia sem pluralismo; que a democracia se alimenta da liberdade de expressão (§ 129), e que é preciso garantir um acesso efetivo ao mercado para assegurar a diversidade que reflita a variedade de correntes de opinião que existem na sociedade e que o sistema italiano operava com base num duopólio (§§ 130 e 134). Os meios audiovisuais, em razão do poder de transmitir mensagens mediante som e imagens, têm efeitos mais imediatos e poderosos que a imprensa escrita (§ 132). O TEDH concluiu que a não atribuição da radiofrequência constituía um obstáculo substancial ao exercício do direito do demandante de comunicar informações e ideias (§ 138) e declarou ainda que, a despeito da convenção autorizar restrições aos direitos nela consagrados, a lei que regulamentava a concessão de radiofrequência “no atiende a la condición de previsibilidad necesaria exigida por el Convenio y ha privado a la empresa interesada del grado de protección contra la arbitrariedad requerido por la preeminencia del derecho en una sociedad democrática. Este incumplimiento ha tenido como efecto reducir la competencia en el sector audiovisual. También se deduce un incumplimiento del Estado a su obligación positiva de establecer un marco legislativo y administrativo apropiado para garantizar un pluralismo efectivo en los medios de comunicación” (§ 156).

Contudo, no caso *Autronic AG v. Switzerland* a petionária, sociedade limitada sediada na Suíça, vendia antenas parabólicas para uso doméstico. O caso relaciona-se com a recepção, na Suíça, de programas de televisão não codificados e transmitidos por um satélite soviético de telecomunicações (G-Horizont), que enviava o sinal para estações terrestres em território soviético, e posteriormente as estações reenviavam aos usuários. Era o único sinal de satélite captado na Suíça através de antenas parabólicas. As autoridades administrativas suíças informaram à petionária que sem autorização do governo soviético não poderiam autorizar a recepção do sinal. O poder judiciário não deferiu a pretensão. O TEDH primeiramente ressaltou que a liberdade de expressão alcançava pessoas naturais e jurídicas, segundo precedentes firmados nos casos *Sunday Times*; *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann*; e *Groppera Radio AG and Others*, e que se estendia à utilização de meios de recepção e transmissão (§ 47). Posteriormente, declarou que a necessidade de restrições é avaliada pelos estados segundo a margem de apreciação que, contudo, caminha lado a lado com a supervisão europeia (§ 61). No caso, reconheceu que inúmeros estados permitem a recepção

de transmissão de sinais não codificados enviados por satélite, sem o consentimento das autoridades do país em que as estações de transmissão estão situadas, nos termos do artigo 22 da Convenção Internacional de Telecomunicações, e que, independentemente dessa normativa internacional, não havia a necessidade de proibir a recepção (§§ 62-63).

O TEDH já se manifestou no sentido de que o monopólio público dos veículos de radiodifusão, em si, não constitui uma restrição à liberdade de expressão desde que o pluralismo informativo seja assegurado. Contudo, considerando os requisitos estabelecidos para o teste da necessidade do monopólio, é muito difícil, senão impossível, sustentar sua legalidade. No caso *Informationsverein Lentia and Others v. Austria* os petionários, co-proprietários e moradores de um conjunto habitacional que compreendia 438 apartamentos e 30 empresas, criaram uma rede de televisão à cabo interna para transmissão de programas de mútuo interesse dos membros, que, contudo, não obteve licença para operar de acordo com as normas internas austríacas, que asseguravam o monopólio público. Os outros quatro petionários também não obtiveram licença, mas para transmissão de rádio, sendo que o fundamento do indeferimento foi o mesmo. O TEDH ressaltou o papel da liberdade de expressão numa sociedade democrática, especialmente através da imprensa, que atua para partilhar informações de interesse geral. Tal objetivo não pode ser concretizado com sucesso sem a garantia do pluralismo, do qual o estado é o último garantidor. De todos os meios para assegurar o respeito a esses valores, o monopólio público é o mais restritivo deles, e por isso só se justifica se houver uma necessidade premente. No caso, o grande número de frequências e canais tecnicamente disponíveis; a possibilidade de co-existência de radiodifusão pública e privada; assim como a possibilidade de regulamentação pública da difusão privada, permitem concluir pela existência de solução menos restritiva para alcançar os legítimos objetivos almejados, havendo, portanto, violação do artigo 10. (§§ 38-39)

No caso *Malone and others v. Moldova* os nove requerentes eram funcionários de uma emissora de televisão (“Teleradio-Moldova” – TRM). Após a vitória do partido comunista em fevereiro de 2001, a emissora passou a sofrer forte pressão política, de modo que vários de seus funcionários foram destituídos e substituídos por pessoas leais ao governo que, por sua vez, passaram a controlar o conteúdo dos informes diários da emissora. Além disso, somente os jornalistas e técnicos que contavam com a confiança da direção da emissora poderiam realizar

reportagens de conteúdo político. As reportagens favoráveis ao governo deveriam ter duração de 3 a 5 minutos, enquanto as reportagens sobre os demais assuntos deveriam durar no máximo 90 segundos; não se mencionavam os conflitos internos nem os eventos organizados pela oposição sendo que nenhum partido de oposição teve acesso a tempo de antena e havia uma lista negra de pessoas que não apoiavam o partido comunista e que não poderiam aparecer nos programas da emissora. A requerente descumpriu algumas das diretrizes e o telejornal que apresentava foi interrompido, dando lugar a um documentário. Ato contínuo, a emissora foi ocupada pelo exército. O ato levou a formação de um comitê de redatores e apresentadores que se manifestaram contra a censura, o que acarretou sanções disciplinares. O TEDH ressaltou a importância de se assegurar o pluralismo informativo nos meios audiovisuais (§ 95), ressaltando a existência de um direito de emissão e de um direito de recepção da informação (§ 96), e que o domínio dos meios de comunicação, assim como a pressão sobre as emissoras para limitar a liberdade editorial vulnera o papel da liberdade de expressão numa sociedade democrática, mesmo quando se trata de um emissor público (§ 98). Desse modo, reconheceu que o estado tinha o dever de assegurar o acesso do público à informação imparcial, à pluralidade de opiniões e garantir a proteção dos profissionais da imprensa (§§ 100-101 e 107-109). Por fim, “el Tribunal dictamina que las autoridades nacionales incumplieron su obligación positiva: Durante el período en litigio, el marco legislativo era defectuoso, ya que no proporcionaba las garantías suficientes contra el ejercicio de un control por un órgano político del gobierno sobre la dirección de TRM y sobre la línea editorial de la cadena.” (§ 111)

A tolerância é um valor amplamente prestigiado pela jurisprudência da corte, que considerou, em inúmeros casos, que numa sociedade democrática a tolerância requer respeito por ideias que ofendem, desagradam, chocam, exageram e provocam distúrbios³¹⁶. Por exemplo, no caso *Gül and Others v. Turkey*, os petionários foram condenados pela justiça turca em razão de auxílio e cumplicidade a uma organização ilegal por terem participado em demonstrações e gritos de ordem em apoio à citada organização, incluindo: “Political power grows out

³¹⁶Ampla jurisprudência nesse sentido: *Handyside v. the United Kingdom*; *Sunday Times v. the United Kingdom*; *Lingens v. Austria*; *Oberschlick v. Austria*; *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*; *Jersild v. Denmark*; *Goodwin v. the United Kingdom*; *De Haes and Gijssels v. Belgium*; *Dalban v. Romania*; *Arslan v. Turkey*; *Thoma v. Luxembourg*; *Jerusalem v. Austria*; *Maronek v. Slovakia*; *Dichand and Others v. Austria*.

of the barrel of a gun” e “It is the barrel of the gun that will call to account”. A condenação dos petionários nos tribunais turcos teve por fundamento a proteção da segurança nacional e ordem pública. O TEDH considerou, em respeito à proporcionalidade, que os slogans foram utilizados durante manifestação legítima e não violenta, e que a violência da tônica das palavras deveria ser ponderada de acordo com as circunstâncias em que foram empregadas, e não interpretou as palavras de ordem como um chamado para a violência ou insurreição, considerando que numa sociedade democrática a tolerância requer respeito por ideias que ofendem e que chocam.

No caso *Handyside v. United Kingdom* o petionário era proprietário da editora que publicou o livro “The Little Red Schoolbook”, voltado à educação sexual de crianças e adolescentes. O petionário adquiriu os direitos de publicação da obra, que foi traduzida e publicada em inúmeros países europeus. Após a tradução em inglês, a editora distribuiu inúmeras unidades para a divulgação da obra e divulgou anúncios em várias livrarias e veículos de comunicação. A obra discorria sobre sexo, homossexualidade e aborto. Após receber inúmeras reclamações, o Diretor do Ministério Público solicitou judicialmente um mandado contra a editora, que foi cumprido com a apreensão de 1.069 exemplares do livro, folhetos, cartazes, showcards e correspondência relativa à sua publicação e venda. O petionário continuou com a publicação e nova apreensão foi realizada. Posteriormente, foi judicialmente citado pela posse de livros obscenos, e condenado ao pagamento de multa além da destruição dos livros pela polícia. Posteriormente, publicou uma edição revisada, com a supressão de passagens obscenas. O TEDH aduziu que não era possível definir uma uniforme concepção de moral, que varia no tempo e espaço, e por isso os estados, em princípio, estariam em melhor posição para revelar seu conteúdo e tinham uma margem de apreciação na análise da matéria (§ 48), ressaltou, contudo, que essa prerrogativa estatal era limitada porque sujeita à análise corte. Nesse sentido, ressaltou que a liberdade de expressão era essencial para o progresso e desenvolvimento do homem, e compreendia ideias que ofendiam, chocavam e provocavam distúrbios no estado ou setor da população em razão da tolerância e pluralismo sem o qual não haveria sociedade democrática (§ 49). Analisando a necessidade da medida, o TEDH decidiu que a abstenção de persecução contra a edição revisada sugeria que as autoridades competentes desejaram limitar a circulação em termos do estritamente necessário, o que estaria

em conformidade com o artigo 10 (§ 55).

Em sede de controvérsias sobre interesse público, debates políticos, campanhas eleitorais, e críticas a autoridades públicas, há ampla margem de liberdade sedimentada na jurisprudência do TEDH. Por exemplo, no caso *TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti v. Norway* o primeiro peticionário era uma emissora de televisão e o segundo um pequeno partido político. A emissora veiculou anúncios pagos pelo partido na tentativa de angariar votos, ignorando a proibição de anúncios políticos na televisão. Em razão da violação, foi multada pela autoridade administrativa e a decisão foi mantida nos tribunais. O TEDH considerou que o anúncio tinha natureza política e não comercial, onde o estado tem larga margem de apreciação (§ 64); e que o partido em tela, em razão de sua pouca expressão junto ao eleitorado, não tinha a mesma cobertura dos veículos de comunicação que os outros partidos, o que lhe colocava numa posição de desvantagem política, e que pagar para transmissão de sua mensagem era o único meio de fazer com que sua plataforma fosse levada ao eleitorado (§ 73). Assim, o TEDH decidiu que “The restriction which the prohibition and the imposition of the fine entailed on the applicants' exercise of their freedom of expression cannot therefore be regarded as having been necessary in a democratic society, within the meaning of paragraph 2 of Article 10, for the protection of the rights of others, notwithstanding the margin of appreciation available to the national authorities.” (§ 78)

Entretanto, quando as expressões intencionalmente incitam a violência e há real possibilidade de que isso possa ocorrer, são excluídas do âmbito de proteção do artigo 10³¹⁷, assim como os discursos que promovem a ideologia nazista, negam o holocausto, ou incitam a discriminação racial³¹⁸. Por exemplo, no caso *Vajnai v. Hungary* o peticionário, Vice-Presidente do Partido dos Trabalhadores (Munkáspárt), um partido de esquerda, era orador em uma manifestação legal, no centro de Budapeste. A manifestação teve lugar na antiga localização de uma estátua de Karl Marx, que havia sido retirada pelas autoridades. Em sua jaqueta, o requerente usava uma estrela vermelha de cinco pontas, com 5 cm de diâmetro, como um símbolo do movimento operário internacional. Aplicando o artigo 269/B, § 1º, do Código Penal, uma patrulha policial que estava presente pediu ao peticionário

³¹⁷ *Sürek v. Turkey; Karataş v. Turkey.*

³¹⁸ *Kühnen v. the Federal Republic of Germany; D.I. v. the Federal Republic of Germany; Honsik v. Austria; Ochensberger v. Austria.*

para retirar a estrela, o que ele fez. Posteriormente, respondeu a processo criminal por haver ostentado um símbolo totalitário em público. O TEDH declarou que havia uma interferência no exercício do direito de liberdade de expressão e aduziu que sua legalidade deveria ser demonstrada à luz dos requisitos do artigo 10, §2º. Apesar da restrição ser prescrita em lei, e de perseguir o objetivo legítimo de prevenir a desordem (§ 34), não era necessária, haja vista que a Hungria havia se tornado uma sólida democracia e “there is no evidence to suggest that there is a real and present danger of any political movement or party restoring the communist dictatorship” (§ 49), ressaltando ainda que quando a liberdade de expressão é exercida através de um discurso político, as restrições exigem uma clara, específica e urgente necessidade (§ 51), e em relação ao símbolo, aduziu que a estrela vermelha não constituía unicamente um símbolo totalitário, sendo uma marca dos movimentos dos trabalhadores (§§ 52 e 54).

A segunda parte do artigo 10 trata dos deveres e responsabilidades correspondentes ao exercício do direito, disposição única no âmbito da Convenção Europeia. O TEDH já se manifestou sobre “*duties and responsibilities*” em inúmeros casos³¹⁹. No caso *Rommelfanger v. the Federal Republic of Germany*, a comissão declarou que o estado tinha o dever de assegurar que o exercício da liberdade de expressão não se sujeitasse a restrições que pudessem afetar a substância do direito. Paradigmático foi o julgamento do caso *Vogt v. the Federal Republic of Germany*. O peticionário foi demitido de um colégio onde lecionava a 20 anos porque era um ativista do Partido Comunista Alemão e se recusou a dissociar-se do partido. O dever de discricção foi introduzido depois da experiência da Constituição de Weimar, e justificado pela necessidade de vedar a empregados públicos tomar parte em atividades políticas contrárias às previsões constitucionais. O superior de Vogt entendeu que o peticionário descumpriu o dever de assegurar um sistema democrático livre, nos termos do previsto pela constituição alemã. O TEDH decidiu que “although it is legitimate for a State to impose on civil servants, on account of

³¹⁹*Engel and Others v. the Netherlands; Hadjianastassiou v. Greece*. Nesses casos, o TEDH julgou que as restrições à liberdade de expressão dos peticionários estavam justificadas de acordo com a segunda parte do artigo 10. Já no caso *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi v. Austria*, decidiu que: (...) set out complaints, put forward proposals for reforms or encourage the readers to institute legal complaints of appeals proceedings. However, despite the often polemical tenor, it does not appear that they overstepped the bounds of what is permissible in the context of a mere discussion of ideas, which must be tolerated in the army of a democratic State just as it must be in the society that such an army serves (...).

their status, a duty of discretion, civil servants are individuals and, as such, qualify for the protection of Article 10 (...).” Apesar de manifestar deferência com a posição da corte alemã em relação a história recente do país, o TEDH considerou que a aplicabilidade do dever de discricção a todos os funcionários públicos, impedindo-os de distinguir esfera privada e esfera profissional, consistia violação da liberdade de expressão e liberdade de assembleia.

Apesar da decisão supra, o tribunal considera que o fato de pertencer a certa categoria profissional constitui razão legítima para restrição do direito de liberdade de expressão, como os funcionários públicos que tem atuação vinculada à segurança nacional. Editores e jornalistas constituem categorias com deveres diferenciados. No caso *Observer and Guardian*³²⁰, o tribunal nacional concedeu injunção impedindo a publicação de determinado artigo sob o fundamento de risco à segurança nacional. O TEDH reconheceu que ao direito público de receber informações correspondia um dever da imprensa de divulgar informações. Por conseguinte, o estado tinha uma margem menor de restrição ao exercício do direito de liberdade de expressão por parte dos veículos de comunicação. Noutros casos, decidiu, entretanto, que a proteção dos jornalistas nos termos do artigo 10 estaria condicionada: “are acting in good faith in order to provide accurate and reliable information in accordance with the ethics of journalism”³²¹, bem como que os deveres e responsabilidades dos *mídias* “assume special significance in situations of conflict and tension”³²².

No caso *Guja v. Moldova* o peticionário dirigia o serviço de imprensa da Procuradoria-Geral. Após a apresentação de uma denúncia à Procuradoria em razão de abuso e maus tratos cometidos por policiais, foi iniciado um procedimento investigativo. Os investigados questionaram o procedimento da Procuradoria por meio de uma carta enviada ao vice-presidente do parlamento, que, por sua vez, foi retransmitida à Procuradoria junto com uma nota escrita em papel oficial do parlamento e sem nenhuma menção à confidencialidade. A investigação foi cessada. O peticionário enviou a um veículo de comunicação a nota supracitada, junto com outra carta remetida pelo Vice-Ministro do Interior ao Procurador-Geral Adjunto, também em papel oficial e sem qualquer menção à confidencialidade. O

³²⁰ *Observer and Guardian v. the United Kingdom*.

³²¹ *Fressoz and Roire v. France; Bergens Tidende and Others v. Norway*.

³²² *Sener v. Turkey*.

peticionário foi demitido acusado de divulgar as cartas secretas sem autorização dos superiores. A tentativa judicial de readmissão foi improcedente porque segundo os tribunais nacionais a obtenção da informação ocorreu por meio de um abuso de suas funções. O TEDH declarou que a demissão constituía ingerência de uma autoridade pública na liberdade de expressão (§ 55). Reconheceu que os funcionários têm um dever de lealdade e reserva no exercício de suas funções (§ 71), mas que a divulgação no caso justificava-se (§ 83) porque as cartas divulgadas tinham relação com a separação de poderes, abuso de poder e brutalidade de policiais no exercício de suas funções, constituindo um interesse legítimo quanto à opinião pública (§ 88). Assim, o TEDH concluiu pela violação nos seguintes termos: “Consciente de la importancia del derecho a la libertad de expresión sobre cuestiones de interés general, del derecho de los funcionarios y otros asalariados a denunciar las conductas o actos ilícitos constatados por ellos en su lugar de trabajo, de los deberes y responsabilidades de los asalariados hacia sus empleadores y del derecho de éstos de gestionar a su personal, el Tribunal, tras haber sopesado los distintos intereses que hay en juego, concluye que, el ataque contra el derecho a la libertad de expresión del demandante, en concreto a su derecho a comunicar las informaciones, no era necesario en una sociedad democrática.” (§ 97)

A segunda parte do artigo 10 autoriza que os estados restrinjam a liberdade de expressão mediante o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) a formalidade, condição, restrição ou penalidade deve estar prevista em lei³²³; b) deve ter por finalidade, alternativamente, a proteção da segurança nacional, integridade territorial, segurança pública, prevenção de desordem e crimes, proteção da moral e saúde, reputação e direito dos outros, prevenir a divulgação de informações confidenciais, ou manter a autoridade e imparcialidade do judiciário; c) necessidade de interferência numa sociedade democrática. De maneira geral, as formalidades, restrições, condições e penalidades estabelecidas em relação ao exercício do direito de liberdade de expressão não tem limites pré-estabelecidos. Interferência do estado compreende qualquer forma de interferência oriunda de qualquer autoridade que exerça atividade pública, como as cortes, órgãos

³²³A Corte já admitiu a aplicação de regras consuetudinárias e de princípios do direito internacional como fundamento para restrição. Por exemplo, em *Sunday Times v. the United Kingdom*, considerou que a *common law* britânica era suficiente para preencher o requisito da prescrição legal; nos casos *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland* e *Autronic AG v. Switzerland*, permitiu a utilização de normas de direito internacional para satisfazer esse requisito.

persecutórios, serviços de inteligência, ministérios, forças armadas, e qualquer outra autoridade nacional que tenha competência para limitar o exercício da liberdade de expressão.

A corte examina e decide casuisticamente se existe interferência observando o impacto da restrição no exercício da liberdade de expressão de acordo com as específicas medidas adotadas pela autoridade nacional. Tal interferência pode ser uma condenação criminal³²⁴, indenização de natureza civil³²⁵, proibição de publicação³²⁶, proibição de publicação de imagens³²⁷, confisco de publicação³²⁸, recusa em concessão de licença para radiodifusão³²⁹, proibição do exercício da profissão de jornalista, determinação para revelar identidade de fonte³³⁰. Multas e despesas de julgamento podem constituir restrição ilegítima se coloca em risco a sobrevivência da pessoa que é obrigada a pagar³³¹. Apreensão e confisco dos meios através dos quais as informações são disseminadas, como o confisco de impressoras³³² e a apreensão de filmes³³³ e livros³³⁴ constituem óbvias restrições à liberdade de expressão.

Na análise dos requisitos, a corte analisa a qualidade da lei³³⁵. Nesse sentido, é importante que o dispositivo seja elaborado com linguagem suficientemente clara e precisa, sem utilização de expressões ambíguas, e que permita uma correlação clarividente entre a conduta realizada e o conteúdo do dispositivo legal. Não pode permanecer nenhuma dúvida, tanto no dispositivo legal como na aplicação dele pelos tribunais, sobre a extensão da proibição nem sobre a consequência do incurso nalguma delas. Além disso, a interpretação deverá ser sempre restritiva. Quando houver, em sede de direito interno, disposições conflituosas sobre a restrição ou não de certa conduta, os tribunais nacionais deverão sempre aplicar aquela que afigurar-se como menos restritiva ao exercício

³²⁴ *Barfod v. Denmark; Lingens v. Austria; Dalban v. Romania.*

³²⁵ *Müller and Others v. Switzerland.*

³²⁶ *Sunday Times (Nº 2) v. the United Kingdom; Observer and Guardian v. the United Kingdom.*

³²⁷ *News Verlags GmbH & CoKG v. Austria.*

³²⁸ *Handyside v. the United Kingdom; Müller and Others v. Switzerland.*

³²⁹ *Autronic AG v. Switzerland.*

³³⁰ *Goodwin v. the United Kingdom.*

³³¹ *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland.*

³³² *Müller v. Switzerland.*

³³³ *Otto-Preminger Institut v. Austria.*

³³⁴ *Handyside v. the United Kingdom.*

³³⁵ A corte analisou a qualidade da lei nos seguintes casos: *Gaweda v. Poland; Malone v. the United Kingdom; Rotaru v. Romania; Petra v. Romania; Leander v. Sweden.*

do direito de liberdade de expressão. Por exemplo, no caso *RTBF v. Belgium*, a petionária, emissora de televisão regularmente constituída, transmitia um programa de atualidades e investigação judiciária denominado “Au nom de la loi”. A petionária decidiu dedicar uma edição a riscos médicos, especificamente sobre problemas de comunicação e informação encontrados pelos pacientes, utilizando como exemplo queixas de pacientes de um médico, já amplamente divulgadas pela imprensa. Para elaboração do programa, foram convidados os pacientes e os representantes de uma entidade médica, assim como o médico citado. Este último, contudo, se recusou a participar da entrevista televisiva, mas concordou em responder perguntas formuladas pelos jornalistas. Posteriormente, o médico peticionou a um tribunal belga requerendo a suspensão da veiculação do programa. O programa foi exibido sem qualquer referência aos erros médicos cometidos pelo profissional liberal. O TEDH analisou se a interdição realizada pela Corte de Bruxelas constituía uma ingerência das autoridades públicas no exercício dos direitos garantidos pelo artigo 10, e se, em havendo, preencheria os requisitos convencionais. Reconheceu que, embora o ordenamento jurídico interno possibilitasse a censura prévia, não havia no direito belga uma jurisprudência nítida e constante que permitisse ao petionário prever, em termos razoáveis, as consequências da transmissão da reportagem litigiosa (§ 113), e que era necessário a fixação de regras precisas e específicas quanto à aplicação de restrições preventivas, o que sujeita a análise a uma casuística imprópria para preservar a essência da liberdade de comunicar informações (§ 114). Assim, concluiu que “le cadre législatif combiné avec le cadre jurisprudentiel existant en Belgique, tel qu’il a été appliqué à la requérante, ne répond pas à la condition de la prévisibilité voulue par la Convention et ne lui a pas permis de jouir du degré suffisant de protection qu’exige la prééminence du droit dans une société démocratique.” (§ 116)

As cortes nacionais devem analisar se os requisitos estabelecidos pela Convenção Europeia são observados sempre que se deparem com situações que envolvam restrições a direitos fundamentais. É do estado a obrigação primária de implementar a obrigação internacional estabelecida pelo tratado, sendo que a Corte de Estrasburgo rege-se-á pelo princípio da complementaridade. Se houver contradição em relação ao direito ou jurisprudência europeias, haverá necessidade de reformular as disposições e decisões de direito interno para evitar condenação na Corte de Estrasburgo. Por exemplo, no caso *Verein gegen Tierfabriken Schweiz*

(*VgT*) v. *Switzerland* (nº 2), a requerente, uma associação de proteção aos animais, realizou uma campanha contra a utilização de animais em experimentos através de um comercial de televisão. A primeira cena mostrava uma porca construindo um abrigo para seus filhotes na floresta, enquanto a narração explorava o senso familiar dos porcos; a segunda mostrava suínos em pequenas baias, mordendo nervosamente barras de ferro, enquanto a narrativa insinuava que os animais foram “bombados” com medicamentos. O anúncio era concluído com a seguinte exortação: “Eat less meat, for the sake of your health, the animals and the environment!”. A permissão para exibição do comercial não foi concedida, mesmo após a utilização da via judicial. O TEDH reconheceu violação da liberdade de expressão aduzindo que não havia razões relevantes e suficientes para restrição da veiculação do comercial (*VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, § 75). Após o julgamento citado, a requerente solicitou nova autorização para divulgar o mesmo comercial, acrescentado de um comentário sobre o julgamento do TEDH, que foi, contudo, novamente indeferido tanto na esfera administrativa quanto judicial. Dessa vez o TEDH declarou que a recusa de reabrir o procedimento para exibição do comercial constituía uma interferência atual no exercício da liberdade de expressão (§ 77), e que havia uma obrigação positiva do estado de tomar as medidas necessárias para permitir a transmissão do comercial (§§ 78-82). A corte ressaltou ainda que o artigo 10, §2º, deixa uma margem pequena para restrições a discurso político ou debates de interesse público (§ 92). Assim, o incumprimento pelos órgãos administrativos e jurisdicionais da primeira decisão contra a Suíça constituíram fundamento para uma nova pretensão, que não foi alcançada pela coisa julgada em razão da formulação de um novo requerimento de exibição do comercial por parte do peticionário, configurando-se, desse modo, uma nova hipótese de violação.

O segundo requisito conferido pela corte diz respeito aos fundamentos da restrição. Aqui tem-se como certo que a lista das hipóteses elencadas na segunda parte do artigo 10 é *exaustiva*. O terceiro requisito deve ser mensurado internamente de acordo com o princípio da proporcionalidade³³⁶. Por exemplo, no

³³⁶No *Caso Observer and Guardian v. the United Kingdom*, o tribunal decidiu que o adjetivo “necessário”, compreendido nos termos do artigo 10, segunda parte, implicava a existência de “pressing social need”. Nos casos *Lingens v. Austria*; *Janowski v. Poland*; *Tammer v. Estonia*, reconheceu que as partes contratantes têm margem de apreciação para estabelecer se tais necessidades existem, entretanto, tal apreciação caminha lado a lado com a supervisão europeia tanto sobre a legislação como sobre as decisões que a aplicam, mesmo quando proferidas por cortes

caso *Fuentes Bobo v. Espanha*, o peticionário era empregado de uma emissora de televisão pública espanhola (TVE). Na ocasião, a Espanha sofria forte pressão popular contra a má gestão da televisão pública, casos de corrupção e conteúdo da programação. O peticionário publicou um artigo intitulado “Spoliation d’un bien public” em que criticava diversos diretores da TV especialmente depois da ascensão ao poder do Partido Socialista Operário Espanhol, fazendo ainda graves acusações sobre a utilização da empresa pública em benefício de particulares. Posteriormente, fez circular internamente na emissora suas denúncias. Tais fatos ensejaram um procedimento administrativo que culminou com sua suspensão sem remuneração. O peticionário recorreu a órgão jurisdicional e sua sanção foi anulada. Ato contínuo realizou novos ataques públicos aos dirigentes da TVE, sendo novamente sancionado desta vez com ratificação dos tribunais. O TEDH reconheceu que as expressões “sangues” e “se foutre des travailleurs” eram ofensivas e justificavam uma penalidade (§ 47), mas que ocorreram num contexto de conflito de trabalho e dentro de um largo debate público concernente a questões de interesse geral, relativas à gestão da televisão pública e que as observações em questão foram utilizadas pela primeira vez por radialistas, que o peticionário limitou-se a confirmar, e no âmbito de um intercâmbio rápido e espontâneo de comentários entre o requerente e os jornalistas (§ 48). Isso posto, o TEDH julgou que a dispensa sem indenização era uma sanção extremamente gravosa considerando as circunstâncias do caso e que tal ingerência não constituía um bem social imperioso, e que não obstante a margem de apreciação das autoridades nacionais, considerou que não existia proporcionalidade entre a sanção e o fim visado (§§ 49-50).

No caso *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turkey* o peticionário era um sindicato de trabalhadores de educação e ciência e defendia, por expressa disposição estatutária, o direito de todos os indivíduos a receber ensinamentos em sua língua materna. O sindicato foi constrangido a modificar o estatuto e ameaçado de dissolução, haja vista que a previsão supracitada era contrária ao ordenamento jurídico interno da Turquia. Tal ingerência estava prevista na constituição turca e perseguia um dos objetivos previstos na convenção para restrição à liberdade de expressão objetivando a proteção da segurança nacional. O TEDH ressaltou que o artigo 10 protege a expressão qualquer que seja o meio e a língua utilizada (§ 73).

Embora o fim e o meio fossem legítimos, o TEDH considerou que na época em que os fatos se desenvolveram havia grande debate na Turquia sobre ensinamentos noutros idiomas maternos diferentes do turco, como o kurdo (§ 74); que o estatuto não exortava ao uso da violência, a resistência armada ou a sublevação e tampouco induzia ao ódio, de modo que não havia um risco claro e iminente à integridade territorial do estado (§ 75), e por isso a demanda de dissolução não era proporcional pois desnecessária numa sociedade democrática (§ 76).

Nos julgamentos dos casos *Observer and Guardian v. the United Kingdom* e *Vereniging Weekblad Bluf! v. the Netherlands*, a corte estabeleceu dois parâmetros para legitimidade das restrições à liberdade de expressão fundamentadas na segurança nacional: a) quando a informação sobre segurança nacional já está na arena pública, não poderá ser proibida sua publicação ou disseminação; b) o estado não pode, incondicionalmente, definir como confidencial qualquer informação na área de segurança nacional, estabelecendo prévia limitação de acesso a tal informação. A informação somente poderá ser classificada como confidencial se, de fato, sua publicitação puder colocar em risco a segurança nacional. Além disso, a confidencialidade deve ser temporalmente limitada, e sua qualificação periodicamente revisada. O interesse público no acesso à informação também deve ser considerado para classificação ou desclassificação da confidencialidade da informação amparada pela escusa da segurança nacional. Além disso, qualquer instrumento normativo que limite em termos absolutos e incondicionais o controle democrático sobre o serviço secreto de inteligência não poderá ser considerado necessário numa sociedade democrática, e, portanto, viola o artigo 10, segunda parte, da Convenção Europeia.

Na Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 1981, que versava sobre o direito de acesso à informação, foi estabelecido que a legalidade das restrições estabelecidas pelas autoridades públicas condicionava-se a três requisitos: a) previsão legal ou consagração pela praxis; b) necessidade numa sociedade democrática; c) proteção de um interesse público legítimo. Outro parâmetro pode ser encontrado no princípio 12 dos “*Johannesburg Principles*” (1995), que estabelece que “*a state may not categorically deny access to all information related to national security, but must designate in law only those specific and narrow categories of information that it is necessary to withhold in order to protect a legitimate national security interest.*” Do mesmo modo, o princípio 15 proíbe

a punição de pessoas em razão de “*national security for disclosure of information if (1) the disclosure does not actually harm and is not likely to harm a legitimate national security interest, or (2) the public interest in knowing the information outweighs the harm from disclosure.*”

Quanto às limitações “morais” à liberdade de expressão, foi paradigmático o caso *Müller and Others v. Switzerland*. O autor de arte contemporânea pintou e exibiu três grandes quadros com atos de sodomia, masturbação e homossexualidade. A exposição era gratuita e não havia restrição etária ao acesso. A Corte Suíça multou o autor e os organizadores da exibição, e determinou a apreensão dos quadros, que foram conservados num museu de arte. Em Estrasburgo, Müller e os organizadores do evento alegaram que tiveram o direito de liberdade de expressão violado. A corte reconheceu a abstração e a “aderência ao território” do conceito de moralidade, declarando que os juízes dos estados-partes estavam mais aptos a considerar o conteúdo de tal conceito, pois estão em contato direto com a realidade de seus países. Apesar disso, decidiu-se que “(...) *the paintings in question depict in a crude manner sexual relations, particularly between men and animals ... the general public had free access to them, as the organisers had not imposed any admission charge or any age-limit. Indeed, the paintings were displayed in an exhibition which was unrestrictedly open to – and sought to attract – the public at large.*” O acesso ilimitado de crianças teve peso considerável nas razões de improcedência da reclamação.

Noutro interessante caso que envolvia o conceito de moralidade, a corte caminhou em direção contrária. *Open Door Counselling Ltd e Dublin Well Woman Centre*³³⁷ eram organizações não-governamentais irlandesas, onde o aborto foi proibido. As organizações ofereciam serviços gratuitos nas áreas de planejamento familiar, gravidez, saúde, esterilização, e informações sobre a possibilidade de abortar fora da Irlanda. As organizações não aconselhavam o aborto, apenas aconselhavam as mulheres que tinham decidido realizá-lo. Em 1983 a Dublin Well Woman Centre publicou críticas a duas emendas constitucionais: uma autorizava que qualquer pessoa se dirigisse aos tribunais requerendo a proibição de transmitir informações sobre a realização de abortos fora da Irlanda, a outra autorizava que qualquer pessoa peticionasse postulando injunção para impedir que

³³⁷ *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland.*

mulheres grávidas deixassem o país. Em 1986, decidindo uma reclamação apresentada pela Irish Society for the Protection of Unborn Children, o tribunal irlandês decidiu que a difusão de informações sobre o aborto violava a constituição federal e algumas disposições de direito criminal e proibiu permanentemente que a Open Door Counselling Ltd e Dublin Well Woman Centre oferecessem informações sobre aborto fora da Irlanda. As duas organizações peticionaram ao Tribunal de Estrasburgo alegando violação do direito de receber e difundir informações. A corte decidiu que a proteção do nascituro baseava-se em profundos valores morais do povo irlandês, que gozava de ampla margem de apreciação quanto ao conceito de “moral”. Entretanto, tal margem não poderia ser ilimitada, não havia “an unfettered and an unreviewable” discricionariedade. O tribunal analisou se a restrição correspondia a uma necessidade social e se era proporcional ao objetivo perseguido. Considerou que a natureza absoluta das proibições pela corte irlandesa, independentemente do estado de saúde ou da idade, de buscar informações sobre a interrupção da gravidez, tornava-a muito ampla e desproporcional, e mesmo quando os tribunais são orientados por valores morais, uma restrição desse tipo é inaceitável. Ainda, estabeleceu parâmetros para que os tribunais nacionais aplicassem o princípio da proporcionalidade: é necessário considerar o grupo alvo da expressão, pois medida para limitar o acesso à informação por crianças e jovens pode ser relevante; prova dos cuidados para reduzir o impacto “imoral”; e um real dano à moral deve ser identificado para evitar arbitrariedades.

Nos termos da jurisprudência do TEDH, qualquer norma interna que tutele com penas especiais ou elevadas, políticos ou alto oficiais governamentais, como presidente, primeiro-ministro, membros do parlamento, contra insulto ou difamação, em particular através da imprensa, pode ser incompatível com o artigo 10 da Convenção Europeia. Entretanto, disposições gerais sobre insulto e difamação podem ser invocadas. Além disso, quando honra e reputação de políticos colidem com liberdade de imprensa, os tribunais nacionais devem cuidadosamente aplicar o princípio da proporcionalidade e decidir se a restrição à liberdade de imprensa é uma medida necessária numa sociedade democrática, e distinguir entre fatos e opiniões, conforme as diretrizes fixadas no caso *Lingens v. Austria*. Além disso, a inexatidão dos fatos deve ter tolerada conforme o princípio da boa-fé, e os tribunais nacionais devem abster-se de apenar jornalistas com prisão. Tais sentenças colocam em perigo o núcleo essencial da liberdade de expressão e constituem

empecilho a que todos os meios de prestar informações funcionem como fiscal do interesse público.

No caso *Otegi Mondragon v. Spain*, o postulante, durante uma conferência de imprensa e falando em nome de um grupo parlamentar Basco, comentou o fechamento de um jornal basco e referiu-se ao Rei da Espanha, que visitaria o País Basco, com os seguintes dizeres: “How can one be photographed today in Bilbao with the King of Spain, when is the supreme head of the Spanish army, that is, the person who commands torturers, defends torture and imposes his monarchical regime on our people through torture and violence?”. Mondragon foi sentenciado com prisão e suspensão do direito de votar por um ano, por insultar o Rei. Sua apelação foi improcedente. O TEDH considerou que o discurso foi feito no contexto de um debate público de interesse geral, e mesmo sendo a linguagem utilizada hostil por natureza, não houve incitação à violência ou discurso de ódio. Considerou que o Rei não está imune a críticas quanto a seus deveres oficiais de representante de estado: “It was to be noted that the impugned remarks had not concerned the King’s private life or his personal honour, given that they concerned only the King’s constitutional responsibility as Head and symbol of the State apparatus and the armed forces.” Em conclusão, o tribunal considerou que a sentença foi desproporcional para legitimar o objetivo perseguido, qual seja, a tutela da reputação do Rei da Espanha como garantido pela Constituição Espanhola.

“Direito de outros”, nomeadamente liberdade religiosa *versus* liberdade de expressão, foi examinado no caso *Otto-Preminger Institut v. Austria*. O recorrente, uma associação, anunciou uma série de seis apresentações, acessíveis ao público em geral, do filme “Council in Heaven”, dirigido por Werner Schroeter. O anúncio restringia, de acordo com lei local, o acesso de pessoas menores de 17 anos. O filme retratou Deus da religião judaica, da religião católica e da religião islâmica, como um homem velho e aparentemente senil prostrando-se perante o Diabo, com quem trocou beijos chamando-o de amigo. Outra cena mostrava a Virgem Maria ouvindo uma estória obscena e com grau de tensão erótica com o Diabo. Além disso, Jesus foi retratado com baixo grau de capacidade mental, e Jesus Cristo e Virgem Maria foram mostrados no filme aplaudindo o Diabo. Antes da primeira exibição, a diocese da Igreja Católica Romana requereu ao promotor de justiça que instaurasse um procedimento criminal contra o instituto em razão de suposta depreciação das doutrinas religiosas. Depois de ver o filme, um tribunal nacional

determinou sua apreensão. A amostra foi cancelada e a organização peticionou à comissão, que acolheu o parecer da organização que alegava violação à liberdade de expressão. Perante o tribunal, o estado defendeu sua medida constritiva como necessária para tutela dos direitos dos outros, em particular o sentimento de respeito religioso e prevenção de desordem. O direito de exigir respeito pelo sentimento religioso foi sustentado como parte do direito de liberdade de crença e religião, consagrado no artigo 9. Em suas razões, a corte declarou: “Those who choose to exercise the freedom to manifest their religion, irrespective of whether they do so as members of a religious majority or a minority, cannot reasonably expect to be exempt from all criticism. They must tolerate and accept the denial by others of their religious beliefs and even the propagation by others of doctrines hostile to their faith. However, the manner in which religious beliefs and doctrines are opposed or denied is a matter which may engage the responsibility of the State, notably its responsibility to ensure the peaceful enjoyment of the right guaranteed under Article 9 to the holders of those beliefs and doctrines. Indeed, in extreme cases the effect of particular methods of opposing or denying religious beliefs can be such as to inhibit those who hold such beliefs from exercising their freedom to hold and express them [...] The respect for the religious feelings of believers as guaranteed in Article 9 can legitimately be thought to have been violated by provocative portrayals of objects of religious veneration; and such portrayals can be regarded as malicious violation of the spirit of tolerance, which must also be a feature of democratic society. The Convention is to be read as a whole and therefore the interpretation and application of Article 10 in the present case must be in harmony with the logic of the Convention.” Balanceando o conflito de valores, o tribunal decidiu que a apreensão do filme não violava o artigo 10, apenar dos três votos dissidentes: (...) disregard the fact that the Roman Catholic religion is the religion of the overwhelming majority of Tyroleans. In seizing the film, the Austrian authorities acted to ensure religious peace in that region and to prevent that some people should feel the object of attacks on their religious beliefs in an unwarranted and offensive manner. It is in the first place for the national authorities, who are better placed than the international judge, to assess the need for such a measure in the light of the situation obtaining locally at a given time. In all the circumstances of the present case, the Court does not consider that the Austrian authorities can be regarded as having overstepped their margin of appreciation in this respect.”

No caso *Sapan v. Turkey*, a justiça turca determinou a apreensão de um livro com base numa suposta violação dos direitos de personalidade de um cantor. A liberdade de expressão seria legalmente restringida para a proteção de direitos alheios. O livro reproduzia parcialmente uma tese de doutorado. Através do exemplo do cantor e utilizando método científico, o autor tinha analisado o fenómeno do estrelato na Turquia, além disso, todas as fotografias utilizadas na publicação já haviam sido publicadas com o consentimento do cantor. Em razão disso, o TEDH considerou que não houve um correto balanço dos direitos de liberdade de difundir informações e a proteção da reputação de outrem. Assim, decidiu que a apreensão impugnada não era necessária numa sociedade democrática e não foi baseada em razões relevantes e suficientes.

Caso *Vejdeland and Others v. Sweden*³³⁸: no dia 21 de julho de 2006 os petionários foram condenados pela Suprema Corte em razão de manifesto contra grupo étnico ou nacional depois de deixar folhetos homofóbicos nos armários dos alunos. Os folhetos se referiam a homossexualidade como “deviant sexual proclivity”, “a morally destructive effect”, e ainda atribuía aos homossexuais a responsabilidade pelo desenvolvimento do vírus HIV e pelo incentivo à pedofilia. A Suprema Corte reconheceu que os investigados tinham o direito de expressar suas ideias, mas que o panfleto era desnecessariamente ofensivo e que os alunos tinham idade sensível. Além disso, a distribuição tinha ocorrido numa escola onde nenhum dos investigados tinha livre acesso. Nesse caso, o TEDH considerou que a condenação pela Suprema Corte da Suécia não foi desproporcional como alegaram os petionários, e que a corte havia dado relevantes e suficientes razões para a condenação. Considerou, ainda, que a decisão foi necessária para resguardar a reputação e os direitos dos outros.

No caso *Sunday Times v. the United Kingdom*, o governo justificou a concessão de injunção contra a publicação de um artigo de jornal pelo interesse de proteger a imparcialidade do poder judiciário e preservar a confiança pública nas autoridades judiciárias. Em razão da utilização do sedativo talidomina entre 1959 e 1962, muitas crianças nasceram com malformação. A droga era produzida e

³³⁸Outros recentes julgados do TEDH: *Wizerkaniuk v. Poland*, conviction of newspaper editor for publishing verbatim interview without prior authorisation by interviewee: *violation*; *Uj v. Hungary*, conviction for defamation in respect of newspaper article criticising wine produced by State-owned company: *violation*.

distribuída pela *Distillers Company Ltd.* Pais acionaram judicialmente a empresa, postulando reparação de danos. As negociações se arrastaram por anos, e tinham de ser aprovadas pelas cortes. Todos os jornais, incluindo *The Sunday Times*, acompanhavam as negociações e realizavam cobertura jornalística do desenvolver dos fatos. Em 1971 as partes deram início à negociação para constituir um fundo de caridade para crianças com malformação, e, em 1972, *The Sunday Times* publicou um artigo intitulado “*Our thalidomide children: a cause for national shame*”, criticando a companhia pela redução do montante indenizatório pago às vítimas e o pequeno valor doado para a constituição do fundo, e anunciou que publicaria, em futuro próximo, as circunstâncias que envolveram a tragédia. Após requerimento da companhia, o Procurador-Geral pediu ao tribunal uma injunção para impedir a publicação do artigo anunciado arguindo suposta obstrução à justiça. A injunção foi concedida e o jornal foi impedido de publicar o artigo. Perante o TEDH, *The Sunday Times* arguiu violação do artigo 10 da Convenção Europeia. O governo defendeu que a injunção era necessária para manter a autoridade e imparcialidade do judiciário. O TEDH declarou que os tribunais não podem operar no vácuo, e que mesmo constituindo um fórum para resolução dos conflitos de interesse, tal missão institucional não pode implicar em exclusão da discussão da controvérsia noutros lugares, seja em revistas especializadas, imprensa ou público em geral. Além disso, embora os meios de comunicação não devem ultrapassar os limites impostos pelo interesse da boa administração da justiça, é incumbência deles difundir informação sobre assuntos de interesse público que são levados aos tribunais, porque não só os meios de comunicação têm a tarefa de transmitir tais informações e ideias, o público também tem o direito de recebê-las. Assim, o TEDH reconheceu que o “thalidomide disaster” era, indubitavelmente, matéria de interesse público, e concluiu que a injunção ordenada contra o jornal “did not correspond to a social need sufficiently pressing to outweigh the public interest in freedom of expression within the meaning of the Convention.”

A obrigação dos estados-partes de garantir o respeito à liberdade de expressão em relação às condutas de particulares também foi afirmada pelo TEDH. Por exemplo, no caso *Heinisch v. Germany* a petionária era enfermeira empregada de uma empresa privada (Vivantes GmbH), e reportou a seus superiores graves deficiências existentes no cuidado diário dos pacientes em razão do número reduzido de pessoas destacadas a essas atividades e do adequado nível estrutural

para o tipo de serviço prestado, aduzindo, ainda, que não se responsabilizaria por tal deficiência haja vista o risco à saúde e segurança dos pacientes. A requerente adoeceu e ficou incapacitada para o trabalho, em razão da sobrecarga laboral. A requerente denunciou o caso à justiça pública. Posteriormente, foi demitida sem aviso prévio em razão do alegado problema de saúde e acionou a justiça do trabalho. Além disso, com apoio de colegas e do órgão de classe, distribuiu panfletos criticando a conduta do empregador. O TEDH declarou que o artigo 10 da convenção também se aplica às relações privadas e que o estado tem a obrigação positiva de proteger a liberdade de expressão nas relações horizontais (§ 44), e decidiu que “the applicant’s dismissal, as upheld by the German courts, on account of her criminal complaint against her employer constituted an interference with her right to freedom of expression, as guaranteed by Article 10 § 1 of the Convention” (§ 45). O TEDH reconheceu que a informação divulgada pela petionária era de interesse público (§ 71), que ela não tinha alternativa, haja vista que por inúmeras vezes já havia comunicado as deficiências internamente (§ 72), e que por isso a restrição não era necessária numa sociedade democrática (§ 93).

O TEDH declarou que a Convenção Europeia constitui um instrumento vivo a ser interpretado à luz das condições contemporâneas³³⁹. Do mesmo modo, o TIDH sublinhou a importância de adaptar os instrumentos internacionais de direitos humanos à evolução dos tempos e às condições de vida atuais³⁴⁰. Assim, as demandas mais recentes submetidas à apreciação do TEDH se referem ao desenvolvimento de novas tecnologias e veículos de comunicação, nomeadamente, a internet. No caso *Ahmet Yildirim v. Turkey*, o autor era proprietário de um website que foi criado utilizando aplicação do Google que permitia criar e alojar páginas da web. O próprio google site foi bloqueado por um tribunal turco como uma medida preventiva de um procedimento criminal contra o proprietário de um site que vinculava conteúdo ofensivo à memória de Atatürk, de modo que o petionário foi, por conseguinte, alcançado pelo bloqueio, já que todo o conteúdo do domínio da internet foi bloqueado. O TEDH, apesar de ressaltar que o artigo 10 da convenção não veda a cesura prévia, conforme pacificado por sua jurisprudência (§ 47),

³³⁹ *Tyrer v. United Kingdom*, § 31; *Christine Goodwin v. United Kingdom*, § 74.

³⁴⁰ *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, § 146; *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, OC-16/99, TIDH, e, em particular, opinião concorrente de Antônio Augusto Cançado Trindade, atualmente juiz na Corte Internacional de Justiça.

declarou que a garantia do referido artigo compreende não somente o conteúdo, mas também os meios de difusão da informação (§ 50), e que a internet, graças a sua acessibilidade e capacidade de guardar e difundir grandes quantidades de dados, contribuía amplamente para majorar o acesso do público à atualidade e facilitar a comunicação da informação (§ 48). Desse modo, considerou que o bloqueio resultava de uma restrição que afetava um terceiro site e constituía, portanto, uma ingerência das autoridades públicas no direito do interessado no que tangia a liberdade de receber e comunicar informações e ideias (§ 55).

No caso *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*, de 5 de maio de 2011, o jornal publicou carta anônima obtida em um *site* de notícias a qual alegadamente tinha sido escrita por um membro do serviço secreto. A carta discorria sobre o envolvimento de um membro do serviço secreto com corrupção e crime organizado. O conselho editorial do jornal escreveu que a carta podia ser falsa e convidou o público a comentá-la. O oficial acusado promoveu reclamação contra o jornal sentindo-se difamado pelo conteúdo da carta. Os representantes (conselho editorial e editor chefe) foram condenados pela justiça ucraniana ao pagamento dos danos, publicação de retratação e pedido de desculpas oficial. A análise da decisão transborda o caso em questão porque o TEDH: a) considerou que a sanção de pedido de desculpas oficial não tinha previsão legal, nem encontrou indícios de que tal sanção era aplicada pelos tribunais ucranianos com base numa interpretação ampliativa de outras disposições legais. Além disso, constatou que a prática judicial doméstica subsequente ao evento em questão havia notado que a imposição da obrigação de desculpas em casos de difamação desenvolvia-se em afronta à garantia constitucional de liberdade de expressão. Desse modo, sentenciou pela violação em razão da ausência de previsão legal da sanção aplicada; b) considerou que a abstenção de salvaguarda, pela legislação doméstica ucraniana, do direito de publicar material obtido da internet, violava o direito de liberdade de expressão: “However, no such immunity existed for journalists reproducing material from internet sources not registered pursuant to the domestic legislation. Further, no regulations had been put in place governing the State registration of internet media, the status of Internet-based media in general or the use of information obtained from the Internet. (...) Nevertheless, given the role played by the Internet in the context of professional media activities and its importance for the exercise of freedom of expression, the absence of a sufficient legal framework at the domestic level allowing journalists to

use information obtained from the Internet without fear of incurring sanctions might seriously hinder the exercise of the vital function of the press as a “public watchdog” and might itself give rise to an unjustified interference with freedom of the press.”

No caso *Jankovskis v. Lithuania*, o requerente, que atualmente cumpre pena em estabelecimento prisional na Lituânia, formulou pedido de autorização para utilização de internet para realização de curso universitário. O pedido foi negado pela Suprema Corte Administrativa, que entendeu que a ordem do estabelecimento prisional poderia ser subvertida e que o acesso à internet poderia prejudicar a luta contra o crime já que não seria possível um monitoramento completo das atividades do postulante. O requerente formulou representação no TEDH aduzindo que o bloqueio de acesso à internet violava seu direito de receber informações, também compreendido pelo artigo 10. O caso foi comunicado e encontra-se pendente de julgamento.

6 LIBERDADE DE EXPRESSÃO & INTERNET

A inúmeras vezes mencionada importância da internet não dispensa que façamos considerações autônomas sobre esse meio de comunicação quando discutimos liberdade de expressão. A internet tornou-se uma ferramenta indispensável para a realização de inúmeros direitos humanos, pois combate a disparidade intelectual e acelera o desenvolvimento do progresso humano. Fomenta o direito à educação, o direito em tomar parte na vida cultural, permite o acesso gratuito e imediato ao constante progresso científico em inúmeros setores de desenvolvimento humano, funcionando como um potencializador da eficácia e extensão de inúmeros outros direitos. Isso porque seu modo de ser permite o consumo individualizado do serviço numa esfera de pluralidade de fornecedores de informações, anulando as barreiras temporais e espaciais entre os indivíduos ao permitir a interação comunicativa e a emergência de sociedades virtuais³⁴¹.

³⁴¹MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Studia Iuridica 65. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2002, p. 353;

A internet é, atualmente, o maior símbolo dum espaço público mediatizado ao permitir trocas simbólicas que fomentam os processos pré-políticos da dinâmica democracia e do progresso social. É a maior polarizadora do discurso público e não sofre de escassez de tempo e atenção, e por isso permite que sejam lançadas e debatidas discussões ignoradas pelas forças estabelecidas no espaço público e não, portanto, um veículo de comunicação destinado a ampliar o poder dos grupos que já o possuem. Além disso, não sofre com a necessidade de redistribuição dos recursos comunicacionais, funcionando em caráter ilimitado, e permitindo que os grupos emergentes coloquem seus interesses exercendo forte pressão sobre a agenda formal de decisão política (*agenda-setting*), no que Gerstlé chama de “comunicação política ascendente”³⁴².

A internet tornou-se um subsistema de ação social que invariavelmente goza de ampla autonomia normativa³⁴³ porque o “cyber law o diritto di Internet, la cui analisi, non operabile se non in un contesto di globalizzazione dei rapporti economici, sociali e giuridici, origina dalla dimensione internazionale”³⁴⁴, e há quem defenda inclusive sua autonomia normativa constitucional como um efeito da constitucionalização do direito internacional (“*digital constitution*”)³⁴⁵. A Declaração

³⁴²GERSTLÉ, Jacques. *La Communication Politique*, «Que sais-je?». 2ªed. Presses Universitaires de France, 1993, p. 115.

³⁴³BULLINGER, Martin. *Multimediale Kommunikation in Wirtschaft und Gesellschaft*. Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht: ZUM, Jg. 40, Nr. 10, 1996, p. 749; JOHNSON, David R.; POST, David. *Law And Borders: The Rise of Law in Cyberspace*. 48 Stanford Law Review 1367, 1996: “Territorially-based law-making and law-enforcing authorities find this new environment deeply threatening. But established territorial authorities may yet learn to defer to the self-regulatory efforts of Cyberspace participants who care most deeply about this new digital trade in ideas, information, and services.”; DELACOURT, John T. *The International Impact of Internet Regulation*. 38 Harvard International Law Journal, 207, 1997; Contra: GOLDSMITH, Jack Landman. *Against Cyberanarchy*. 65 *Chicago Law Review* 1199, 1998.

³⁴⁴PANEBIANCO, Mario. *Iura humanitatis: diritti umane e “nuovi” diritti fondamentali*. Revista Internazionale dei diritti dell’uomo. Ano XIV, 2001, p. 154.

³⁴⁵TEUBNER, Gunther. “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?” In: *Transnational Governance and Constitutionalism*. Christian Joerges; Inger-Johanne Sand; Gunther Teubner. Hart Publishing, 2004, p. 8. A p. 28 aduz que “The constitution of the internet would distinguish between spontaneous public sectors (similar to the fundamental rights section of the constitution, or to constitutional law of the market) and the highly formalised organised sectors (resembling the law of organisation of the state, or company law), stabilised both in their intrinsic logic, and see its main task as being to build up mutual control by them.”; LESSING, L. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999; Contra: LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gessellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 470. Apensar de defender a autonomia normativa dos subsistemas sociais, entende que o conceito de constituição, desde a declaração de independência norte-americana, refere-se a uma estrutural sobreposição entre direito e política; VESTING, Thomas. “Constitutionalism or Legal Theory: Comments on Gunther Teubner.” In: *Transnational Governance and Constitutionalism*. Christian Joerges; Inger-Johanne Sand; Gunther Teubner. Hart Publishing, 2004, p. 37: “if the constitution is the product of a *specific* coupling since the second half of the 18th century, the constitutional concept cannot simply be detached from its

de Independência do Cyber Espaço utiliza retórica do constitucionalismo liberal ao aduzir que “Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel (...) the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us. You have no moral right to rule us, nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear”³⁴⁶. Também já não são raras as concepções teóricas que afirmam que a regulamentação normativa estadual, em alguma medida, é essencial para a garantia de valores liberais³⁴⁷, pois atualmente a internet é um “*forum público*” insuscetível de controle governamental ou empresarial, desprovida de qualquer hierarquia ou cadeia de comando à escala global³⁴⁸. A autorregulação complementada por uma atuação supletiva governamental se coloca entre um modelo de completa anarquia decorrente da ausência do estado e da pluralidade de emissores e receptores, e uma intervenção estatal que ignora a autonomia privada³⁴⁹. O que é certo, entretanto, é sua “policentricità” e “flessibilità” “nel suo spazio operativo che non è più quello fisico tradizionalmente considerato dal giurista bensì quello virtuale in cui non vi è alcun movimento fisico”³⁵⁰.

Em razão do seu protagonismo no cenário atual de difusão de informação, o relator especial da ONU sobre liberdade de expressão declarou, no relatório de maio de 2011, que assegurar um universal acesso à internet deve ser prioridade de todos os estados³⁵¹. No relatório de agosto de 2011 declarou que o “direito” de acesso à internet apresenta duas dimensões: a) conteúdo acessível; b) conexão acessível, e que ambos os aspectos devem ser efetivamente assegurados por todos os estados como parte de suas obrigações de respeito, proteção e

counterpart politics and reattached to other subsystems such as the economy, science or the internet.”

³⁴⁶BARLOW, John Perry. *Cyberspace Declaration of Independence*. 2002.

³⁴⁷NETANEL, Neil Weinstock. *Cyberspace Self-Government: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory*. 88 California Law Review, 2000, pp. 397 e ss; GOLDSMITH, Jack Landman; WU, Timothy. *Digital Borders: National Boundaries Have Survived in the Virtual World – and Allowed National Laws to Exert Control over the Internet*. Legal Affairs, 2006, pp. 40 e ss.

³⁴⁸MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Studia Iuridica 65. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2002, p. 1106; ZELEZNY, John D. *Communications Law, Liberties, Restraints, and the Modern Media*. 2 ed. Belmont, 1997, pp. 482 e ss.

³⁴⁹CHRISTIANSEN, Per. *Selbstregulierung, regulatorischer Wettbewerb und Staatliche Eingriff im Internet*. 3 MultiMedia und Recht, 2000, p. 129.

³⁵⁰PANEBIANCO, Mario. *Iura humanitatis: diritti umani e “nuovi” diritti fondamentali*. Revista Internazionale dei diritti dell'uomo. Ano XIV, 2001, p. 155.

³⁵¹*Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/17/27, 2011, § 85.

promoção da liberdade de opinião e de expressão³⁵².

O protagonismo da internet no tempo presente levou o Relator Especial a ocupar-se do alfabetismo digital (“*digital literacy*”). Relatou a importância de assegurar que os indivíduos possuam as necessárias habilidades para o completo uso da internet e encorajou os estados a promoverem treinamento para o manuseamento da tecnologia de informação e comunicação (“*information and communications technology*” – ICT), inserindo-o no curriculum escolar e também além dele³⁵³. A educação tecnológica é uma educação libertária. O anonimato permite a liberdade de expressão isenta de pressão ou instrumento de coerção política, religiosa ou econômica. Assegura, ainda, uma educação para paridade, com base na igualdade posicional do emissor e receptor da mensagem.

A restrição do direito de liberdade de expressão através da internet pode assumir várias formas. As medidas para impedir o acesso a certo conteúdo, como bloqueio e filtros, insuficiente garantia de privacidade e proteção de dados pessoais, podem assumir caráter inibitório da disseminação de opinião e informação (“chilling effect”³⁵⁴). Inúmeros países bloqueiam o acesso ao YouTube³⁵⁵ e outros adotam sistema de bloqueio de acesso a informações através da restrição de acesso a *sites* que contêm certas palavras-chave, por alegadas razões políticas, sociais e de segurança. A China, por exemplo, bloqueia o acesso à busca das

³⁵² *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/66/290, 2011, § 2.

³⁵³ *Ibid.*, §§ 45 e 46.

³⁵⁴ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/17/27, 2011, § 28.

³⁵⁵ OpenNet Initiative. *YouTube Censored: A Recent History*. Available from: <http://opennet.net/youtube-censored-a-recent-history>. **Thailand:** authorities routinely block videos that contain negative messages about the Thai king; **Germany, England, United States:** authorities have temporarily blocked or removed videos from YouTube due to copyright infringement charges; **Mexico:** the Federal Electoral Institute ordered YouTube [ES] to remove a video defaming incumbent senatorial candidate Fidel Herrera during his re-election campaign; **Egypt:** authorities required YouTube to block videos and account access for pro-democracy activist Wael Abbas in 2007. His account access has since been restored, but the videos remain blocked; **China:** authorities have temporarily blocked YouTube in response to videos addressing the massacre at Tiananmen Square, the Communist Party Congress, and demonstrations in Tibet, among others; **Turkey:** authorities blocked YouTube in 2007 in response to several videos that insulted Mustafa Ataturk and ‘Turkishness.’ Similar content led the government to ban YouTube permanently in January of 2009; **Brazil:** supermodel Daniela Cicarelli sued YouTube over a video showing her having sex with her boyfriend on a public beach. A court ruling caused the government to block YouTube access in Brazil until the video was removed from the site; **Indonesia and Uzbekistan:** both governments asked ISPs to block YouTube in response to “Fitna,” a video that interspersed images of terrorist attacks with quotes from the Quran. The video ignited protests and social unrest in many largely Muslim countries; **Tunisia:** YouTube has been blocked in Tunisia since November 2007. Social media experts believe the ban is a response to videos that mock the president.

expressões “*democracy*” e “*human rights*”³⁵⁶.

O Relator Especial considera necessário que se faça uma distinção entre três tipos de expressão: a) expressões que constituem uma ofensa nos termos do direito internacional e podem ser perseguidas criminalmente; b) expressões que não são criminalmente puníveis, mas podem justificar restrições e condenações civis; c) expressões que não suscitam condenações de natureza criminal ou civil, mas são preocupantes sob o aspecto da tolerância, civilidade e respeito pelo outro.³⁵⁷

No primeiro grupo podemos elencar, em caráter exemplificativo, a pornografia infantil. A disseminação de pornografia infantil é explicitamente proibida pelo direito internacional, nomeadamente pelo Protocolo Opcional da Convenção sobre Direito das Crianças, sobre a venda, prostituição e pornografia infantil (artigo 2, c). De acordo com o protocolo, os estados-partes devem assegurar que a produção, distribuição, disseminação, importação, exportação, oferta, venda ou posse de material pornográfico infantil (artigo 3) seja penalizada pela legislação interna, e a internet se apresenta hoje como o meio mais eficaz para a realização desse tipo de ilícito, seja pela facilidade de difusão do material, seja pela dificuldade de identificar a origem ou autoria da produção pornográfica.

Como segundo exemplo, temos a direta e pública incitação ao cometimento de genocídio, proibida pelo direito internacional, nos termos dos artigos 3º da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio; 25, 3 (e) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional; 4º, 3 (c), do Estatuto do Tribunal Internacional para Ex-Jugoslávia; e 2, 3 (c), do Estatuto do Tribunal Internacional de Ruanda. Este último se manifestou pela “*utmost gravity*” do crime de direta e pública incitação ao genocídio, declarando que a mídia foi uma ferramenta fundamental utilizada pelos extremistas em Ruanda para mobilizar e incitar a população ao cometimento de genocídio.³⁵⁸ A primeira condenação pelo crime de incitação ao cometimento de genocídio ocorreu no caso *Prosecutor v. Akayesu*³⁵⁹, e ocupou uma posição de protagonismo numa série de outros casos que envolviam a violação do

³⁵⁶Reporters without Borders. *Enemies of the Internet*. March 2010. Available from: http://en.rsf.org/IMG/pdf/Internet_enemies.pdf, pp. 8-12:

³⁵⁷*Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/66/290, 2011, § 18.

³⁵⁸*Prosecutor v. Ruggiu* (nº ICTR-97-32-S) (Trial Chamber), 12 May 2005, International Criminal Tribunal for Rwanda.

³⁵⁹Case nº ICTR-96-4-T, October 1998, International Criminal Tribunal for Rwanda.

direito intergentes.³⁶⁰ A jurisprudência consolidada exige três requisitos para a tipificação do crime de incitação ao genocídio: a) direta; b) pública; c) cometida com intensão específica (*mens rea*).

O terceiro “ilícito internacional” é a defesa de ódio nacional, racial e religioso que constitua incitação à discriminação, hostilidade e violência. A disseminação do “*hate speech*” através da internet tem suscitado inúmeras preocupações em relação ao conteúdo acessível. O Comitê de Direitos Humanos declarou que os artigos 19 e 20 do PIDCP são complementares, de modo que a vedação à liberdade de expressão nos termos do artigo 20 (“*hate speech*”) está condicionada ao preenchimento dos requisitos para restrições à liberdade de expressão estabelecidos nos termos do artigo 19. A única distinção quanto a regulamentação das restrições dos artigos 19, § 3º e 20 é que neste último o pacto exige que os estados levem a cabo as restrições através de lei. Só neste sentido o artigo 20 pode ser considerado *lex specialis* em relação ao artigo 19.³⁶¹ Para que haja a tipicidade internacional é necessário: a) a defesa do ódio; b) deve constituir uma incitação para um dos três resultados apontados. Também deve ser criminalmente perseguida, nos termos do artigo 4º da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a disseminação de ideias baseadas na superioridade racial, ódio ou incitação de discriminação racial.

A última restrição à liberdade de expressão a ser criminalmente reprimida por exigência do direito internacional é a incitação à atividade terrorista. Na resolução nº 1624, de 2005, o Conselho de Segurança da ONU convoca os estados à “prohibit by law incitement to commit a terrorist act or acts”. O Relator Especial tem mostrado grande preocupação com a larga margem de discricionariedade concedida aos estados para identificar os tipos de expressões que constituem incitação ao terrorismo, propondo a seguinte formulação de incitação ao terrorismo: “it is an offence to intentionally and unlawfully distribute or otherwise make available a message to the public with the intent to incite the commission of a terrorist offence, where such conduct, whether or not expressly advocating terrorist

³⁶⁰ *Prosecutor v. Nahimana et al.*, (nº ICTR-99-52-A), 28 November 2007; *Prosecutor v. Simon Bikindi*, (nº ICTR-01-72-T), 2 December 2008, International Criminal Tribunal for Rwanda.

³⁶¹ Human Rights Committee, *general comment nº 34*, julho de 2011, §§ 50 e 51. É imperioso ressaltar que o Relator Especial também já se manifestou, seguindo a jurisprudência internacional sobre a matéria, que as restrições à liberdade de expressão, incluindo as do artigo 19, § 3º, do PIDCP, devem ser estabelecidas por lei: *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/14/23, 2010, §§ 79 e 81.

offences, causes a danger that one or more such offences may be committed”³⁶². Esse conceito apresenta dois requisitos: a) intenção de incitar o cometimento de um ato terrorista; b) como consequência da incitação, risco atual de realização de ato terrorista.³⁶³

A despeito da legalidade internacional de medidas restritivas do direito de liberdade de expressão para conter a disseminação de ideias terroristas e intolerantes às diferenças, a Conferência de Riad sobre o Uso da Internet para Conter o Recurso à Violência Extremista, de janeiro de 2011, estabelece que a contranarrativa deve ser disseminada através de todos os relevantes canais de comunicação para conter o apelo a mensagens extremistas. O Relator Especial também reconhece que uma estratégica resposta a expressões consideradas ofensivas e intolerantes é “*more speech*”. Mais discurso que educa sobre as diferenças culturais, mais discurso que promove diversidade e entendimento, mais discurso que outorga vozes às minorias e povos indígenas. Mais discurso pode ser a melhor estratégia para alterar o que os indivíduos pensam, e não meramente o que fazem, como reconhecido pelo documento elaborado pela Conferência de Durban Revisada³⁶⁴, que afirma a importância fundamental da liberdade de opinião e de expressão na luta contra o racismo, xenofobia e intolerância ao redor do mundo.³⁶⁵

As quatro restrições supramencionadas compõem o rol das expressões que constituem uma afronta ao direito intergentes e devem ser perseguidas criminalmente pelos estados internamente. Observa-se que as restrições mencionadas estabelecem requisitos que tornam insuficiente para a conduta ilícita a mera opinião, odiosa que seja, sobre qualquer coisa, o que corrobora nossa defesa da liberdade de opinião absoluta, núcleo intangível das liberdades comunicativas. A restrição sobre as quais os estados internacionalmente responsáveis estão vinculados é quanto a “*advocacy*” e “*incitement*”. Os instrumentos normativos

³⁶² *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*. A/HRC/16/51, 2010, § 32.

³⁶³ Veja-se: *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism: A/HRC/6/17/Add.1*, 2007; *A/HRC/10/3/Add.2*, 2008; *A/HRC/16/51*, 2010.

³⁶⁴ *A/CONF.211/8*, chap. I, § 58.

³⁶⁵ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/66/290, 2011, §§ 36 e 41; Veja-se, ainda, a Declaration on Fundamental Principles concerning the Contribution to the Mass Media to Strengthening Peace and International Understanding, to the Promotion of Human Rights and to Countering Racialism, Apartheid and Incitement to War, adopted by the UNESCO General Conference at its twentieth session, Paris, 22 November 1978, UNESCO's Standard-Setting Instruments, IV.C. (1994).

internos não podem apresentar ambiguidade, devem perseguir um objetivo legítimo e respeitar os princípios da proporcionalidade e necessidade.³⁶⁶

O relator especial constatou que o uso de tecnologias de bloqueio e filtragem frequentemente ocorre em desacordo com a obrigação de garantir o exercício do direito de liberdade de expressão, porque as condições não são estabelecidas em lei; não atendem ao artigo 19, § 3º (PIDCP); e são desnecessárias e desproporcionais mesmo quando justificadas de acordo com os requisitos antecedentes. Para que não haja censura, o estado deve realizar uma lista dos *sites* bloqueados individualizando detalhadamente a necessidade e justificativa para o bloqueio de cada site. A determinação do conteúdo bloqueado deve ser tomada por uma autoridade judicial competente ou por um órgão independente de influência política ou comercial³⁶⁷. Além disso, a criminalização da liberdade de expressão *online* constitui violação das obrigações internacionais de direitos humanos porque na prática é utilizada para censurar aqueles que discordam do governo ou de outros poderes. O relator ainda exorta os estados a descriminalizar a difamação³⁶⁸. Outra interessante consideração do Relator diz respeito ao “*copyright*”. Após declarar que os estados devem velar para que o acesso à internet seja garantido em qualquer circunstância, como nos instantes de instabilidade política, exorta os estados a revogar ou alterar leis de propriedade intelectual que permitam que os usuários sejam desconectados do acesso à internet. Tal medida seria desproporcional para tutela dos direitos de autor, pois não se subsume aos termos do artigo 19, § 3º.³⁶⁹ Por outro lado, o estado tem a obrigação positiva: a) de proteger os indivíduos contra a interferência de terceiros que constituam empecilhos para o aproveitamento do direito de liberdade de opinião e de expressão³⁷⁰; b) de assumir a responsabilidade pelo desenvolvimento efetivo de políticas que assegurem um

³⁶⁶ *Ibid*, § 37. No § 81: “States are obliged to guarantee a free flow of ideas and information and the right to seek and receive as well as to impart information and ideas over the Internet. States are also required under international law to prohibit under its criminal law the following types of content: (a) child pornography; (b) direct and public incitement to commit genocide; (c) advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence; and (d) incitement to terrorism. However, the Special Rapporteur reminds all States that any such laws must also comply with the three criteria of restrictions to the right to freedom of expression, namely: prescription by unambiguous law; pursuance of a legitimate purpose; and respect for the principles of necessity and proportionality.”

³⁶⁷ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. A/HRC/17/27, 2011, §§ 69 e 70.*

³⁶⁸ *Ibid*, §§ 72 e 73.

³⁶⁹ *Ibid*, §§ 78 e 79.

³⁷⁰ *Ibid*, §52.

acesso universal à internet, de acordo com o compromisso internacional firmado no “*Millennium Development Goals*” (8, f: “in consultation with the private sector, [to] make available the benefits of new technologies, especially information and communications.”). O relatório utiliza a expressão “*digital divide*” em referência ao abismo que existe entre as pessoas com efetivo acesso à informação digital e novas tecnologias e aquelas que não têm acesso. Os países desenvolvidos têm 71.6 usuários de internet por cada grupo de 100 habitantes, enquanto nos países em desenvolvimento a proporção é de 21.1 por 100, e no continente africano de 9.6 por 100.³⁷¹

Paralelamente e independentemente da responsabilidade dos estados em adotar medidas afirmativas para universalizar o acesso à internet, a comunidade internacional têm oferecido importante contributo. A União Internacional de Telecomunicação realizou o projeto “Connect the World”³⁷². O projeto “One Laptop Per Child”³⁷³ executado pelo Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento, distribuiu 2,4 milhões de laptops para crianças e professores ao redor do mundo, em países como Argentina, Brasil, Canadá, e China, dentre outros.

Em alguns países o acesso à internet tornou-se reconhecido como direito autônomo. Por exemplo, através de um instrumento normativo de 2000, a Estônia concedeu ao direito de acesso à internet o status de um direito humano básico. O Conselho Constitucional Francês, em 2009, e a Corte Constitucional Costa-riquenha, em 2010, reconheceram que o acesso à internet era um direito fundamental. Através de decreto promulgado em 2009, a Finlândia passou a exigir que toda conexão de internet de banda larga tenha velocidade mínima de 1 *megabite*³⁷⁴. Entretanto, no último relatório, o Relator Especial declarou que “access to the Internet is not yet a human right as such”, mesmo reconhecendo uma obrigação positiva por parte dos estados de facilitar o exercício do direito de

³⁷¹Ibid, §§ 60, 61 e 66. Nas palavras do Relator “(...) without Internet access, which facilitates economic development and the enjoyment of a range of human rights, marginalized groups and developing States remain trapped in a disadvantaged situation, thereby perpetuating inequality both within and between States.” (§ 62); No relatório de 2010 (A/HRC/14/23), § 37: “Access to means of communication and, in particular, to electronic communications is now seen as necessary for achieving development and, therefore, *should also be considered as an economic and social right.*” (italico meu)

³⁷²International Telecommunication Union. *Connect the World*. Available from: <http://www.itu.int/ITU-D/connect>.

³⁷³One Laptop per Child. *Map*. Available from: <http://one.laptop.org/map>.

³⁷⁴*Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/HRC/17/27, 2011, § 65.

liberdade de expressão e os meios necessários para o exercício desse direito, dentre os quais, a internet³⁷⁵. Teubner menciona um “*universal political right of access to digital communication*”³⁷⁶.

O Brasil é especialmente citado no relatório como exemplo de país que tomou medidas positivas para promover o acesso à conexão de banda larga para pessoas de baixa renda. Por exemplo, o serviço governamental de apoio eletrônico aos cidadãos (GESAC) foi criado em 2002 com a finalidade de ampliar a inclusão digital com o uso de tecnologias sem fio (“wireless”), tais como satélite e WiMAX (“Worldwide Interoperability for Microwave Access”), para áreas mal servidas. O serviço tem por escopo assegurar que todos os 5.565 municípios do Brasil tenham pelo menos um ponto de acesso à internet banda larga. O governo também opera uma rede de telecentros comunitários que oferece internet gratuita. No início de 1998, foi lançado o programa “banda larga nas escolas”, uma parceria do governo federal, ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e vários operadores de telecomunicações. O projeto objetiva conectar mais de 56 mil escolas públicas em todo o país, beneficiando mais de 37 milhões de alunos, ou seja, 84% dos estudantes brasileiros.³⁷⁷

7 CONCLUSÃO

§ O tempo presente é caracterizado pela “deslocalização” em tempo real. Digitalizado, privatizado e globalizado. O desenvolvimento das novas tecnologias de exercício das liberdades comunicativas tem aproximado os espaços e as pessoas. A distância física deixa de ser um critério para a construção das relações intersubjetivas que se instauram em qualquer lugar, entre quaisquer pessoas e por isso pode-se dizer que as liberdades comunicativas ocupam um papel

³⁷⁵ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. A/66/290, 2011 § 61.

³⁷⁶ TEUBNER, Gunther. “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?” In: *Transnational Governance and Constitutionalism*. Christian Joerges; Inger-Johanne Sand; Gunther Teubner. Hart Publishing, 2004, p. 4.

³⁷⁷ *Ibid.*, §§ 69 e 73.

de destaque entre os direitos individuais, sociais e econômicos, constituindo-se, em verdade, num símbolo da indivisibilidade dos direitos humanos. Sendo assim, a velocidade com que se desenvolve esse novo padrão de relações sociais têm-se apresentado como um novo desafio para os agentes sociais regulamentadores. O direito, enquanto disciplina da razão prática, tem enfrentado muitos obstáculos na tarefa de regulamentar as relações que se instauram nesse tempo despacializado e deslocalizado. Duas são as principais características desse novo modo de ser do homem: a) o aumento de interdependência subjetiva em razão da aproximação de natureza tecnológica; b) a revalorização das liberdades comunicativas enquanto meio para a construção dessas relações. Essas duas características, associadas ao obsoleto do jurídico, têm feito do diálogo um protagonista. Muitas são as teorias de justiça que apresentam como fundamento o diálogo. Muitas também são as teorias éticas procedimentalistas que condicionam a legitimidade das suas construções teóricas às condições ideais de diálogo. A fragmentação dos sistemas de ação social em subsistemas tem feito do diálogo um instrumento de auto-produção, auto-descrição e comunicação trans-sistemática, e sua importância não é reduzida pela autonomia normativa dos subsistemas, haja vista que o diálogo ainda irradia suas virtualidades na fase prévia à normativa e de atualização da norma posta. Por fim, o diálogo ainda constitui o melhor meio de expressão da dúvida metódica, ao projetar-se contra as verdades objetivamente construídas com base numa fundamentação dogmática confessional ou de outra natureza, sujeitando a certeza a um estado latente de refutação e estabelecendo um prognóstico de mundividências plurais.

§ Entre os desafios transnacionalmente assumidos em relação às liberdades comunicativas ressalta-se: a) o controle dos governos sobre os veículos de comunicação, a exemplo da exigência de registro ou do estabelecimento de agências reguladoras; b) a tipificação criminal para proteção de categorias abstratas; c) a prática de violência contra os jornalistas; d) limitações fáticas e jurídicas da conduta dos estados em relação à exigência de tutela do direito de informação; e) discriminação dos grupos vulneráveis quanto ao gozo da liberdade de expressão; f) as pressões comerciais do entretenimento sobre a atividade investigativa; g) valorização da radiodifusão comunitária como forma de contra-balancear a radiodifusão de critério comercial; h) restrição da liberdade de expressão com base em conceitos vagos associados à segurança; i) restrições à liberdade de expressão através da internet, nomeadamente através dos filtros; j) acesso à informação e

tecnologias de informação de maneira menos seletiva.

§ A liberdade de opinião e de expressão transpassam já o caráter intersubjetivo, adquirindo, também, uma dimensão profissional e institucional que se estabelece à escala global. Progressivamente, aquilo que surgiu como a mais notória expressão do pensamento individualista e egoístico do liberalismo burguês vai assumindo também o status de direito social e econômico como um efeito da revolução digital que profissionalizou e conferiu forte densidade econômica ao modo como nos comunicamos com o outro. E assim surgem já vozes que denunciam uma espécie de “colonialismo eletrônico”, que ocorreria de maneira subliminar e não violenta, com os grandes conglomerados de informação exercendo forte pressão sobre nossos valores, tradições e formas de vida, que, ao ganhar dimensão transfronteiriça, contribuem para a monopolização da nossa mundividência. Soma-se a isso o fato dessa revolução digital mostrar-se nociva noutros aspectos, como o cyber crime. O fato é que os efeitos positivos e negativos da revolução digital ocorrem independentemente de qualquer adesão territorial, o que dificulta sua regulamentação segundo o direito público e privado ordinário, de modo que o direito internacional aparenta ser a esfera do direito público mais apetrechada para a construção de parâmetros normativos destinados à regulamentação desses efeitos, haja vista sua também transfronteiriça dimensão eficaz.

§ No pensamento jurídico pátrio, o fenômeno do constitucional encontra inúmeras dificuldades para que seja desenvolvido em completude, pois é perspectivado exclusivamente em sua dimensão interna. A Constituição Federal é o instrumento dotado de singular dignidade para regulamentação da coisa pública e tutela dos direitos fundamentais. Sendo assim, a norma hipotética fundamental é monodocumental – ignorando-se, a propósito, o monismo internacionalista kelseniano – e ignoramos instrumentos normativos de igual dignidade que completam o exercício das tarefas afetadas em favor do direito constitucional: o direito internacional e o direito comunitário. A constitucionalização do direito internacional é sustentada com base na Carta Internacional de Direitos e na pretensão de supremacia das obrigações internacionais sobre as obrigações nacionais, nos termos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados e no Tratado sobre Responsabilidade do Estado, atestada, ainda, pela jurisprudência pacificada em inúmeros tribunais internacionais de direitos humanos e na Corte Internacional de Justiça. Além da pretensão de supremacia sobre o direito interno, a

Carta da ONU arvora-se como a norma hipotética fundamental dentro do ordenamento jurídico internacional, nos termos do artigo 103. A simetria com o direito constitucional interno é evidente. A constitucionalização do direito comunitário também apresenta como pressupostos a tutela autônoma dos direitos fundamentais na esfera normativa comunitária e a separação de poderes dentro da organização, no mesmo molde que nos estados, e a pretensão, jurisdicionalmente sustentada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, de primazia de suas obrigações em relação as normas internas dos estados. Sendo assim, os três âmbitos normativos que condensam normas de direito público desenvolvem suas atividades com base num critério excludente e narcisista, pois cada um desses âmbitos normativos almeja sua supremacia em relação aos demais, com expressões sinônimas e simétricas como supremacia da constituição, *pacta sunt servanda*, e primazia ou primado. Esses critérios já se mostram insuficientes para elucidar as hipóteses de confronto de normas que pertencem a diferentes esferas. A princípio, após admitirmos que o direito constitucional, o direito internacional e o direito comunitário apresentam dimensões integradoras da mesma responsabilidade pública de proteger e promover, forçosamente somos levados a abandonar um critério que exprima hierarquia entre essas dimensões de normatividade. Sendo assim, empregamos a expressão sincretismo constitucional como síntese da inter-normatividade não hierárquica entre esses diferentes blocos de constitucionalidade que assumem, em razão simétrica, a responsabilidade interconstitucional pela tutela das liberdades comunicativas.

§ As revoluções liberais ofereceram o combustível ideológico para a insurgência social em favor das liberdades comunicativas. Como resultado, os primeiros instrumentos normativos de tutela de direitos fundamentais davam à liberdade de expressão um papel de destaque, transplantado pela tradição constitucionalista ocidental para o direito internacional dos direitos humanos. A expressão liberdades comunicativas refere-se a todas as dimensões da liberdade de expressão, compreendendo: a) liberdade de opinião; b) liberdade de procurar, receber e transmitir informações e ideias (liberdade de discurso e liberdade de informação); c) emoção comunicativa em todas as formas artísticas; d) liberdade de *media*; e) liberdade de comunicação internacional.

§ De modo geral, as liberdades comunicativas podem ser sujeitas a restrições em razão da necessidade de justapor outros direitos humanos e os

direitos dos outros. Há contudo, uma dimensão da liberdade de expressão que tem natureza de direito absoluto. A liberdade de opinião é a razão transversal que possibilita o exercício de todas as outras dimensões das liberdades comunicativas. O pensar é uma dimensão subjetiva indissociável do desenvolvimento pessoal e apenas o como eu obro em relação ao outro, com base naquilo que penso, pode constituir objeto de restrição, porque o meu pensar precedente não pode se impor sobre o pensar do outro. Assim, a opinião privadamente considerada não tem potencialidade lesiva em relação aos outros, mesmo que ganhe vida através de um modo de exteriorização, e por isso não pode ser objeto de restrição. Não há, portanto, ao menos juridicamente, uma obrigação de ter-se apenas opiniões generalizáveis, pois o livre desenvolvimento da personalidade humana compreende a tutela da individualidade com sua autonomia, de modo que o espaço livre de comportamentos e expressões é o mais amplo possível. O livre desenvolvimento da personalidade exige tanto uma abstenção por parte do estado, como um comportamento positivo no sentido de garantir tal realização, como um mediador entre o eu e o outro. A individualidade e a dependência social não são impossíveis porque é através do sistema de comunicação que o “eu” obtém consciência de que só é eu mesmo com os outros. Assim, a criatura humana, como substância, existe isoladamente, enquanto a pessoa só existe entre outras criaturas humanas. Desse modo, o ser-pessoa não seria sujeito ou objeto, mas uma relação, que não se deixa apreender por um pensamento objetivo, estático e a-histórico, e se desenvolve através da comunicação com as outras pessoas.

§ Entre 1648-1948 vigorou nas relações internacionais o paradigma vestefaliano, caracterizado pelo caráter absoluto da soberania no âmbito interno (relação do soberano com os súditos) e externo (relação dos estados soberanos com outros soberanos). Essa soberania ilimitada fazia da utilização da força física o principal instrumento a disposição do soberano tanto internamente quanto externamente. Como os estados eram igualmente soberanos, nenhum estado ou qualquer outro ator internacional poderia intervir no modo como os estados resolviam seus assuntos internos (reserva de soberania), e nenhum estado dispunha de outro meio que não a guerra para impor sua vontade a outro soberano. Esse período foi, portanto, marcadamente vinculado a territorialidade e voluntarismo. As pessoas eram apêndices dos seus estados, fungíveis e absolutamente disponíveis a seus interesses. A proteção da pessoa ocorria, eventualmente, no cenário

internacional, enquanto um bem de propriedade de determinado estado. Mesmo nesse período, contudo, há inúmeros precedentes que de certo modo reconheciam a personalidade individual do homem, como os tratados que vedavam a escravidão assim como as normas de direito internacional humanitário. A humanização do direito internacional todavia, somente ocorre quando o ser humano assume a condição de protagonista e sujeito a ser tutelado pelo direito internacional enquanto valor supremo e fim último de concretização desse ramo do direito. Assim, o direito internacional direcionou esforços para a construção de uma ética globalizada que constituiria um padrão mínimo de respeito aos bens essenciais ao desenvolvimento da personalidade humana. Desse modo, a pessoa humana passa a assumir a condição de sujeito de direito internacional, com personalidade jurídica autônoma e independente dos respectivos estados, respondendo ativa e passivamente perante os órgãos de direito internacional.

§ A CVDT exige que os tratados internacionais sejam cumpridos de boa-fé (*pacta sunt servanda*), e veda expressamente que qualquer norma interna seja utilizada como escusa para descumprimento do convencionado. De acordo com a jurisprudência consolidada, perante qualquer órgão de direito internacional a conduta interna do estado é considerada um mero fato, mesmo que seja uma decisão jurisdicional. Cabe aos estados, portanto, internalizar as externalidades normativas e jurisdicionais dos órgãos oficiais dos tratados respectivos, auxiliando na elucidação e densificação do conteúdo da norma internacional sem afrontar os órgãos oficiais dos tratados evadindo-se de eventual responsabilidade internacional por descumprimento. Essa internalização responsável fomenta a integração e aumenta a legitimidade da norma internacional pois o estado participa do desenvolvimento da norma, o que colabora para o aumento da confiança entre todas as partes contratantes. Assim sendo, a conclusão lógica é de que a matéria regulamentada pelo tratado deixa de estar vinculada exclusivamente à soberania do estado, e o estado não deve, por óbvio, se comportar como se não tivesse contas a prestar à comunidade internacional co-contratante.

§ A Carta da ONU marca o início do declínio do paradigma vestefaliano porque, embora a proteção da pessoa não seja um objetivo-fim do tratado, ao menos a guerra deixa de ser o meio natural de construção das relações internacionais já que é expressamente vedada enquanto meio para a resolução de conflitos. A manutenção da paz e segurança internacionais e a construção de vias

de cooperação entre os estados igualmente soberanos dão a tônica ao arcabouço normativo construído pela Carta. As referências aos direitos humanos ocorrem sem qualquer densificação em termos de obrigações objetivamente exequíveis, de modo que não se pode dizer que a Carta tenha conferido o status de sujeito de direito internacional à pessoa humana, que, contudo, ao menos se torna objeto de preocupação da organização internacional. Os artigos 55 e 56, contudo, estabelecem obrigações aos estados em sede de direitos humanos, embora essas obrigações sejam casuisticamente determinadas pela organização. A Carta, entretanto, preparou a comunidade internacional para a aceitação de um padrão mínimo de bens jurídicos que deveriam ser objetivamente estabelecidos por uma Carta Internacional de Direitos Humanos, nos termos do artigo 68.

§ A DUDH reconhece expressamente a personalidade jurídica da pessoa humana já em seu preâmbulo. Assim, o estado passa a ser vislumbrado como um meio para o desenvolvimento dessa personalidade. A Declaração funda-se na igual dignidade de todos os membros da família humana e estabelece um padrão internacional de respeito à essa dignidade que consagra direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, resultado de um confronto de messianismos amparados pelas ideologias políticas capitalista e socialista. O documento, a princípio, que não foi redigido em termos vinculantes, adquiriu força normativa havendo duas teorias nesse sentido: a) a DUDH constituiu uma explicitação das obrigações de direitos humanos na Carta da ONU, esta sim diretamente vinculante (artigos 55 e 56); b) a DUDH foi alçada à condição de costume internacional, haja vista a prática reiterada dos estados de respeitar, internalizando, as normas programáticas previstas no documento, bem como a convicção de sua obrigatoriedade, declarada expressamente nas conferências de direitos humanos de 1968 e 1993. Por uma ou outra razão, a CIJ entende que os estados estão vinculados à DUDH, assim como o escritório de assuntos legais da ONU.

§ O PIDCP e o PIDESC são tratados multilaterais e, ao contrário da DUDH, vinculam apenas os estados que os ratificaram. Tais instrumentos normativos tinham por propósito conferir densidade normativa aos direitos, a princípio, apenas declarados na DUDH. Até tais documentos começarem a produzir efeitos jurídicos, o que ocorreu somente em 1976, a DUDH ostentava de maneira singular a condição de standard de moralidade internacional enquanto elemento da Carta Internacional de Direitos. Os pactos representaram uma inequívoca incursão

do direito internacional em temas historicamente vinculados à soberania dos estados, como os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, refletindo, desse modo, as necessidades sociais reveladas ao mundo pelas revoluções burguesas e socialistas. Tais instrumentos já não cobrem, contudo, as necessidades humanas resultantes da revolução tecnológica, confirmando a assertiva de Vasak de que o rol de direitos humanos estará sempre incompleto.

§ No sistema global de proteção aos direitos humanos o controle de implementação das obrigações internacionais dos estados é realizada, em regra, de maneira conciliatória, geral e diplomática, através da apresentação de relatórios, queixas inter-estatais e queixas individuais. Tanto o PIDCP como o PIDESC dispõe de órgãos de fiscalização que desenvolvem as atividades mencionadas. Além disso, na estrutura da ONU, existe a previsão de tutela através de Resoluções do ECOSOC, Conselho de Direitos Humanos, e do Alto-comissariado para Direitos Humanos. O sistema possui órgão jurisdicional que, contudo, não funciona como tribunal de direitos humanos, porque não admite reclamações individuais e dificulta que os estados atuem salvaguardando direitos das pessoas. Sua atividade volta-se a tutela da supremacia da Carta da ONU.

§ A tutela do PIDCP é feita pelo Comitê de Direitos Humanos. O único procedimento de controle obrigatório aos estados é a apresentação de informes periódicos. A apresentação de queixas, individuais ou estatais, é facultativa. Em qualquer dos procedimentos as decisões do Comitê não são vinculantes e não há nenhum tipo de sanção prevista. Em relação aos parâmetros estabelecidos quanto à liberdade de expressão, o órgão se manifestou no sentido de que a liberdade de opinião não admite restrição. A liberdade de expressão compreende assuntos de interesse público como política e direitos humanos, jornalismo, expressão artística e cultural, discurso religioso e liberdade de cátedra. Tutela-se, ainda, todas as formas de expressão e meios de sua disseminação, como a palavra escrita, falada, e expressões não-verbais, a linguagem de sinais, imagens e objetos de arte. Os meios de expressão compreendem livros, jornais, posters, panfletos, meios audiovisuais, eletrônicos e a internet. As restrições são admitidas taxativamente nos casos de: a) direito dos outros; b) segurança nacional; c) moralidade e ordem pública. Devem ser realizadas através de lei e obedecer o princípio da proporcionalidade. Quanto a hipóteses casuísticas, o Comitê tem demonstrado preocupação com as restrições a liberdade do discurso político em razão da criminalização de insultos e críticas. Em

relação aos veículos de comunicação, a preocupação compreende o monopólio e a segurança dos meios e dos profissionais, sendo ainda que o Comitê declarou expressamente que é ilegal a necessidade de licença ou registro para o exercício da profissão de jornalismo. As “memory-laws” são restrições indevidas, assim como as que restringem críticas religiosas. O direito de receber informação caminha para alcançar autonomia em relação a liberdade de expressão, e orienta-se, especialmente, pelo princípio da máxima divulgação.

§ Os grupos vulneráveis merecem atenção especial em relação às medidas de asseguramento da liberdade de expressão. Assim, às mulheres incumbe velar pela construção de vias para sua participação no espaço público, em condição simétrica aos homens, bem como a participação política, educacional e no mercado de trabalho. Às crianças devem-se permitir meios de comunicação compatíveis com sua imaturidade e protegê-las dos que são incompatíveis. As minorias e os povos indígenas têm o direito de que se preserve sua forma de expressão linguística, além do acesso das vias de comunicação não indígena. Aos mais pobres, deve-se assegurar o acesso às novas tecnologias de comunicação como uma forma de otimização de seu desenvolvimento pessoal. Aos deficientes também deve-se assegurar vias de participação, inclusão social e acessibilidade, nomeadamente através de adaptações compatíveis com suas limitações.

§ O sistema africano de proteção aos direitos humanos tem por base normativa a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. O acompanhamento da implementação do instrumento é realizado pela Comissão Africana, através dos informes apresentados pelos estados e das queixas, individuais e estatais. Além disso, a comissão pode constituir relator especial, realizar visitas *in loco*, emitir resoluções e medidas provisionais. A tutela jurisdicional é realizada pelo Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos, cuja competência é facultativa. Existe a possibilidade de apresentação de queixas individuais diretamente à corte, desde que o estado tenha expressamente aceitado tal possibilidade. Até o presente momento, não houve ainda nenhum pronunciamento judicial envolvendo a violação do direito de liberdade de expressão, embora, perante a comissão, já tenha sido formulado reclamações nesse sentido.

§ No sistema interamericano de proteção temos um regime dual, conforme os estados tenham ou não aceitado a competência do TIDH. Isso porque a CIDH não é um órgão de controle exclusivo da Convenção Americana. A CIDH é um

órgão da OEA, e, até a redação da convenção, limitava-se a realizar um controle da conduta dos estados em relação à Carta da OEA. Desse modo, atualmente, a CIDH analisa a atuação dos estados em relação à convenção, para representá-los ou não no TIDH e, em relação aos estados que não aceitaram a competência contenciosa, realiza juízos de valoração com base na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem associada à obrigação de promoção de direitos humanos estabelecida na Carta da OEA. Num ou noutro caso, o trabalho da CIDH compreende a recepção de comunicações, realização de visitas, informes e seminários, podendo, ainda, constituir relatores especiais. Já o TIDH tem competência consultiva, contenciosa e cautelar. Os estados que assinaram a convenção precisam aceitar expressamente a competência contenciosa, embora a aceitação possa ser *ad hoc*. As medidas provisionais também só podem ser deferidas em desfavor dos estados que aceitaram a competência contenciosa. A competência consultiva, por outro lado, independe de aceitação expressa, pois, enquanto membros da OEA, os estados gozam de tal prerrogativa. Somente a CIDH pode remeter casos à TIDH.

§ No exercício da competência contenciosa o TIDH reconheceu a violação da liberdade de expressão em 17 casos. A corte afirmou que o acesso a informação pública está compreendido pela liberdade de expressão, e deve ser orientada pelo princípio da máxima divulgação num regime democrático. Desse modo, reconheceu que o direito em causa tem uma dimensão individual e uma dimensão social. Declarou ainda que a censura prévia é absolutamente vedada, admitindo-se somente responsabilidade ulterior, em caso de interesse público imperativo e sujeita ainda ao princípio da proporcionalidade. Afirmou a ampla liberdade dos jornalistas na investigação e divulgação de fatos; a necessidade de que os agentes públicos sejam tolerantes às críticas públicas; o direito de utilizar qualquer idioma para se comunicar; que as pessoas públicas têm uma proteção à vida privada inferior às demais porque voluntariamente participam da vida pública com maior intensidade, contudo, ressaltou que os funcionários públicos também têm direito à tutela da honra, havendo a necessidade de realizar uma ponderação casuística em caso de conflito com a liberdade de expressão; as opiniões, choquem, irrite ou ofendam, não se submetem a um teste de veracidade porque são meros juízos de valor e por isso não podem ser objeto de sanção; o estado tem o dever de impulsionar o pluralismo informativo tomando medidas positivas e se abstendo de

condutas que de qualquer forma possam restringir o labor dos veículos de comunicação. A corte também reconheceu a responsabilidade do estado quando a violação é causada por particulares. As restrições são admitidas nas hipóteses convencionais, desde que previstas em lei, atendam interesse público e sejam proporcionais. Na opinião consultiva declarou que a obrigação de registro ou de possuir diploma de determinada área constituíam restrições ilícitas ao exercício das atividades dos jornalistas. As medidas provisionais determinadas nesta sede assumiram natureza cautelar (proteção da eficácia do procedimento) e tutelar (proteção dos direitos subjetivamente considerados), sendo também determinadas em favor de uma universalidade de pessoas não individualizadas no momento da concessão. As medidas de reparações determinadas compreendem normalmente a assunção pública da culpa, reparação pecuniária, dever de não repetição e alteração de normas internas.

§ No sistema europeu de proteção aos direitos humanos a tutela jurisdicional da liberdade de expressão é realizada exclusivamente pelo TEDH, criado pela Convenção Europeia de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais para apurar a responsabilidade dos estados-partes em relação à implementação das disposições do tratado. O TEDH tem competência contenciosa e consultiva. No exercício da competência contenciosa pode receber queixas apresentadas pelos estados independentemente de que estes tenham vínculo de nacionalidade com as vítimas da violação, haja vista que a convenção cria obrigações objetivas que disfrutam de garantia coletiva. Além disso, qualquer pessoa, organização não-governamental, ou grupos de indivíduos sujeitos à jurisdição de qualquer estado-contratante podem peticionar à corte na condição de vítima da violação da convenção ou seus protocolos. Nesse caso, contudo, o peticionário deve necessariamente ser vítima da violação. O TEDH também tem competência consultiva, restrita, contudo, a solicitações do Comitê de Ministros do Conselho da Europa. A Jurisdição do TEDH é obrigatória, assim como a aceitação de reclamações individuais.

§ Segundo os parâmetros estabelecidos pelo TEDH e pela extinta comissão, o artigo 10 da Convenção Europeia compreende o direito de receber e divulgar informações, mas não o direito de buscá-las, havendo inúmeros julgados nesse sentido, embora na Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 1981, e no princípio 12 dos Princípios de Joanesburgo, de 1995, se

clarifique que a recusa à concessão de informação por parte do estado deve ser justificada. A única restrição abstratamente reconhecida diz respeito às manifestações de promoção do nazismo, negação do holocausto e da incitação à discriminação racial. Aplica-se a tais casos o paradoxo da tolerância: há ampla margem de tolerância para qualquer tipo de manifestação, desde que tais não compreendam a defesa de doutrinas intolerantes. Observe-se, contudo, que a restrição diz respeito a promoção, incitação e negação, e não a opinião em si. A preocupação da corte é que tais comportamentos constituam uma incitação à violência, com a real possibilidade de que ela ocorra. Na análise casuística, a corte já defendeu a liberdade de criticar o governo; o sigilo de fontes jornalísticas; a liberdade de imprensa de maneira geral; a vedação à apreensão e confisco dos meios de expressão; proibiu o monopólio estatal de radiodifusão; e distinguiu opinião de fatos, aduzindo que a primeira não pode ser objeto de prova. As restrições são admitidas se estiverem exprimidas e claramente previstas em lei; tiverem por fundamento objetivo convencional; atenderem ao princípio da proporcionalidade. A margem de apreciação conferida aos estados na análise dessa possibilidade sofre, contudo, controle por parte do TEDH, haja vista a flagrante desproporcionalidade de determinadas restrições.

§ A internet combate a disparidade intelectual e acelera o desenvolvimento do progresso humano. Caracteriza-se pelo consumo individualizado e pela pluralidade de fornecedores sem barreiras temporais e espaciais. Atualmente, desenvolve-se como um subsistema social autônomo, sem controle governamental ou privado e por isso apresenta autonomia normativa sem qualquer hierarquia ou cadeia de comando. Além disso, a vinculação dos estados à liberdade de expressão exige que esses assegurem o acesso à conexão e conteúdo acessíveis combatendo o analfabetismo digital. Restrições podem ser legitimamente estabelecidas em caso de funcionar como meio para divulgação de pedofilia, incitação ao genocídio, ódio racial, nacional ou religioso, bem como promoção de atividades terroristas. Contudo, deve-se ressaltar, especialmente quanto a adoção de bloqueios e filtros que restringem o acesso, que a melhor estratégia para mudar o que as pessoas pensam é mais discurso. Desse modo, esse tipo de restrição deve listar individualmente os sites, com a necessidade e justificativa para restringir o acesso. Dentre os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio, consta o acesso universal à internet que, destarte, nalguns ordenamentos

jurídicos internos, caminha para ser reconhecido como um direito autônomo, desvinculado, portanto, da liberdade de expressão, embora no âmbito internacional não seja ainda reconhecido como um direito humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEINIKOFF, T. Alexander. *Transnational Spaces: Norms and Legitimacy*. The Yale Journal of International Law. Vol. 33, nº 2, 2008;

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main, 1986;

_____. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996;

ALSTON, Philip. *Conjuring up new human rights: a proposal for quality control*. AJIL, vol. 78, 1984;

Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos. *Estudo sobre o Direito à Verdade*. U.N. Doc. E/CN.4/2006/91, 2006;

AMATO, Giuliano; BARBERA, Augusto. *Manuale di Diritto Pubblico*. 4 ed. Bologna, 1994;

Annuaire de l'Institut de Droit International. Vol. II. New York, 1929;

Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1998, v. 3;

APEL, Karl-Otto. "Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik: Zum Problem einer rationalen Begründung der Ethik im Zeitalter der Wissenschaft." In: *Transformation der Philosophie*. Vol. II, 1973;

AVBELJ, Matej. *Questioning EU Constitutionalisms*. German Law Journal. Vol. 9, nº 1;

BAEHR, Peter R. "Foreign Policy Actors and Human Rights." In: *Human Rights in the Polder. Human Rights and Security in the Public and Private Sphere*. Ineke Boerefijn; Jenny Goldschmidt. Antwerpen – Oxford: Intersentia, 2007;

BALLE, Francis. *Médias et Sociétés*. 5^a ed. Paris, 1990;

Banco Asiático de Desenvolvimento. *Confidencialidade e divulgação de informações*. [S.l.]: Banco Asiático de Desenvolvimento, 2005;

Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento. *Política sobre divulgação de informações*. [S.l.]: Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento, 2006.

Banco Interamericano de Desenvolvimento. *OP-102 Divulgação de Informações*. [S.l.]: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2004;

Banco Mundial. *A política do Banco Mundial sobre a divulgação de informações*. Washington, D.C.: Banco Mundial, 2002;

BANISAR, D. *Freedom of Information Around the World 2006: a global survey of access to government information laws*. [S.l.]: Privacy International, 2006;

BARLOW, John Perry. *Cyberspace Declaration of Independence*. 2002;

BAUDOUIIN, Jean. *La Philosophie Politique de Karl Popper*. Paris: Press Universitaires de France, 1994;

BENVENISTI, Eyal. *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*. Tel Aviv University Law Faculty Papers, Paper 59, 2008;

_____ ; DOWNS, George W. *National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law*. The European Journal of International Law. Vol. 20, nº 1, 2009;

BLANC ALTEMIR, Antonio. "Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los

derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal.” In: *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*. Antonio Blanc Altemir. Tecnos, 2001;

BOBBIO, Norberto. *Sul fundamento dei diritti dell'uomo*. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, série III, facs. II. Giuffré, 1965;

BOETHIUS, A. M. S. *Die Theologischen Traktate*. Latim-alemão. Tradução, introdução e notas de Michael Elsässer. Hamburg, 1988;

BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. 2ª edição. Reimpressão. Wolters Kluwer/Coimbra Editora. Coimbra, 2010;

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 17ª ed. Oxford University Press, 2008;

BUCHANAN, Allen; GOLOVE, David. “Philosophy of International Law.” In: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Jules Coleman; Scott Shapiro. Oxford, 1999;

BULLINGER, Martin. *Multimediale Kommunikation in Wirtschaft und Gesellschaft*. Zeitschrift für Urheber - und Medienrecht: ZUM, Jg. 40, Nr. 10, 1996;

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con ocasión de Su Cuadragésimo Aniversario*. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989;

_____. “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos.” In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Felipe Gómez Isa; José Manuel Pereza. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004;

_____. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra, 1993;

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina, 2003;

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 2001;

_____. "El Convenio Europeo de Derechos Humanos." In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Felipe Gómez Isa; José Manuel Perez. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004;

CARVALHO, Orlando de. *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*. Coimbra, 1973;

_____. *Teoria Geral do Direito Civil. Sumários Desenvolvidos*. Coimbra, 1981;

CARVER, Richard. "Themes and Trends in African Broadcasting." In: *Who Rules the Airwaves — Broadcasting in Africa*. Richard Carver; Sandra Coliver; Gil Lauriciano; David Lush; Adewale Maja-Pearcem. Article 19 and Index on Censorship. 1995;

CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. Oxford University Press, 2005;

_____. *A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights*. In: *Realizing Utopia. The Future of International Law*. Antonio Cassese. Oxford University Press, 2012;

_____. "The International Court of Justice: It is High Time to Restyle the Respected Old Lady." In: *Realizing Utopia. The Future of International Law*. Antonio Cassese. Oxford University Press, 2012;

_____. "Towards a Moderate Monism: Could International Rules

Eventually Acquire the Force to Invalidate Inconsistent National Laws?” In: *Realizing Utopia. The Future of International Law*. Antonio Cassese. Oxford University Press, 2012;

CASSIN, René. *La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1951-II;

CHRISTIANSEN, Per. *Selbstregulierung, regulatorischer Wettbewerb und Staatliche Eingriff im Internet*. 3 MultiMedia und Recht, 2000;

CLARK, H. C. *Jus Gentium – Its Origin and History*. 14 Illinois Law Review, 1919; Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Press Release nº 2/98*;

Conjunto de princípios atualizados para a proteção e promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade (E/CN.4/2005/102/Add.1), 2005;

Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, Doc. da ONU ECE/CEP/43;

Corte Interamericana de Direitos Humanos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo 1979-2004*. San José: Costa Rica. TIDH, 2005;

Corte Interamericana de Direitos Humanos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 25 años*. San José: Costa Rica. TIDH, 2006, p. 43;

COSTA, José Francisco de Faria. *O direito, a fragmentaridade e o nosso tempo*. Porto, 1993;

DECAUX, Emmanuel. *Droit International Public*. Paris, 1997;

DELACOURT, John T. *The International Impact of Internet Regulation*. 38 Harvard International Law Journal, 207, 1997;

Dictionnaire de l'Académie Française. 8^a ed. Genève, 1978;

DIETLEIN, Johannes. *Die Theorie von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1992;

DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. Tübingen, 1996;

DUPUY, Pierre-Marie. *The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, 1, 1997;

EIDE, A; ALFREDSSON, G. "Introduction." In: *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*. A. Eide; G. Alfredsson; G. Melander; L. A. Rehof; A. Rosas. Scandinavian University Press, 1992;

ELIAS, Norbert. *La sociedad de los individuos*. Península, 1990 (1987);

ERICHSEN, H.-U. "Allgemeine Handlungsfreiheit." In: *Handbuch des Staatsrechts* (Isensee/Kirchhof). Vol. VI, Freiheitsrechte;

ERMACORA, Felix. *Procedure to Deal with Human Rights Violations: A Hopeful Start in the United Nations?*. *Revue des Droits de l'Homme*, vol. 7, 1974;

EVANS, Malcolm. *The Future(s) of Regional Courts on Human Rights*, In: *Realizing Utopia. The Future of International Law*. Antonio Cassese. Oxford University Press, 2012;

FABREGAT, Esteva. *Sobre modos de identidad en la cultura*. *Thémata: Revista de Filosofía*, 23, 1999;

Fact Sheet N° 2 (Rev.1), *The International Bill of Human Rights*. ONU, 1996;

FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*. *Columbia Journal of Transnational Law*, 37, 1998;

FAVOREAU, Louis. *Droit Constitutionnel*. Paris, 1998;

FECHNER, Frank. *Medienrecht*. Tübingen, 2000;

Final Act of the International Conference on Human Rights, A/CONF.32/41, 1968;

FICHTE, Johann Gottlieb. *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*. Ausgabe Philosophische Bibliothek, nº 256;

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, 1980;

FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. London, 1964;

_____. *La Nueva Estructura del Derecho Internacional*. F. Trillas. Mexico, 1967;

GALLEGO, Agustín González. *Identidad y Globalización*. Revista Portuguesa de Filosofia, nº 62, 2006;

GAUTHIER, David. *Morals by Agreement*. Oxford, 1986;

GENTILI, Alberico. *De iure belli libri tres* [1588]. Clarendon Press, Oxford, 1933;

GERSTLÉ, Jacques. *La Communication Politique, «Que sais-je?»*. 2ªed. Presses Universitaires de France, 1993;

GHANDHI, P. R. *The Universal Declaration of Human Rights at Fifty Years: Its Origins, Significance and Impact*. German Yearbook of International Law. Vol 41, 1998;

GOLDSMITH, Jack Landman. *Against Cyberanarchy*. 65 *Chicago Law Review* 1199,

1998;

_____ ; WU, Timothy. *Digital Borders: National Boundaries Have Survived in the Virtual World – and Allowed National Laws to Exert Control over the Internet*. Legal Affairs, 2006;

GOODRICH, Leland M.; HAMBRO, Edvard; SIMONS, Anne Patricia. *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*. 3^a ed. New York, 1969;

GROCIO, Hugo. *De iure belli ac pacis libri tres* [1625]. Sijthoff, Lugduni Batavorum, 1919;

GROS ESPIELL, Hector. "Introduction." In: *International Law: Achievements and Prospects*. Unesco-Martinus Nijhoff Publishers, 1991;

GREENAWALT, Kent. *Fighting Words, Individuals, Communities and Liberties of Speech*. Princeton, 1995;

Grupo do Banco de Desenvolvimento Africano. *Política de Divulgação de Informações*. [S.l.]: Grupo do Banco de Desenvolvimento Africano. A última versão, intitulada Política sobre a Divulgação de Informações, 2005;

GRZEGORCZYK, Christophe. *Le sujet de droit: trois hypostases*. Archives de Philosophie du Droit. Tome 34, 1989;

GUGGENHEIM, Paul. *Contribution à l'histoire des sources du droit des gens*. 94 RCADI, 1958;

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998;

HAIN, Karl-Eberhard. *Diskurstheorie und Menschenrechte. Eine kritische Bestandsaufnahme*. Der Staat, vol. 40, 2001;

HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts: oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Werke 7. Werke in 20 Bänden, 1970;

HENKIN, Louis. *The United Nations and Human Rights*. International Organization, vol. 19, 1965;

HERRMANN, Gunther. *Rundfunkrecht*. 4 ed. München, 1994;

HERVADA, Javier. *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*. Persona e Derecho. Humana Iura, 1-1991;

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19^a ed. Heidelberg, 1993;

_____. "Bedeutung der Grundrechte." In: *Handbuch des Verfassungsrechts*. Ernest Brenda; Werner Maihofer; Hans-Jochen Vogel. 2 ed. 1994;

HEYNS, Christof. "La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos." In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Felipe Gómez Isa; José Manuel Perez. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004;

HUDSON, M. *Integrity of International Instruments*. AJIL, vol. 42, 1948; Human Rights Committee, *general comment n° 34*, julho de 2011;

HUMPHREY, John Peters. *The UN Charter and the Universal Declaration of Human Rights*. In: *The International Protection of Human Rights*. Evan Luard. London, 1967;

_____. *The Right of Petition in the United Nations*. Human Rights Journal, vol. 4, 1971;

_____. *The International Bill of Rights: Scope and Implementation*, 17 Wm. & Mary L. Rev, 1976;

_____. *The Universal Declaration of Human Rights: its History, Impact and Juridical Character*. In: Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration. B. G. Ramcharan. The Hague, 1979;

International Council on Human Rights Policy. *Journalism, Media and the Challenge of Human Rights Reporting*, 2002;

International Telecommunication Union. *StatShot N° 5*, January 2011;

_____. *Connect the World*. Available from:
<http://www.itu.int/ITU-D/connect>;

_____. *e-Accessibility Policy Handbook for Persons with Disabilities*. 2010;

ISA, Felipe Gómez. *La protección internacional de los derechos humanos*. In: La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI. Felipe Gómez Isa; José Manuel Pereza. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004;

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2 ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1905;

JESSUP, Philip G. *A Modern Law of Nations: An Introduction*. New York, 1948;

JOERGES, Christian. "Constitutionalism and Transnational Governance: Exploring a Magic Triangle." In: *Transnational Governance and Constitutionalism*. Christian Joerges; Inger-Johanne Sand; Gunther Teubner. Hart Publishing, 2004;

JOHNSON, David R.; POST, David. *Law And Borders: The Rise of Law in Cyberspace*. 48 Stanford Law Review 1367, 1996;

KANT, Immanuel. *A religião dentro dos limites da simples razão*. Tomo VI. Preußischen Akademie der Wissenschaften herausgegebenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften. Berlin, 1902;

_____. *Para a paz perpétua*. Tomo VIII. Preußischen Akademie der Wissenschaften herausgegebenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften. Berlin, 1902; (tradução minha)

_____. *Antropologia do ponto de vista pragmático*. Tomo VII. Preußischen Akademie der Wissenschaften herausgegebenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften. Berlin, 1902, p. 311. (tradução minha)

_____. *A metafísica dos costumes*. Tomo VI. Preußischen Akademie der Wissenschaften herausgegebenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften. Berlin, 1902, p. 343; *Para a paz perpétua*. VIII, p. 354. (tradução minha)

_____. *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. Tomo VIII. Preußischen Akademie der Wissenschaften herausgegebenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften. Berlin, 1902, pp. 24-26. (tradução minha)

KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Akademie-Ausgabe, Bd IV, 1968;

KAUFMANN, Arthur. *Prolegómenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das Relações. Fundamento de uma Teoria do Direito Baseada na Pessoa*. Boletim da Faculdade de Direito nº 78. Universidade de Coimbra, 2002;

KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations*. London, 1950;

KOLLER, Peter. “Der Geltungsbereich der Menschenrechte.” In: *Philosophie der Menschenrechte*. Stefan Gosepath; Georg Lohmann. 1998;

KÖNIG, Siegfried. *Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant*. Freiburg: Verlag Karl Alber, 1994;

LAGHMANI, S. *Histoire du droit des gens – du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*. Paris: Pédone, 2003;

LAUTERPACHT, Hersch. *International Law and Human Rights*. New York: F. E. Praeger, 1950;

LESSING, L. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999;

LOMBARDI, Gabrio. *Sul Concetto di "Ius Gentium"*. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1947;

LUHMANN, Niklas. *The Differentiation of Society*. New York: Columbia University Press, 1982;

_____. *The world society as a social system*. *International Journal of General Systems*, 8, 1982;

_____. *Soziale Systeme*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984;

_____. *Das Recht der Gesselschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993;

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. *Studia Iuridica* 65. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2002;

_____. *Direito Internacional. Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. 3ªed. Coimbra Editora, 2006;

MARIE, Jean-Bernard; QUESTIAUX, Nicole. "Article 55: alinéa c." In: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*. Alain Pellet; Jean-Pierre Cot. Economica: Paris, 1985;

MARQUES, Mário Reis. *Um olhar sobre a construção do «sujeito de direito»*. *Studia Iuridica* 96. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra;

MARTIN, Henri-Jean. "La imprenta." In: *Historia de la comunicacion: de la imprenta a nuestros dias*. Raymond Williams. Trad. Daniel Laks. Vol II. Barcelona: Bosch, 1981;

MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio. *El pensamiento contemporáneo acerca de los derechos humanos. Ensayo de caracterización*. Persona e Derecho. Humana Iura, 1-1991;

MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 30ª ed. München, 1998;

McNAIR, Arnold Duncan. *The Law of Treaties*. Clarendon Press, 1961;

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. Segunda edição revisada e atualizada. UNESCO, 2009;

MERON, Theodor. *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary International Law*. Clarendon Press: Oxford, 1989;

MEYER-BISCH, Patrice. *Le corps des droits de l'homme. L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*. Editions Fribourg, 1992;

MIELE, A. *La Comunità Internazionale*. Vol 1, 3ª ed. Torino: Giappichelli, 2000;

MILLER, Fred D. *Nature, Justice and Rights in Aristotle's Politics*. Oxford University Press, 1995;

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Penguin Classics, 1985;

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol IV. Coimbra, 2000;

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tomo III. Ariel, Barcelona, 1994;

MOSKOVITZ, Moses. *Human Rights and World Order. The Struggle for Human*

Rights. New York, 1958;

MUGWANYA, G. W. *Examination of state reports by the African Commission: A critical appraisal*. African Human Rights Law Journal, Vol. 1, 2001;

MÜNCH, Ingo V. *Grundgesetz-Kommentar*. Band I. 2^a ed. München, 1981;

MURRAY, Rachel. "Evidence and fact finding by the African Commission." In: *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice, 1986-2000*. Malcolm D. Evans; Rachel Murray. Cambridge University Press, 2002;

Naciones Unidas. *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Oficina de Honduras. Informe Nacional sobre Desarrollo Humano*. 2003;

NALDI, G. J. *Interim measures of protection in the African system for the protection of human and peoples' rights*. African Human Rights Law Journal, Vol. 2, 2002;

NETANEL, Neil Weinstock. *Cyberspace Self-Government: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory*. 88 California Law Review, 2000;

NEVES, A. Castanheira. "A redução política do pensamento metodológico-jurídico." In: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 2. Coimbra Editora, 1995;

NEWMAN, Frank C. *Interpreting the Human Rights Clauses of the Charter*. HRJ, vol. 5, 1972;

NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books, 1974;

One Laptop per Child. *Map*. Available from: <http://one.laptop.org/map>;

OpenNet Initiative. *YouTube Censored: A Recent History*. Available from: <http://opennet.net/youtube-censored-a-recent-history>;

ORAÁ, Jaime. "La Declaración Universal de Derechos Humanos." In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Felipe Gómes Isa; José Manuel Pereza. Universidad de Deusto: Bilbao, 2004;

PAIVA, Vicente Ferrer Neto. *Elementos de direito natural, ou de philosophia de direito*. Coimbra, 1844;

PENEBIANCO, Mario. *Iura humanitatis: diritti umane e "nuovi" diritti fondamentali*. Revista Internazionale dei diritti dell'uomo. Ano XIV, 2001;

PETERS, A. *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*. Berlin: Bunker & Humblot, 2001;

PIECHOWIAK, Marek. "What are Human Rights? The Concept of Human Rights and Their Extra-Legal Justification." In: *An introduction to the international protection of human rights: a textbook*. 2^a ed. Raija Hanski; Markku Suksi. Institute for Human Rights, 2000;

PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1999;

PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistema Istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*. 2 ed. Nápoles, 1992;

PNUD. *Política sobre divulgação de informações públicas*. New York: PNUD, 1997;

POLITIS, Nicolas. *Les Nouvelles Tendances du Droit International*. Librairie Hachette, 1927;

POOL, Ithiel de Sola. *Technologies of Freedom. On Free Speech in an Eletronic Age*. Cambridge, Mass., 1983;

POPPER, Karl R.; ECCLES, John C. *Das Ich und sein Gehirn*. 2 ed. München: Piper, 1982;

_____. *The Open Society and its Enemies*. 5 ed. Princeton University Press, 1996;

POST, Robert C. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge: Mass., 1995;

RADBRUCH, Gustav. "Fünf Minuten Rechtsphilosophie." In: *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*. Arthur Kaufmann. Vol. 3, Heidelberg, 1990;

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1999;

Regulamento (EC) nº 1049/2001 do Parlamento e do Conselho Europeus, 2001;

REMEC, P. P. *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*. The Hague: Nijhoff, 1960;

RENAUT, Alain. *L'ère de l'individu*. Gallimard, 1989;

Reporters without Borders. *Enemies of the Internet*. March 2010. Available from: http://en.rsf.org/IMG/pdf/Internet_enemies.pdf;

Report of the Commission on Human Rights. Third Year: Sixty-Session, Supplement nº1, 1948 [E/600, 17 December 1947];

Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression. OEA/Ser. L/V/II.102, Doc. 6 rev., 1999;

Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. E/CN.4/2000/63, 2000; A/HRC/14/23, 2010; A/66/290, 2011; A/HRC/17/27, 2011;

Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism. A/HRC/6/17/Add.1, 2007;

A/HRC/10/3/Add.2, 2008; A/HRC/16/51, 2010;

Resolución AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006 sobre “*Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia*”;

RODLEY, Nigel S. *Human Rights and Humanitarian Intervention: the Case Law of the World Court*. International and Comparative Law Quarterly, vol. 38, 1989;

RYFFEL, Hans. *Philosophische Wurzeln der Menschenrechte*. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie (ARSP), vol. 70, 1984;

SCHELER, Max; SCHELER, Maria. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik: neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus*. 4ª ed, 1954;

SCHÜTZ, Anton. “The Twilight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Environing Systems and Observing World Society.” In: *Global Law Without a State*. Gunther Teubner. Dartmouth, 1997;

SILVA, Caíque Thomaz Leite da. *Espaço “Longo” Tempo “Breve” Itinerários da Metanarrativa Constitucional: o Constitucionalismo Sincrético*. Intertemas, vol. 15. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2010;

_____. *Ensaio Sobre a Possibilidade Jurídica da Guarda Alternada*. Revista dos Tribunais, ano 102, vol. 930, 2013;

SINGER, Peter. *Animal Liberation*. 2 ed. London, 1990;

SOHN, Louis B. *The Human Rights Law of the Charter*. Texas International Law Journal, vol. 12, 1977;

SUHR, Dieter. *Entfaltung der Menschen durch die Menschen. Zur Dogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Auslöbungsgemeinschaften und des Eigentums*. Berlin, 1976;

TEPEDINO, Gustavo. “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro.” In: *Temas de Direito Civil*. Renovar, 2004;

TEUBNER, Gunther. “Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society.” In: *Global Law Without a State*. Gunther Teubner. Dartmouth, 1997;

_____. “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?” In: *Transnational Governance and Constitutionalism*. Christian Joerges; Inger-Johanne Sand; Gunther Teubner. Hart Publishing, 2004;

The Oxford English Dictionary. Vol. V, Oxford, 1978;

UN Doc. A/720/Add.1, 1968;

UN Doc. E/CN.4/L.610, 1962;

UNESCO. *Obra maestra del patrimonio oral e inmaterial de la humanidad – La lengua, la danza y la música de los garífunas*, 2001;

União Internacional de Telecomunicação. *e-Accessibility Policy Handbook for Persons with Disabilities*. 2010;

United Nations. Economic and Social Council. E/CN.4/147, 16 June 1948;

UNRUH, Peter. *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1996;

US Congress. *Hearings Documents*, 77th Congress, 1st Session;

VASAK, Karel. “Les différentes catégories des droits de l’homme.” In: *Les dimensions universelles des droits de l’homme*. André Lapeyre; François de Tinguy; Karel Vasak. Unesco-Bruylant, 1990;

VERDOODT, Albert. *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de L'Homme*. Société d'Etudes Morales, Sociales et Juridiques. Editions Nauwelaerts, 1964;

VESTING, Thomas. "Constitutionalism or Legal Theory: Comments on Gunther Teubner." In: *Transnational Governance and Constitutionalism*. Christian Joerges; Inger-Johanne Sand; Gunther Teubner. Hart Publishing, 2004;

Vienna Declaration and Programme of Action. Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna. A/CONF.157/23, 1993;

VILLEY, Michel. "Law in Things." In: *Controversies about Law's Ontology*. Paul Amselek; Neil MacCormick. Edinburgh University Press, 1991;

VITORIA, Francisco de. "Relectiones de Indis recenter inventis." Universidade de Salamanca, 1539. In: *De indis et de iure belli relectiones*. Ernest Nys. Oceana, New York, 1964, III, 3-5, pp. 256-260;

ZELEZNY, John D. *Communications Law, Liberties, Restraints, and the Modern Media*. 2 ed. Belmont, 1997;

WALDOCK, Humphrey. *Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention*. ICLQ, n° 11, 1965;

WHEELER, Deborah. *In Praise of the Virtual Life: New Communications Technologies, Human Rights, Development, and the Defence of Middle Eastern Cultural Space*. *A Journal of Human Rights and Technology* 1, 1, Spring 1997;

WHITE, Alan R. *Rights*. Clarendon Press, Oxford, 1985;

WHITEMAN, Marjorie Millace. *Digest of International Law*. Vol. 5. Department of State Publications. Washington DC., 1965;

WOLFSON, Nicholas. *Hate Speech, Sex Speech, Free Speech*. Westport, Conn.,

1997;

WRIGHT, Quincy. *National Courts and Human Rights. The Fuji Case*. AJIL, vol. 45, 1951;