

JOÃO COSTA NETO

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

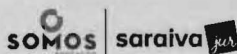
O CONFLITO ENTRE O
LEGISLADOR E O JUIZ
CONSTITUCIONAL

2017

saraiva  *jur*

SÉRIE **idp** INSTITUTO
BRASILIENSE DE
DIREITO PÚBLICO | LINHA
Pesquisa
Acadêmica

ISBN 978-85-472-1769-3

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902
SAC | 0800-0117875
De 2ª a 6ª, das 8h às 18h
www.editorasaraiva.com.br/contato

Presidente Eduardo Mufarej
Vice-presidente Claudio Lensing
Diretora editorial Flávia Alves Bravin

Conselho editorial
Presidente Carlos Ragazzo
Consultor acadêmico Murilo Angeli Dias dos Santos

Gerência
Planejamento e novos projetos Renata Pascual Müller
Concursos Roberto Navarro
Legislação e doutrina Thais de Camargo Rodrigues

Edição Deborah Caetano de Freitas Viadana

Produção editorial Ana Cristina Garcia (coord.)
Luciana Cordeiro Shirakawa
Clarissa Boraschi Maria (coord.)
Guilherme H. M. Salvador
Kelli Priscila Pinto
Marília Cordeiro
Mônica Landi
Surane Vellenich
Tatiana dos Santos Romão
Tiago Dela Rosa

Diagramação Markelangelo Design e
Projetos Editoriais

Revisão Rita de Cassia Sorrocha Pereira

Comunicação e MKT Elaine Cristina da Silva

Capa Tiago Dela Rosa

Produção gráfica Marti Rampim

Impressão e acabamento Edições Loyola

Costa Neto, João

Liberdade de expressão : o conflito entre o legislador e o juiz constitucional / João Costa Neto. – São Paulo : Saraiva, 2017. (Série IDP : Linha Pesquisa Acadêmica)

1. Liberdade de expressão 2. Brasil - Direitos fundamentais I. Título.

17-0219

CDU 342.085 (81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Liberdade de expressão :
Direitos fundamentais 342.085 (81)

Data de fechamento da edição: 15-5-2017

Dúvidas? Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 603266 CAE 621206

1102632

Sumário

Agradecimentos.....	9
Proêmio.....	15
Prefácio.....	17
Apresentação.....	19
Introdução.....	25

Dos fundamentos do direito fundamental à liberdade de expressão.....	37
1. Considerações iniciais.....	37
2. Justificativas de tipo instrumental ou consequencialista....	39
a) Argumentos baseados na busca pela verdade	39
b) Abordagem democrático-funcional.....	40
c) Fomento da tolerância e do pluralismo.....	42
d) Vantagens das teorias de tipo instrumental ou consequencialista.....	43
e) Insuficiências das teorias de tipo instrumental ou consequencialistas	43
3. Justificativas de tipo intrínseco ou deontológico	48
a) O valor intrínseco da autodeterminação: a independência ética.....	48

b)	Desvantagens das teorias de tipo intrínseco ou deontológico.....	50
c)	Vantagens das teorias de tipo intrínseco ou deontológico.....	52
4.	As dimensões do direito fundamental à liberdade de expressão e os seus fundamentos legitimadores.....	61

II

Da liberdade de expressão nos ordenamentos jurídicos alemão e norte-americano..... 67

1.	A liberdade de expressão no ordenamento jurídico norte-americano	67
a)	Considerações históricas sobre a primeira emenda.....	67
b)	O <i>freedom of speech</i> na jurisprudência da Suprema Corte americana.....	71
c)	O discurso menos protegido na jurisprudência da Suprema Corte americana.....	78
d)	A necessidade de neutralidade das restrições ao direito à liberdade de expressão	79
e)	Considerações finais	85
2.	A liberdade de expressão no ordenamento jurídico alemão.....	85
a)	Considerações históricas sobre o art. 5º, (1), da Lei Fundamental.....	85
b)	A <i>Meinungsfreiheit</i> na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (<i>Bundesverfassungsgericht</i>)	88
c)	Considerações finais	98

III

Os direitos como trunfos e o sopesamento: reconciliando o irreconciliável?..... 99

1. Considerações iniciais.....	99
2. O que são trunfos? A tese de Dworkin	101
3. Os trunfos e suas exceções: nenhum trunfo é um trunfo de ás (ou seja, invencível ou insuperável)	104
4. Refutando algumas críticas contra o sopesamento	106
5. A compatibilidade entre trunfos e sopesamento.....	114
6. Trunfos, promessas e direitos fundamentais.....	132
7. As teorias externa e interna e a reconciliação entre trunfos e direitos fundamentais	139
8. Dworkin, o direito como integridade e as falhas do holismo.....	151
9. Promessas, razões excludentes e a importância do interesse público no sopesamento	156
10. Sopesamento, tutela dos direitos fundamentais, confiabilidade dos resultados e lógica formal	161
11. Conclusões preliminares	168

IV

Os diferentes níveis de intensidade ou densidade (*Kontrolldichten; standards of review*) da jurisdição constitucional aplicados ao direito fundamental à liberdade de expressão **171**

1. Os diferentes níveis de intensidade da jurisdição constitucional: noções gerais a partir das experiências alemã e norte-americana.....	171
a) Os <i>standards of review</i>	181
1. <i>Strict scrutiny</i>	181
2. <i>Intermediate scrutiny</i>	183
3. <i>Rational basis review</i>	184
b) Os <i>Kontrolldichten</i>	185
1. <i>Intensivierte inhaltliche Kontrolle</i>	193
2. <i>Vertretbarkeitskontrolle</i>	195

3. <i>Evidenzkontrolle</i>	196
c) O peculiar caso dos níveis de intensidade aplicados ao direito fundamental à liberdade profissional: a <i>Stufentheorie</i>	197
2. A influência dos fundamentos legitimadores da liberdade de expressão sobre os diferentes níveis de intensidade ou densidade de controle judicial: os níveis de intensidade de controle judicial aplicados ao direito fundamental à liberdade de expressão	202
3. As “restrições intensas constitucionais” e as “restrições leves inconstitucionais”: objeção à adoção de graus de intensidade de controle?	209
4. A rigidez dos níveis de controle: É (im)possível sopesar em abstrato?	212
a) Legitimidade democrática e competência institucional: os fundamentos da deferência ao legislador	212
b) Os pesos abstratos do sopesamento, e as razões endoconstitucionais e estruturoconstitucionais de redução da margem de conformação do legislador.....	217
5. Margem de conformação, princípios formais e liberdade de expressão	228
6. A liberdade de expressão e as limitações ao discurso eleitoral	252
7. A teoria dos níveis de intensidade de controle judicial como parâmetro racional de aferição da constitucionalidade das limitações ao direito fundamental à liberdade de expressão.....	261
Conclusões articuladas.....	267
Referências	297