



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIA POLÍTICAS E JURÍDICAS
ESCOLA DE DIREITO

SARAH MARQUES KORN

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM CASOS DE HATE SPEECH

Rio de Janeiro

2018



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIA POLÍTICAS E JURÍDICAS
ESCOLA DE DIREITO

SARAH MARQUES KORN

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM CASOS DE HATE SPEECH

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Celso de Albuquerque Silva.

Rio de Janeiro

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a meus pais, pelo apoio, pela confiança e principalmente por me colocarem no caminho que me trouxe até aqui. À minha mãe, especialmente, por me mostrar a força de uma mulher desde a infância, sendo desde sempre um exemplo a ser seguido. Ao meu pai, por me mostrar que uma certa rebeldia é necessária para viver, mesmo que em doses homeopáticas, e por me ensinar o que é ser tolerante.

Ao meu namorado, Gustavo Bianco, por estar ao meu lado durante esses cinco anos, aguentando todos os altos e baixos, sempre fazendo mais que o esperado e sempre acreditando em meu potencial.

À minha chefe e amiga, Cristina Peruchetti, por me auxiliar sempre que possível (e também quando impossível) para que eu conseguisse conciliar trabalho e estudo sem comprometer a qualidade de nenhum.

Às amigas que a Unirio me proporcionou, Flora Canedo, Jessica Andrade, Bruna Saavedra, Maria Elisa Cunha, por todo o percurso compartilhado. Foi mais fácil por ter vocês nessa caminhada. Os mesmos agradecimentos à professora e amiga Verônica Wander Bastos. Você também foi determinante nessa jornada.

Ao amigo que a Unirio me proporcionou de forma indireta, Bernard Gandelman, pela semente plantada que deu origem ao tema deste trabalho, pelas dicas de bibliografia e por todas as conversas que me instigaram a querer aprender mais.

Por fim, a todos que de uma forma ou de outra me auxiliaram nesses cinco anos de faculdade, meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar o direito fundamental à liberdade de expressão, seus objetivos e seu alcance, especialmente no que tange ao chamado *hate speech* ou discurso de ódio, aliando pesquisa doutrinária sobre o tema e estudo da jurisprudência, na forma dos casos emblemáticos acerca do assunto, americana, alemã e brasileira, comparando-as entre si. Cabe destacar que aqui não se propõe um estudo de Direito Comparado, mas apenas a apresentação da forma como são impostos limites à liberdade de expressão em países de grande importância jurídica e filosófica mundial e quais as influências desses no ordenamento jurídico brasileiro. De início, serão apresentadas breves considerações sobre teoria geral de direitos fundamentais, considerando a importância da compreensão desse ponto para o entendimento dos demais; posteriormente serão indicados os principais fundamentos teóricos acerca da liberdade de expressão; por fim, a temática do *hate speech* será abordada especificamente. Ao final, será exposto o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao *hate speech* no Brasil.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Restrição. Liberdade de Expressão. *Hate Speech*.

ABSTRACT

The present work aims to study the fundamental right of Freedom of Speech, its objectives and its scope, especially with regard to the so-called hate speech, combining doctrinal research on the subject and study of American, German and Brazilian jurisprudence, in the form of emblematic cases, comparing them among themselves. It should be emphasized that a study of comparative law is not proposed here. Foreign jurisprudence is analyzed to present how limits are imposed on Freedom of Speech in countries of great legal and philosophical importance in the world and what is their influence in the Brazilian legal system. At first, brief considerations on general theory of fundamental rights will be presented, since this topic it's crucial for the understanding of this entire work. Subsequently, the main theoretical foundations on Freedom of Speech will be summarized and the subject of hate speech will be addressed specifically. Ultimately, understanding of the Federal Supreme Court regarding hate speech in Brazil will be presented.

Key words: Fundamental rights. Restriction. Freedom of Speech. Hate Speech.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	09
1.1. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.....	09
1.2. Restrições aos direitos fundamentais.....	15
1.2.1. Considerações Iniciais.....	15
1.2.2. Âmbito de Proteção dos Direitos Fundamentais	17
1.2.3. Limites dos Direitos Fundamentais.....	19
1.2.4. Limites dos limites dos direitos fundamentais.....	21
1.2.4.1. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.....	22
1.2.4.2. Garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	23
2. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	24
2.1. Conceituação.....	24
2.2. Raízes e Histórico de Positivção Internacional da Liberdade de Expressão.....	25
2.3. Teorias, Funções e Características da Liberdade de Expressão.....	29
2.4. Sobre Censura e Restrições à Liberdade de Expressão.....	34
2.5. Âmbito de Proteção da Liberdade de Expressão.....	36
2.6. A Liberdade de Expressão na Constituição de 1988.....	37
3. HATE SPEECH E SEU TRATAMENTO EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	40
3.1. Considerações iniciais e conceituação.....	40
3.2. Como o <i>hate speech</i> interfere com os principais objetivos relacionados à Liberdade de Expressão.....	41
3.3. O tratamento do <i>hate speech</i> na experiência jurídica estrangeira.....	43
3.3.1. EUA.....	43
3.3.2. Alemanha.....	47
3.4. O tratamento do <i>hate speech</i> no Brasil.....	51
3.4.1. Considerações iniciais.....	51
3.4.2. O caso Ellwanger.....	52
3.4.3. O caso Bolsonaro no Hebraica.....	53
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

O estudo dos chamados direitos fundamentais é de grande importância no ramo do Direito, e a seu respeito existem várias teorias. Com a evolução dessas teorias e com a adoção, pela maioria dos países, do Estado de Direito e do Estado como garantidor dos direitos e liberdades individuais e sociais, os direitos fundamentais foram positivados nos ordenamentos jurídicos destes países, tanto em normas constitucionais quanto infraconstitucionais.

Se, por um lado, essa positivação trouxe segurança jurídica e proporcionou instrumentos pelos quais os cidadãos podem exigir o cumprimento desses direitos, por outro abriu ainda mais o campo de debate referente aos direitos fundamentais, uma vez que sua positivação é, geralmente, feita de forma muito aberta, levando a novas proporções o dissenso em relação a essas matérias, ainda mais considerando que a interpretação das formulações de direito positivo envolvem, além do caráter estritamente jurídico, a análise de concepções filosóficas, políticas e morais.

Entre as matérias mais discutidas consta o direito à liberdade de expressão e a possibilidade de sua restrição. A liberdade de expressão é vital para o exercício da democracia contemporânea e que gera debates acalorados no meio jurídico e na sociedade em geral. Nesse sentido, existem várias concepções a respeito do alcance da liberdade de expressão. Resumidamente, de um lado há aqueles que defendem uma proteção irrestrita e incondicionada deste direito, inclusive de manifestações de ódio e intolerância, sob a justificativa de que todas as ideias, inclusive aquelas consideradas odiosas, devem ter a possibilidade de serem exteriorizadas, em razão da autonomia discursiva do indivíduo; portanto, caberia ao Estado abster-se de interferir nesses debates. Por outro lado, um grupo diametralmente oposto defende que manifestações de intolerância não devem ser protegidas, pois violam outros princípios fundamentais das vítimas de tal discurso, atingindo principalmente a dignidade humana, ao mesmo tempo em que exigem uma atuação positiva do Estado como instrumento de promoção de diversidade na esfera pública, abrindo e ampliando o espaço conferido a diversos grupos no debate democrático¹, em especial as minorias que, sem essa promoção, podem ter suas

¹ FISS, Owen M. A Ironia da Liberdade de Expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução e prefácio de: Gustavo Binimbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 2.

vozes caladas. Resta claro que esse assunto é riquíssimo de ser estudado, além de ter crucial importância na atualidade.

Isto posto, o presente trabalho visa à análise do direito à liberdade de expressão, de seus principais objetivos e de sua relação com o chamado *hate speech*, ou discurso de ódio. Com a crescente exibição de discursos de ódio contra vários segmentos da população, é indispensável a reflexão sobre os limites da liberdade de expressão e sobre em que situações eventuais limitações a esse direito serão aplicadas, para evitar, simultaneamente, o abuso de tal direito com uma conseqüente normalização dos discursos de ódio, e a limitação desarrazoada ao direito à liberdade de expressão em razão do conteúdo das ideias manifestadas. Para sintetizar a direção que desejo seguir neste estudo, trago o seguinte questionamento levantado pelo professor Daniel Sarmento:

Até que ponto é possível restringir a liberdade de expressão para proteger direitos fundamentais de grupos estigmatizados, sem deslizar na “rampa escorregadia” (slipery rope) que pode levar à submissão do exercício deste direito às ortodoxias morais ou políticas de ocasião?²

Para isso, o trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo fará uma introdução ao estudo dos direitos fundamentais, apresentando seu conceito, trajetória e teorias a respeito da possibilidade de restrições. O entendimento dessas noções básicas é de vital importância para uma melhor compreensão da temática central do presente trabalho.

O segundo capítulo focará na apresentação da liberdade de expressão como direito fundamental, conceituando-a e trazendo seus principais objetivos, a saber, busca da verdade, autorrealização individual e promoção da democracia. Tratará sobre o alcance do direito à liberdade de expressão e sobre eventuais limitações, a fim de deixar claro o fino equilíbrio entre uma limitação desarrazoada e uma proteção demasiada em detrimento de outros direitos fundamentais.

No terceiro capítulo passarei ao estudo específico do *hate speech*. A principal preocupação quanto a esse ponto é delimitar exatamente o que é considerado *hate speech*, para que dessa forma existam claros parâmetros a serem seguidos em

² SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: “Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional”. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 210.

hipóteses de eventuais limitações à liberdade de expressão em razão de discursos de ódio. Também dar-se-á ênfase aos impactos que o *hate speech* causa na comunidade alvo desse discurso a fim de trazer para esse estudo a realidade de uma discussão que envolve, necessariamente, valores como liberdade, igualdade e tolerância para a esfera jurídica.

Ao final do estudo, deverão restar evidenciados os diferentes tratamentos jurídicos dados à possibilidade de limitação do direito à liberdade de expressão e como é abordada a questão no Brasil.

1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Teoria Geral dos Direitos Fundamentais

O ponto de partida para o estudo de qualquer direito fundamental em espécie deve ser a abordagem, ainda que simplificada, dos aspectos gerais dos Direitos Fundamentais. Entender o que são, o contexto histórico que levou à sua criação e a problemática que atualmente os cerca é imprescindível para uma compreensão mais extensa do tema.

Primeiramente, é necessário apontar a existência de uma pluralidade de termos utilizados para se referir aos direitos ditos inerentes à condição humana. Merece especial atenção as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, ambas expressões que compreendem conceitos amplos, genéricos e constitucionalmente adequados. Embora usualmente empregadas como sinônimas, há distinção entre as duas e ela reside basicamente na esfera de alcance desses direitos. Enquanto a expressão “direitos fundamentais” aplica-se aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional de determinado Estado, a expressão “direitos humanos” refere-se aos direitos do ser humano como tal, porém sem vinculação com uma determinada ordem constitucional. Os direitos humanos, portanto, assumiriam um caráter supranacional, almejando uma validade universal e guardando relação com documentos de direito internacional³.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 13ª Edição revista e atualizada. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2018. Pg. 29

Ingo Wolfgang, ao citar o magistério de Pérez Luño, assevera que os direitos fundamentais possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, dessa forma, delimitados espacial e temporalmente⁴.

Como bem observado por Norberto Bobbio, a maioria das definições de direitos humanos (e conseqüentemente de direitos fundamentais) tem cunho tautológico, podendo ser resumidas como “aqueles que cabem aos homens enquanto homens”, ou “aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”⁵. Contudo, acreditamos que tais definições cumprem o propósito de sintetizar as ideias centrais referentes aos direitos fundamentais em poucas palavras. Assim como a citação a seguir, retirada da mesma obra:

[...]o homem, enquanto tal, tem direitos, por natureza, que ninguém (nem mesmo o Estado) lhe pode subtrair, e que ele mesmo não pode alienar (mesmo que, em caso de necessidade, ele os aliene, a transferência não é válida)[...]⁶

A. E. Perez Luño conceituou direitos humanos de forma belíssima, ainda que tal definição não faça distinção entre o âmbito internacional (direitos humanos) e o âmbito nacional (direitos fundamentais):

Os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional⁷.

Especificamente em relação aos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet propõe o seguinte conceito, baseando-se na doutrina de Robert Alexy:

Direitos Fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentabilidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados,

⁴ Ibidem., p. 31.

⁵ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 27ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 17.

⁶ Ibidem., p. 28.

⁷ LUÑO, A. E. P. Los Derechos Humanos, p. 51. Apud. SARLET, I. W. op. cit. p. 79.

agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal⁸.

A temática da conceituação dos direitos humanos e fundamentais não foi aqui esgotada e, em verdade, acreditamos que questões como esta estão longe de serem pacificadas na doutrina, em razão da riqueza de teorias existentes a respeito da matéria. No entanto, esse não é o ponto central deste trabalho. Dessa forma, seguiremos fazendo breves apontamentos sobre demais assuntos relevantes a respeito dos direitos fundamentais.

Um dos tópicos interessantes a ser abordado é o contexto histórico que envolve os direitos fundamentais. Ingo Wolfgang adota a doutrina de Klaus Stern, o qual aponta a existência de três etapas: a) uma pré-histórica, que se estende até o século XVI; b) um fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.⁹

Na chamada fase pré-histórica não houve efetivamente o surgimento do que hoje entendemos como sendo direitos fundamentais, contudo foram lançadas as sementes, principalmente através da religião e da filosofia clássica, para o advento do pensamento jusnaturalista de que o ser humano, apenas por sua condição de ser humano, é titular de alguns direitos naturais e alienáveis.

A fase intermediária, como já apontado, correspondeu ao período de elaboração das doutrinas jusnaturalistas. Por se tratar de um período extenso – temos pensamentos jusnaturalistas formulados entre os séculos XVI e XVIII por diversos autores proeminentes – e por não termos o objetivo de fazer um estudo aprofundado dessas doutrinas, não iremos nos alongar nesse ponto. Entretanto, é importante ressaltar a relevância das teorias contratualistas e do pensamento iluminista para o jusnaturalismo. Filósofos como John Milton, Thomas Hobbes e John Locke defenderam teses de reconhecimento de direitos naturais e inalienáveis dos homens (direito de autodeterminação, direito à vida, à liberdade, à propriedade, entre outros). Locke, principalmente, desenvolve sua teoria do contrato social em que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com

⁸ SARLET, Ingo W. op. cit. p. 78.

⁹ STERN, Klaus. Staatrecht III/1, p. 56. Apud. SARLET, I. W. op. cit. p. 37.

sua razão e vontade, o que posteriormente se tornaria um dos fundamentos para a limitação do poder estatal, com o conseqüente reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos. Considerando que o mote deste trabalho de conclusão de curso é a liberdade de expressão, não podemos deixar de citar a relevância do filósofo iluminista Voltaire, grande opositor da intolerância religiosa e de opinião no século XVIII. Ainda, é imperativo que observemos a influência de Kant para essa fase da história dos direitos do homem. Segundo Perez Luño¹⁰, Kant defendia que o direito de liberdade era o direito natural por excelência, inerente ao homem em razão de sua própria existência, limitando-se somente pela liberdade coexistente dos demais homens e, de acordo com Bobbio¹¹, o homem teria a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento.

Finalmente, a fase de constitucionalização dos direitos fundamentais tem como marco as constituições americana e francesa do século XVIII. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, elaborada como consequência direta da Revolução Francesa, é de notável e sabida relevância, de forte inspiração jusnaturalista, reconhecendo direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis a todos os seres humanos, sem distinção. Nessa toada também seguiu a declaração de direitos incorporada à Constituição Americana de 1791. Embora ambas sejam de importância imensurável para a evolução da constitucionalização dos direitos fundamentais, Martin Kriele afirma que enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos¹².

Hoje a maior parte dos países possui, em alguma escala, direitos fundamentais positivados em suas Constituições e/ou instrumentos infraconstitucionais, e são signatários de algum documento internacional de proteção a direitos humanos. Considerando esse panorama e toda a exposição de conceitos feita no início deste capítulo, entendemos que o principal problema concernente aos direitos fundamentais em um Estado não se refere a sua fundamentação, mas sim a sua efetiva proteção dentro da sociedade. Norberto Bobbio, nessa linha, aponta que atualmente o maior problema envolvendo os direitos humanos não reside em sua

¹⁰ LUÑO, A. E. P. Idem., p.32. apud. SARLET, I. W. op. cit., p. 40.

¹¹ BOBBIO, N. op. cit., p. 86.

¹² KRIELE, M., in: FS für Scupin, p. 190-1. Apud SARLET, I. W. op. cit., p. 44.

fundamentação, mas sim no desafio de sua tutela¹³. Não temos a pretensão de esgotar, nem mesmo de aprofundar o estudo desse tópico, tão rico que por si só ensejaria um outro trabalho acadêmico. Faremos, porém, breves considerações.

É evidente que a positivação dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos estatais sinalizou enorme avanço na concepção do que hoje conhecemos como Estado Democrático de Direito. Bobbio demonstra tal afirmação através de aproximação sucessiva de ideias em sua obra “A Era dos Direitos”. Na apresentação desta obra, há uma clara relação entre alguns trechos citados, como “o direito a ter direitos humanos é indispensável para conter o onipresente risco do abuso do exercício do poder”¹⁴ e “pode haver direito sem democracia, mas não há democracia sem direito pois esta exige normas definidoras dos modos de aquisição e exercício do poder”¹⁵. Ainda sobre a imprescindibilidade de normas de direito eficazes, Bobbio afirma que “nos lugares onde o direito é impotente, a sociedade corre o risco de precipitar-se à anarquia; onde o poder não é controlado, corre o risco oposto, do despotismo”¹⁶. Finalmente, citamos mais um trecho da obra de Bobbio que merece destaque, deixando claro a estreita ligação entre direitos fundamentais, democracia e Estado Democrático de Direito:

“Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”¹⁷.

Entretanto, se por um lado essa positivação trouxe segurança jurídica e proporcionou aos direitos fundamentais um caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado constitucional, por outro abriu ainda mais seu campo de debate, uma vez que sua positivação é, geralmente, realizada de forma muito aberta, levando a novas proporções o dissenso em relação a essas matérias, ainda mais considerando que a interpretação das formulações de direito positivo envolvem, além do caráter estritamente jurídico, a análise de concepções

¹³ BOBBIO, N. op. cit., p. 23.

¹⁴ LAFER, Celso. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. op. cit. p. VIII.

¹⁵ Ibidem. p. VII.

¹⁶ BOBBIO, N. O Tempo da Memória, p. 169. Apud. LAFER, C. op. cit., p. XV.

¹⁷ BOBBIO, N. op. cit., p. 01.

filosóficas, políticas e morais. Sobre esse ponto, o filósofo e jurista Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*¹⁸, expõe:

Mesmo que extremamente aberta, uma normatização pode não suscitar grandes discussões caso haja um amplo consenso sobre a matéria. Mas, se a abertura estiver associada a um profundo dissenso sobre o objeto regulado, estará aberto o flanco para uma ampla disputa. É exatamente esse o caso dos direitos fundamentais. O catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.

Infelizmente, um amplo consenso não é o que ocorre hoje na sociedade brasileira e, arrisco a dizer, em grande parte do mundo, gerando, sim, controvérsias a respeito de várias questões profundamente relevantes. No caso brasileiro, esse dissenso aliado a um extenso rol de direitos fundamentais elencados na constituição brasileira e à ausência de previsão de normas constitucionais genéricas expressas sobre as restrições aos direitos fundamentais¹⁹, contribuem para inevitáveis colisões entre direitos e eventuais abusos.

A possibilidade de restringir ou limitar direitos fundamentais será melhor explorada no próximo tópico deste capítulo. Antes disso, porém, é importante que tratemos da íntima relação entre direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a este deve ser parâmetro para a limitação de direitos fundamentais bem como para limitação destes mesmos limites, ou seja, barreiras contra limitações efetuadas em proveito de outros bens fundamentais²⁰. Nesse sentido, discorre Ingo Wolfgang:

O princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo considerado fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nessa devem ser interpretados.²¹

O princípio da dignidade humana tem natureza profundamente humanista, é baseado na valorização da pessoa e comprometido com a garantia os seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e opressão²². Embora não haja

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 26.

¹⁹ SARLET, I.W. *Idem*. p. 70.

²⁰ *Ibidem*. p. 108

²¹ *Ibidem*. p. 110

²² SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 15.

consenso a respeito de seu conteúdo²³, Sarlet assevera que a doutrina majoritária parece concordar com o fato de que o núcleo da dignidade da pessoa humana reside primordialmente na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa²⁴. Na Constituição brasileira, a dignidade da pessoa humana foi consagrada como princípio fundamental devendo, portanto, ser utilizada como norte para a interpretação dos direitos fundamentais e de toda a ordem constitucional. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais²⁵.

Considerando que o objetivo deste trabalho não é realizar um estudo detalhado do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, não me estenderei nesse assunto. Porém, ele ainda será abordado pontualmente ao longo do estudo. Passarei agora a tratar da temática da restrições aos direitos fundamentais.

1.2. Restrições aos direitos fundamentais

1.2.1. Considerações Iniciais

Conforme anteriormente citado no primeiro tópico deste capítulo, a Constituição Federal brasileira não faz menção expressa à existência de limites e limites aos limites dos direitos fundamentais. Há, sim, a proteção do núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Magna através de cláusula pétrea (art. 60, § 4º), proibindo que o Poder Constituinte Derivado de Reforma venha a abolir esses direitos e garantias. Não obstante, a técnica legislativa utilizada pelo constituinte gerou conceitos abertos, favorecendo controvérsias quanto aos mais variados assuntos. Verifica-se, por exemplo, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como defesa de ideias diametralmente opostas (como argumentos pró e contra eutanásia).

É possível que em um primeiro momento o leitor veja-se tentado a argumentar que a solução para esse problema reside em elaborar conceitos mais rígidos ou “fechados”. Acredito, no entanto, que essa não é uma saída viável.

²³ WALDRON, Jeremy. Dignity, rank and right. New York: Oxford University Press, 2012, loc. 237 (e-book). Apud. SARMENTO, D. op. cit. p. 16.

²⁴ SARLET, I. W. op. cit., p. 102.

²⁵ Ibidem., p. 103.

Tomarei por base a lição do professor Daniel Sarmento quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana com o intuito de melhor elucidar a questão:

Não se deve alimentar qualquer esperança no sentido de se “fechar” o conteúdo do princípio da dignidade humana, precisando-lhe completamente os contornos, de modo a viabilizar sua aplicação mecânica. A tarefa não seria factível: a natureza do princípio da dignidade da pessoa humana e a complexidade das situações sobre as quais ele incide jamais o permitiriam. Esse fechamento tampouco seria desejável. Afinal, a abertura é fundamental para que o princípio possa desempenhar bem o seu papel, que envolve a proteção da pessoa humana diante de riscos e ameaças que nem sempre possam ser antecipados²⁶.

Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário que o conteúdo dos direitos e garantias fundamentais possuam um certo grau de abertura para que abarquem o maior número de situações possíveis. Ademais, qualquer sociedade tende a mudar com o decorrer do tempo, sendo também necessário que os direitos fundamentais detenham certa flexibilidade para que acompanhem essas mudanças. Um exemplo clássico pode ser visto com o direito à propriedade; antes tido como um direito absoluto e indisponível, hoje permite restrições, principalmente quando em face de outros direitos fundamentais, como os direitos sociais.

Novamente percebe-se que um dos maiores problemas concernentes aos direitos fundamentais reside em sua delimitação, em saber onde termina um direito e começa o outro. Não há uma solução única para esse impasse. Diferentes Estados tratam a questão de modo igualmente distinto. É indispensável, no entanto, que a Constituição de um país veicule consensos mínimos essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento de um regime democrático, de modo que estes e, conseqüentemente, os direitos fundamentais, não sejam afetados por maiorias políticas ocasionais.²⁷

Diante disto verifica-se a imprescindibilidade de se ter uma clara separação entre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e suas limitações, assim como das possibilidades de limitação e os limites por sua vez postos à limitação dos direitos²⁸, assegurando a aplicação apropriada das normas de direitos fundamentais tanto por parte do Poder Judiciário, responsável por fazer valer tais normas, quanto

²⁶ SARMENTO, D. op. cit., p. 70.

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010. p. 90.

²⁸ SARLET, I. W. op. cit., p. 406

pelo Legislativo, o qual elaborará normas infraconstitucionais que devem estar de acordo com os direitos fundamentais. Quanto mais preciso esse tratamento jurídico, normativo e dogmático, maior segurança jurídica estará sendo proporcionada aos tutelados.

Segundo a tradição constitucional de matriz germânica, também presente na ordem constitucional brasileira, a realização dogmática dos direitos fundamentais se dá através de várias características que se enquadram em três categorias: 1) âmbito de proteção ou suporte fático; 2) limites; 3) limites aos limites dos direitos fundamentais. Ou seja, de modo geral, todo direito fundamental possui um campo de incidência normativa ou suporte fático – o bem jurídico tutelado protegido ou objeto tutelado –, e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções em seu âmbito de proteção²⁹.

1.2.2. Âmbito de Proteção dos Direitos Fundamentais

Ao iniciar a exposição a respeito do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, é importante trazer à baila a distinção entre os limites aplicados aos direitos fundamentais trazida pelas Teorias Interna e Externa dos limites. Embora existam outras importantes teorias acerca das limitações dos direitos fundamentais, escolhi abordar essa contraposição por ser considerada algumas das mais relevantes teorias em matéria doutrinária, tendo em vista sua ampla discussão em diversas obras de juristas brasileiros, como Ingo W. Sarlet e Virgílio Afonso da Silva. Sarlet, inclusive, afirma que “a opção por uma destas teorias acaba por repercutir no próprio modo de compreender a maior ou menor amplitude do âmbito de proteção dos direitos fundamentais”³⁰.

A Teoria Interna, defendida, por exemplo, por Friedrich Müller na Alemanha, sustenta que um direito fundamental já “nasce” com seu conteúdo delimitado e, conseqüentemente, também com limites intrínsecos delimitados. Tais limites não podem ser confundidos com autênticas restrições, pois estas são compreendidas como imposições provenientes de um instrumento ou de um agente externo. Nas palavras de Ingo W. Sarlet:

²⁹ SARLET, I. W. op. cit., p. 405

³⁰ SARLET, I. W. op. cit., p. 407

Limites imanentes, que consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são, em geral, compreendidas (pela teoria externa) como “desvantagens” normativas impostas externamente aos direitos, inadmitidas pela teoria interna [...] de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico. Fatores de origem externa, como é o caso de restrições decorrentes a colisão entre princípios, são sempre excluídos, sendo, portanto, inviável a convivência da ideia de limites imanentes com a noção de restrições no sentido habitual do termo. Por outro lado, a ausência de separação entre o âmbito de proteção e os limites dos direitos fundamentais permite que sejam incluídas considerações relativas a outros bens dignos de proteção no próprio âmbito de proteção destes direitos, o que aumenta o risco de restrições arbitrárias da liberdade³¹.

Segundo Robert Alexy:

Segundo ela, não há duas coisas - o direito e sua restrição -, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em "restrições" no lugar de "limites", então, se fala em "restrições imanentes".

Pode-se dizer, então, que ao adotar a teoria interna o âmbito de proteção de um direito fundamental pode ter seu núcleo influenciado por considerações relativas a outros bens dignos de proteção.

A Teoria Externa, por sua vez, adotada por Robert Alexy, efetivamente aparta os direitos fundamentais das restrições a eles eventualmente impostas. Segundo Virgílio Afonso da Silva, na teoria externa “há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacado dele, as suas restrições”³². Sarlet sintetiza que de acordo com a teoria externa, existe inicialmente um direito em si, ilimitado (posição *prima facie*), que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado (posição definitiva). Nas palavras de Canotilho: “Primeiro nascem os direitos e as normas garantidoras destes direitos e depois estabelecem-se normas restritivas destes direitos. A regra do direito e a exceção da restrição, eis o esquema básico deste pensamento”.

Essa distinção acaba admitindo a possibilidade de haver direitos sem restrições, pois não há necessariamente uma relação entre o conceito de direito e o

³¹ SARLET, I.W. op. cit. p. 407.

³² SILVA, Virgílio A. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas de direitos fundamentais. Apud. SARLET, I. W. op. cit., p. 408.

de restrição, sendo tal relação estabelecida quando surge a necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos. E exatamente em razão desta distinção a teoria externa é considerada a mais propícia para tratar da temática das colisões de direitos fundamentais, considerando a necessidade da imposição de limites a tais direitos³³. Outrossim, a adoção da teoria externa proporciona maior transparência metodológica ao impor ao intérprete que a invoca o encargo de justificar uma eventual restrição, além de evitar a mistura de interesses divergentes. Ao contrário do ocorre na teoria interna, o núcleo do âmbito de proteção, na teoria externa, não está sujeito a influências de considerações referentes a outros bens dignos de proteção. Cabe ressaltar, no entanto, que é indispensável que a essas limitações também sejam estabelecidos limites (limites dos limites), para que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não seja violado.

Em suma, o âmbito de proteção de um direito fundamental é detectado a partir, principalmente, da interpretação do dispositivo constitucional a ele correspondente, sempre considerando as finalidades e valores expressos naquele dispositivo. E somente após essa determinação serão estabelecidos os bens jurídicos e/ou situações tuteladas, conseqüentemente, definindo qual (ou quais) o direito (ou os direitos) em questão.

1.2.3. Limites dos direitos fundamentais

Ao falarmos sobre limites de direitos fundamentais, deve-se ter em mente que existe uma distinção entre limitação e disciplinas normativas diversa de limitação, por exemplo, regulações de direitos fundamentais. E mesmo em relação à limitação, esta pode se dar em sentido estrito, ou limitação propriamente dita – mediante imposição de “cargas coativas”, ou seja, mandados ou proibições dirigidos aos próprios cidadãos – ou pode se tratar de normas de reservas legais – fundamentam a possibilidade de o legislador restringir direitos fundamentais.

Após feito esse esclarecimento, é interessante pontuar o que é considerado limite dos direitos fundamentais. Assim é a definição de Jorge Reis Novais:

Ações ou omissões dos poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto

³³ SARLET, I. W. op. cit., p. 408.

subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais.

Sarlet elenca três espécies de limitações, ou seja, três diferentes fundamentações para a limitação de um direito fundamental: 1) limitação por expressa disposição constitucional; 2) limitação por norma legal promulgada com fundamento na constituição; 3) limitação por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação ou autorização expressas assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador. De qualquer forma, percebe-se que qualquer uma das espécies depende, seja direta ou indiretamente, de um fundamento constitucional³⁴.

Quanto às limitações impostas por normas legais com fundamento constitucional, temos as reservas legais, mecanismo pelo qual o legislador intervém no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Essas reservas legais podem ser simples, quando não há estipulação de pressupostos e/ou objetivos específicos a serem observados pelo legislador, ou qualificadas, quando há a fixação de pressupostos e/ou objetivos a serem atendidos. Considerando que o regime jurídico-constitucional das reservas legais não é o ponto central do presente trabalho, não me estenderei nesse assunto em específico.

O cerne da discussão trazida por este trabalho se relaciona com a terceira espécie de limitação, a colisão entre direitos fundamentais ou entre direito fundamental e outros bens jurídicos constitucionais. Essa forma de limitação prevê que direitos fundamentais formalmente ilimitados, ou seja, sem restrição expressa (seja ela constitucional ou por norma infraconstitucional fundamentada constitucionalmente), podem ser restringidos caso absolutamente necessário para a garantia de outros direitos constitucionais. Solucionar esses impasses é uma das mais difíceis e importantes tarefas do aplicador do direito na atualidade. Não se deve somente respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos, mas também prezar pelo equilíbrio dos preceitos que, muitas vezes, apontam para resultados diferentes, quiçá opostos. Sobre o tema, afirma Sarlet:

Pelo fato de as normas constitucionais não deverem ser aplicadas mediante a simples exaltação dos valores aos quais se acham referidas, como se tais valores fossem por si só evidentes no que diz com seu conteúdo e alcance (basta ver, em caráter

³⁴ Ibidem., p. 411.

ilustrativo, o que ocorre com o uso retórico e mesmo panfletário da dignidade da pessoa humana e da própria proporcionalidade), sendo sempre necessária uma fundamentação intersubjetivamente controlável, não basta somente identificar os valores em jogo, mas construir e lançar mão de critérios que permitam aplicá-los racionalmente, cabendo, portanto, ao intérprete/aplicador dos direitos fundamentais conferir importância distinta aos valores por ele densificados, sempre atento às circunstâncias do caso concreto, mas também igualmente receptivo às hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado³⁵.

Nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais verifica-se ainda mais a importância de se observar os limites aos limites dos direitos fundamentais, tópico que será desenvolvido a seguir, evitando, assim, que restrições desmedidas ou arbitrárias sejam aplicadas.

1.2.5. Os limites dos limites dos direitos fundamentais

Conforme versado anteriormente, os limites dos limites dos direitos fundamentais, como a própria nomenclatura já aduz, funcionam como barreiras à limitação, de modo a garantir a eficácia dos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões e funções e evitando ao máximo sua fragilização. Não há previsão na Constituição brasileira de limites aos limites dos direitos fundamentais, porém, as tradições doutrinária e jurisprudencial brasileiras recepcionaram tal ideia.

Eventuais limitações de direitos fundamentais somente se justificam caso haja compatibilidade formal e material com a Constituição do Estado. Por compatibilidade formal, entende-se que a limitação deverá ser realizada por uma autoridade estatal competente e através de procedimentos e formas constitucionalmente determinadas. Para que esteja presente a compatibilidade material, é necessária a observância da proteção do núcleo essencial destes direitos, atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, e, para alguns autores, também deve-se observar a proibição do retrocesso. A proibição do retrocesso, no entanto, ainda gera controvérsias, e não será objeto de explanação neste trabalho.

³⁵ SARLET, I. W. op. cit., p. 413.

1.2.5.1. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade guardam estreita relação entre si, de tal forma que há na doutrina e na jurisprudência brasileiras aqueles que utilizam os dois como sinônimos, considerando-os intercambiáveis. Nesse sentido, por exemplo, pensa Luís Roberto Barroso³⁶. Essa ideia, porém, não é pacífica. Em sentido contrário discorrem Ingo Sarlet e Humberto Ávila, dentre outros. Não irei me estender nessa controvérsia. Seguirei abordando brevemente os principais conteúdos relacionados ao princípio da proporcionalidade, adotando o magistério de Ingo W. Sarlet.

O princípio da proporcionalidade é um instrumento para o controle de atos estatais, sejam eles comissivos ou omissivos, e, eventualmente, de atos de sujeitos privados. A doutrina em geral aceita que a proporcionalidade possui uma dupla função, a saber: 1) proibição do excesso, ao atuar como “freio” do Estado para que este não interfira de modo exorbitante no direito fundamental de um indivíduo, nem mesmo daqueles acusados de violarem direitos fundamentais de terceiros; 2) proibição de proteção insuficiente, em que a ideia é que o Estado não atue aquém nem deixe de atuar quando necessário para garantia dos direitos fundamentais. Percebe-se, desse modo, que a tanto a atuação exacerbada quanto a insuficiente caracterizam desproporções e, portanto, antijuridicidade.

A doutrina alemã decompôs o princípio da proporcionalidade em três elementos, cuja análise é indispensável para que o princípio da proporcionalidade seja efetivamente respeitado: a) adequação ou conformidade; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

Ao analisar adequação ocorre um controle da viabilidade, ou seja, busca-se verificar que aquele meio é capaz de atingir o fim almejado. Ao observar a necessidade, a intenção é optar pelo meio restritivo menos gravoso. Esse exame envolve duas etapas: na primeira há o exame da igualdade da adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; na segunda, há o exame do meio menos restritivo, a fim de verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados³⁷.

³⁶ BARROSO, L. R. op. cit., p. 295.

³⁷ SARLET, I. W. op. cit., p. 417.

Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito corresponde, em poucas palavras, a uma análise comparativa objetivando constatar se as vantagens decorrentes da adoção do meio superam as desvantagens provenientes de sua utilização.

Vale ressaltar que essas mesmas três etapas são utilizadas para aferir a proporcionalidade no âmbito da proibição de proteção ineficiente, guardadas as devidas particularidades.

1.2.5.2. Garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais

Proteger o núcleo essencial de um direito fundamental significa garantir que, mesmo diante de limitações, tal direito conservará uma parcela de seu conteúdo; uma parcela indispensável para o reconhecimento deste direito como direito fundamental. Trata-se de conteúdo inviolável e indisponível às intervenções dos poderes estatais. Não se confunde com a ideia de mínimo existencial; considera-se núcleo essencial pois está imune à ação do poder público, e, portanto, segue à disposição o titular do direito³⁸.

Determinar abstrata e antecipadamente qual o núcleo essencial exato de um direito fundamental é tarefa difícil. Virgílio Afonso da Silva assim assevera:

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é definido a partir da relação entre diversas variáveis – e de todos os problemas que as cercam – como o suporte fático dos direitos fundamentais (amplo ou restrito) e a relação entre os direitos e suas restrições (teorias externa e interna).

Mais uma vez não me alongarei nesta seara, em razão de não ser este o objetivo do presente trabalho. Para compreensão sistemática do tema desse estudo, é importante ter em mente que as noções básicas apresentadas neste capítulo a respeito dos direitos fundamentais e de suas restrições. Especialmente no que se refere aos limites dos limites dos direitos fundamentais, como salienta Ingo W. Sarlet, o mais importante é que doutrina e jurisprudência sigam desenvolvendo parâmetros que sirvam para potencializar a noção de limites aos limites dos direitos fundamentais e para assegurar máxima proteção desses direitos³⁹.

³⁸ SARLET, I.W. op. cit., p. 423.

³⁹ SARLET, I.W. op. cit., p. 423.

2. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.1. Conceituação

Ao iniciarmos o estudo do tema central do presente trabalho, é imperativo que se ressalte a existência de inúmeros termos e expressões acerca do mesmo objeto. Liberdade de expressão, liberdade de manifestação do pensamento, de manifestação de ideias, liberdade de opinião e liberdade de imprensa são apenas algumas das expressões utilizadas na doutrina e jurisprudência pátrias para tratar da mesma temática. Tal pluralidade, além de possivelmente ensejar confusão no leitor, contribui para aumentar as imprecisões e a insegurança jurídica a respeito do assunto, que é, por si só, controverso⁴⁰.

Edilson Farias defende que o termo correto a ser utilizado é *liberdade de expressão e comunicação*. Como o próprio termo já aduz, tem-se duas acepções nesse direito fundamental. A primeira, relativa à liberdade de expressão propriamente dita – novamente ressalta-se que esta é a questão central deste trabalho – consiste na livre manifestação dos próprios pensamentos, ideias, opiniões, crenças ou juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão. A segunda acepção é relativa à comunicação, fortemente relacionado à imprensa, à comunicação de fatos e notícias. Nesse sentido, a liberdade de expressão consiste na faculdade de comunicar ou receber informações verdadeiras, sem impedimentos nem discriminações⁴¹. O autor elenca três principais motivos para o uso deste termo.

Primeiramente, liberdade *de expressão* constituiria gênero do qual manifestação do pensamento, de opinião, e outros, seriam espécies.

Liberdade *de comunicação*, ao contrário de liberdade de imprensa e liberdade de informação, representaria melhor o atual e complexo comunicação de fatos ou notícias existente na vida social. Com o advento de novos meios de difusão de informações, principalmente através da internet, a ideia tradicional de imprensa escrita e “radiotelevisiva” realmente fica prejudicada, de forma que o termo comunicação adequa-se melhor às situações que hoje se apresentam. Ademais,

⁴⁰ FARIAS, E. P. Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina. p. 44.

⁴¹ Ibidem. p. 45.

etimologicamente, a palavra comunicar expressa a ideia de transmitir algo a alguém, ou seja, compartilhar com outrem algo de que se dispõe, enquanto o vocábulo informar indica um conteúdo possível do processo comunicativo.

Por fim, o termo *liberdade de expressão e comunicação* traduziria o pensamento jurídico atual de que este direito fundamental consiste tanto numa liberdade negativa, não podendo se reprimir a expressão do pensamento, quanto numa liberdade positiva⁴², no sentido de poder comunicar fatos por meios institucionalizados, do direito de acesso às fontes da informação, do direito de acesso aos meios de comunicação de massa e do direito de ser informado⁴³.

Data maxima venia, entendo que o termo liberdade de expressão abrange ambas as concepções abordadas pelo autor. Considerando ainda a terminologia adotada pelos demais autores consultados para fundamentar este estudo, utilizarei o termo *liberdade de expressão* para referir-me ao direito fundamental de expressar, por quaisquer meios, suas opiniões e pensamentos sobre qualquer assunto ou pessoa, e também ao direito de comunicar, informar e receber informações e fatos. Novamente ressalto que a perspectiva da comunicação não é o foco deste estudo e, embora seja brevemente citada, o assunto não será aprofundado.

2.2. Raízes e Histórico de Posituação Internacional da Liberdade de Expressão

As raízes da liberdade de expressão surgiram em paralelo às raízes da própria democracia. Deve-se, portanto, voltar o olhar para a Grécia Antiga. A base da Politeia grega – principalmente em Atenas – eram as assembleias públicas pelas quais todos os cidadãos, podendo usar a palavra e expressar suas opiniões, participavam do processo político. Vale ressaltar que nem todos os indivíduos eram considerados cidadãos. A faculdade de participar dessas assembleias não atingia mulheres, estrangeiros, servos ou escravos, demonstrando que as decisões políticas eram tomadas por um grupo de homens livres e adultos. De qualquer forma, a manifestação das ideias do cidadão era não apenas garantida como também

⁴² Embora esta vertente seja aceita pela doutrina e consista em um ideal finalístico para esse direito fundamental, no Brasil a liberdade de expressão em seu aspecto de liberdade positiva é reconhecida apenas na possibilidade do direito de resposta, constitucionalmente reconhecido (art. 5º, V, CF/88).

⁴³ FARIAS, E. P. op. cit., p. 45.

impulsionada. Aquele que não se interessasse pela vida pública e não participasse das assembleias era tido como inútil.

Entretanto, como se sabe, o regime democrático não foi adotado pelos principais Estados nos séculos subsequentes. Ao contrário, por boa parte do tempo vigoraram regimes absolutistas nos quais os direitos mais básicos das pessoas, inclusive a liberdade de expressão, simplesmente não existiam. A proclamação da liberdade de expressão como direito fundamental é, em termos históricos, relativamente recente e marca a quebra desses regimes absolutistas e a consolidação de um Estado liberal.

A Inglaterra foi um dos primeiros países a enfrentar a discussão acerca da liberdade de expressão. Em 1644, John Milton publica o texto “Areopagítica: discurso pela liberdade de imprensa”. Como indica o próprio título, o autor discorre a favor da liberdade de imprensa, dirigindo-se ao Parlamento com o pedido de que este revogasse a censura prévia existente à época. Seu apelo fundamentava-se principalmente na ideia de que a livre manifestação do pensamento conduz ao avanço do conhecimento e à descoberta da verdade⁴⁴, fundamento clássico ainda utilizado na atualidade. Infelizmente, o pedido de John Milton foi ignorado pelo Parlamento. Em 1695, porém, o Parlamento britânico resolveu não reiterar o *Licensing Act* que estabelecia a censura prévia, constituindo enorme avanço nessa área.

Como previamente mencionado neste trabalho⁴⁵, as Revoluções Francesa e Americana foram os verdadeiros marcos para o estabelecimento de direitos fundamentais, dentre eles a liberdade de expressão na forma atualmente compreendida. É a partir destes dois importantíssimos movimentos que a liberdade de expressão começou a ser protegida em documentos jurídicos.

Em 1776, os Estados Unidos da América proclamam a Declaração de Direitos de Virgínia (*Virginia Declaration of Rights*) com os direitos inerentes ao homem. Dentre eles, em sua seção nº 12, encontra-se a liberdade de expressão, considerada como uma das bases e fundamentos do governo: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e jamais pode ser restringida,

⁴⁴ Ibidem., p. 49.

⁴⁵ Cf. Capítulo 01, Tópico 1.1 (Teoria Geral dos Direitos Fundamentais), do presente trabalho.

senão por um governo despótico"⁴⁶. Posteriormente, o Bill of Rights americano seria promulgado, em 1791, trazendo dez emendas à Constituição original americana. A primeira emenda consagra expressamente a liberdade de expressão, que até hoje vigora e é um dos direitos mais ferozmente defendidos nos EUA.

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

Na esteira da Revolução Francesa, em 1789 foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, em seu art. 11, estabelecia:

A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados por lei.

Ainda na França, a Constituição de 1793 assegurava no art. 7º que "o direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, pela imprensa ou por qualquer outra via, o direito de se reunir pacificamente e o livre exercício dos cultos não podem ser proibidos". Atualmente, a Constituição francesa não consagrou em seu corpo a liberdade de expressão. Entretanto, seu preâmbulo faz referência à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, acima referenciada, o que garante sua proteção naquele país.

Passarei agora a analisar a história recente da liberdade de expressão. A Organização da Nações Unidas iniciou a discussão a respeito do tema durante seu primeiro período de sessões e recomendou ao Conselho Econômico e Social a convocação de uma conferência sobre o assunto, o que acarretou a aprovação da Resolução n. 59, de 14 de dezembro de 1946, estabelecendo que "a liberdade de informação é um direito humano fundamental e pedra de toque de todas às liberdades as quais estão consagradas as Nações Unidas"⁴⁷.

O ano de 1948 foi de suma importância para a proteção internacional dos direitos humanos, incluindo a liberdade de expressão. Duas importantes declarações foram aprovadas nesse ano, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁴⁶ FARIAS, E. P. op.cit., p. 50.

⁴⁷ Ibidem., p.51.

A primeira foi aprovada em abril de 1948, em Bogotá, por ocasião da IX Convenção Internacional Americana. Embora a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem tenha seu valor jurídico muito discutido por ser considerada uma carta de intenções – uma vez que não exige ratificação pelos Estados signatários – é inegável que é um instrumento de extrema importância no histórico dos direitos fundamentais, ainda mais quando consideramos que ela precedeu a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da ONU em Paris, e assinada pelo Brasil na mesma data, é um documento marco na história dos direitos humanos por estabelecer, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. Foi elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, com o objetivo de ser uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações⁴⁸. Em seu artigo 19 dispõe sobre a liberdade de expressão:

Todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser incomodado por suas opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias, por quaisquer meios de expressão, independentemente de fronteiras.

Insta mencionar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José de Costa Rica, elaborada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos em 1969, também protege a liberdade de expressão. O artigo 13 do referido instrumento dispõe longamente sobre esse direito:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de

⁴⁸ Organização das Nações Unidas. Disponível em:

<<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 31/05/2018.

papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

O Brasil é signatário de tal Convenção e internalizou-a no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 678 de novembro de 1992. A título de curiosidade, é interessante destacar o grande lapso temporal existente entre a data em que a convenção passou a vigorar internacionalmente, a saber, 1978, e a adesão do Brasil a ela, apenas em 1992. Verifica-se que o Brasil somente tornou-se signatário desta importante convenção após a redemocratização do país e a promulgação da Constituição cidadã de 1988.

Percebe-se que a liberdade de expressão vem sendo pensada por vários séculos e objeto de numerosas deliberações desde então. Não obstante, mesmo com toda essa proteção jurídica, alguns problemas circundam esse direito fundamental. Enquanto em algumas partes do mundo nem todos desfrutam integral e efetivamente da liberdade de expressão, em outras ele é tão irrestrito que acaba colidindo e “atropelando” outros direitos fundamentais de igual importância.

Sem embargo, a inserção da liberdade de expressão nesses e em diversos outros documentos de proteção a direitos humanos desde o nascimento destes demonstra de forma inegável o grau de importância atribuído a este direito fundamental.

2.3. Teorias, Funções e Características da Liberdade de Expressão

Até o momento muito se comentou sobre a importância da liberdade de expressão, mas não foi dada a devida atenção a esse tópico. Ao se estudar esse direito fundamental verifica-se que a doutrina atribui várias funções à liberdade de expressão. Edilson Farias apresenta uma concepção dual da liberdade de

expressão e sistematiza os argumentos esgrimidos em duas perspectivas, a subjetiva e objetiva⁴⁹.

A perspectiva subjetiva, também chamada de individual, corresponde, inicialmente, às concepções do liberalismo clássico sobre o tema e engloba as teorias que defendem a liberdade de expressão com valor indispensável para a proteção da dignidade da pessoa humana, para o livre desenvolvimento da personalidade e para a busca da verdade. É nela, portanto, que encontramos dois dos três principais objetivos inerentes à liberdade de expressão: busca da verdade e auto realização individual.

As ideias de John Milton e de John Stuart Mill têm grande influência sobre o objetivo de busca da verdade. John Milton defendia a existência de um ambiente de liberdade para que, dessa forma, a verdade despontasse naturalmente e refutasse as imposturas e os erros. John Stuart Mill argumentava algo parecido; para o filósofo, a busca da verdade seria pautada na livre discussão e no contraste de opiniões, inclusive as erradas, pois estas seriam importantes no debate para esclarecer a verdade. Olhando para autores mais atuais, pode-se citar o magistério de Ronald Dworkin, que assevera que todos os direitos fundamentais devem ser levados a sério na medida em que são indispensáveis para a proteção da dignidade da pessoa humana. Desse modo, a coletividade deve abster-se de intervir na liberdade de expressão para que não haja agressão à dignidade da pessoa humana⁵⁰.

A auto realização individual ressalta a importância da possibilidade reconhecida ao indivíduo de manifestar suas próprias ideias, bem como a faculdade de contestar a dos outros. Nesse diapasão, invoca a autonomia e a auto expressão como razões para estimar a liberdade de expressão. Conforme descrito por Edilson Farias:

A autonomia significa a autodeterminação individual da pessoa humana para pensar por si mesma e não ser submetida à dominação intelectual ou psicológica por outrem. E a auto expressão pressupõe a liberdade de expressão e comunicação porque pensamento e linguagem estão intimamente ligados: não se pode pensar livremente

⁴⁹ FARIAS, E. op. cit. P. 55.

⁵⁰ Ibidem. p. 58.

sem a possibilidade de expressão, bem como sem a oportunidade de ouvir outros⁵¹.

Já na concepção objetiva reúnem-se as teorias que julgam a liberdade de expressão valor essencial para a proteção do regime democrático, porquanto assegura a participação dos cidadãos no debate público e na vida política. Ou seja, aqui se enquadra o terceiro principal objetivo atribuído pela doutrina à liberdade de expressão: a proteção da democracia.

Edilson Farias faz um apanhado de várias teorias importantes quanto a essa perspectiva. A seguir destacarei os principais⁵².

Inicialmente, vale destacar as ideias de James Madison, mentor da Primeira Emenda à Constituição Americana, que inscreveu a liberdade de expressão como direito fundamental naquele texto constitucional. Madison defendia que a liberdade de expressão era o principal instrumento para construção e manutenção de um autogoverno democrático pela soberania popular. Para atingir esse propósito seria necessário verificar a idoneidade do sistema de liberdade de expressão através da avaliação do grau de diversidade de pontos de vista expressos e de sua pertinência com assuntos de interesse público.

Outro importante autor relacionado a essa perspectiva é Alexander Meiklejohn. Segundo ele, a liberdade de expressão cumpre duas funções na democracia: uma função informativa, que prevê o livre fluxo de informações a fim de possibilitar o melhor conhecimento e a melhor avaliação dos assuntos de relevância pública, para que os cidadãos estejam mais preparados para tomarem decisões de forma mais consciente; e uma função crítica, pela qual os cidadãos podem criticar o poder político, as instituições estabelecidas e os agentes públicos, atributo também indispensável para o exercício da democracia.

Meiklejohn foi o precursor da chamada teoria democrática da liberdade de expressão nos EUA. No pensamento norte americano, há duas grandes concepções acerca da liberdade de expressão: a teoria libertária e a teoria democrática. A teoria libertária corresponderia, em termos genéricos, à perspectiva subjetiva citada por

⁵¹ Ibidem. p. 57.

⁵² Ibidem. p. 58-64.

Farias, ao focar no autor da mensagem e na proteção da autonomia privada e no direito à liberdade de expressão sem ingerências externas. Ou seja, a liberdade de expressão é “vista como emanção da personalidade individual a ser defendida da intervenção estatal”.⁵³

Já a teoria democrática corresponderia à perspectiva objetiva da liberdade de expressão ao afirmar que o propósito desse direito fundamental é a garantia do pleno exercício da soberania popular, uma vez que a livre comunicação aprimora e amplia o debate público, além de assegurar que os indivíduos tenham (ou pelo menos tenham a possibilidade de ter) ciência acerca dos temas em discussão e dos argumentos apresentados por todas as partes envolvidas.

Fiss vai além da conceituação e da elucidação acerca das funções da liberdade de expressão e comunicação ao criticar as consequências que a estrutura social podem ter sobre esse direito fundamental. A concentração de meios de comunicação social nas mãos de um ou de poucos grupos econômicos não é estranho à realidade brasileira. Tal concentração pode (e arrisco a dizer que no Brasil a possibilidade se torna quase uma realidade) significar uma grande ameaça ao livre fluxo da comunicação na sociedade. Os impactos dessa realidade são variados, mas aqui vale ressaltar que um conglomerado de meios de comunicação nas mãos de uma minoria com alto poderio econômico e/ou político tende a direcionar o discurso para a vertente desejada por essa minoria, podendo até mesmo deixar de fora argumentos defendidos pela outra parte da sociedade. Considerando as duas perspectivas, subjetiva e objetiva, não proporcionar meios de comunicação para uma parcela da população não apenas impossibilita o debate pleno, prejudicando a participação da sociedade no processo democrático, mas também reduz a possibilidade de auto realização da pessoa.

Relacionando a questão da concentração da comunicação com a temática do hate speech, pode-se dizer que nesse cenário a veiculação de discursos de ódio, mascarados como opiniões politicamente incorretas ou piadas, é ainda mais provável, já que ideias contrárias podem não ser veiculadas simplesmente por não serem de interesse da minoria que controla o meio de comunicação. É aí que o título

⁵³ BINENBOJM, Gustavo e PEREIRA, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: FISS, Owen M. A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

de uma das obras de Fiss, “A Ironia da Liberdade de Expressão” faz ainda mais sentido, principalmente ao interpretá-lo em conjunto com uma compreensão formulada pelo autor: “a de que o Estado pode ser não só um inimigo, mas também um amigo da liberdade de expressão e comunicação⁵⁴”.

Inimigo, pois a força do Estado pode restringir por completo a liberdade de expressão e comunicação de seus cidadãos (basicamente o que ocorreu no Brasil na época do Regime Militar); amigo, pois pode (e deve) assumir uma postura positiva frente à liberdade de expressão, de modo que os vários pontos de vista existentes tenham a oportunidade de serem expressados para a sociedade (exceto aqueles que incitem ou façam apologia a crimes e a discursos de ódio; este último será objeto de maior elucidação no próximo capítulo). Ou seja, por um lado, o Estado deve garantir a liberdade de expressão, permitindo que cada cidadão tenha o direito de expressar seus pensamentos e opiniões; por outro, não deve assumir que a liberdade de expressão é apenas uma liberdade negativa e confiar que a própria estrutura social garantirá que todos os pontos de vista e argumentações sejam veiculados.

Portanto, as raízes da liberdade de expressão não devem ser vistas isoladamente, mas sim como um sistema integrado, cada uma delas necessária porém insuficiente *per si*.⁵⁵ Nesse diapasão, pode-se dizer que a liberdade de expressão necessita de multiplicidade de ideias e vozes na esfera pública a fim de promover diversidade de argumentos e pontos de vistas. Sintetizando:

O pluralismo na comunicação pode propiciar às pessoas conhecer as inúmeras concepções políticas, ideológicas e filosóficas existentes na sociedade democrática e com elas travar contato. Dessa forma os cidadãos poderão tomar-se: (i) mais gabaritados para avaliar os assuntos em discussão na arena pública; (ii) mais instruídos para assumir as responsabilidades destinadas à soberania popular num regime constitucional; (iii) até mesmo mais preparados para fruírem adequadamente os seus direitos fundamentais.⁵⁶

Ademais, e principalmente na sociedade atual, a importância do pluralismo se torna ainda mais evidente diante de um mundo marcado pela diversidade, que deve prezar pela tolerância e pela abertura do diálogo.

⁵⁴ FARIAS, E. P. op. cit. p. 60.

⁵⁵ Ibidem. p. 65

⁵⁶ Ibidem. p.69.

2.4. Sobre Censura e Restrições à Liberdade de Expressão

Ao pensar em censura, é mais fácil entender de modo inconsciente o que ela representa do que efetivamente interpretar e aplicar o seu conceito. Consultando um dicionário de língua portuguesa, censura é definida como “exame de trabalhos artísticos ou de material de caráter informativo, a fim de filtrar e proibir o que é inconveniente, do ponto de vista ideológico ou moral”⁵⁷. A *American Library Association* interpreta censura como sendo a “supressão de ideias e informações que certas pessoas - indivíduos, grupos ou agentes governamentais - consideram perigosos ou condenáveis”⁵⁸. Baseia-se, portanto, numa reprovação do conteúdo da informação. É certo que a censura restringe ou limita o acesso a uma manifestação, ao impedir o orador de falar e o ouvinte de receber tal discurso, interferindo na liberdade de expressão de um ou ambos os polos da comunicação e limitando o acesso ao conteúdo⁵⁹. Analisando apenas essas descrições, pode ser difícil enxergar diferença entre censura e as restrições do âmbito de proteção da liberdade de expressão.

Todavia, o ato de censurar é relacionado a tentativas indevidas de supressão da liberdade de expressão. Do ponto de vista constitucional, censura significa toda conduta do Poder Público com o objetivo de impedir a livre circulação de ideias contrárias aos interesses dos detentores do Poder Político⁶⁰. Deste modo, o Estado impõe, autocrática, previa e unilateralmente, uma tábua de valores que deve ser seguida pela sociedade, aniquilando qualquer manifestação diferente da ideologia do Estado⁶¹, almejando a instituição de um monopólio político, ideológico e artístico na sociedade.

⁵⁷ Michaelis Online. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=EK58>>. Acesso em: 07/06/2018.

⁵⁸ American Library Association. Disponível em: <<http://www.ala.org/advocacy/intfreedom/censorship>> Acesso em: 07/06/2018 (tradução livre)

⁵⁹ MATHIESEN, Kay. Censura e Acesso à Expressão. In:___SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). Liberdade de Expressão no Século XXI. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

⁶⁰ Nesse sentido, não apenas manifestações com viés diretamente político são passíveis de censura, mas também manifestações sociais, como bibliografias, livros científicos, obras de arte, entre outros.

⁶¹ FARIAS, Edilsom. Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988. Publicado em 10/2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2195/democracia-censura-e-liberdade-de-expressao-e-informacao-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em 07/06/2018.

Além de suprimir a participação popular no meio político e, desse modo, anular o Estado Democrático de Direito, considerando que uma das condições indispensáveis para o funcionamento da democracia é a livre circulação de ideias, opiniões, fatos e o pluralismo político, ideológico e artístico, a censura causa impactos também na seara da autonomia individual dos receptores das manifestações. Nesse sentido, Daniel Sarmiento assevera:

Em relação à autonomia individual dos receptores, a ideia essencial é a de que deve ser reconhecida a cada ser humano a capacidade de decidir o que vai ouvir, ler, ver ou aprender. Assim, não é lícito nem ao Estado nem a nenhuma outra força social, impedir que cidadãos entrem em contato com ideias, obras e pontos de vista, por considerá-los errados ou perigosos. Trata-se de assumir uma visão não-paternalista, que parte da premissa de que o ser humano adulto é dotado de razão e discernimento, sendo capaz de avaliar autonomamente o valor das manifestações com que se depara, e de discernir o certo do errado para formar as suas próprias convicções. Como ressaltou Ronald Dworkin, o “Estado insulta seus cidadãos e nega a eles a sua responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas.”⁶²

Resta claro, portanto, que a censura é totalmente incompatível com a democracia. Inclusive, a censura geralmente está associada a regimes autoritários e antidemocráticos, assim como aquele que se observou no Brasil durante o Regime Militar. Diante de todo exposto, é imperioso que a liberdade de expressão não seja subjugada a nenhuma forma arbitrária de restrição, sendo inadmissível a censura estatal ou privada, bem como censura prévia ou posterior.

A Constituição de 1988, elaborada após a redemocratização do país, foi fortemente influenciada pelo período de ditadura que a precedeu, e também por esse motivo determinou, no parágrafo 2º do artigo 220, que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. A censura também é defesa na maior parte dos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, alguns destes relacionados em tópicos supra.

Fazendo um paralelo com o explanado no final do tópico anterior, é possível ver a relação entre a proibição da censura e a perspectiva que contempla a

⁶² SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível no site: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 31/05/2018.

liberdade de expressão como uma liberdade negativa, ou seja, um direito de defesa em face do Estado, exigindo unicamente a abstenção deste para que aconteça a ampla difusão das ideias e notícias. Porém, como já ressaltado, essa não é a única visão da liberdade de expressão que vigora atualmente. Hoje entende-se que para o exercício efetivo desse direito fundamental é necessário que haja o aspecto que compreende a liberdade de expressão como uma liberdade positiva, ou seja, um direito fundamental à prestação de uma ação positiva do Estado para viabilizar a livre comunicação.

Feito todo esse esclarecimento, não há que se confundir incensurabilidade com imunidade absoluta da liberdade de expressão. Conforme já explicado neste trabalho, nenhum direito fundamental é absoluto, nem mesmo a liberdade de expressão, portanto eventuais abusos desse direito deverão ser restringidos. Desse modo, não há contradição entre a proibição de censura e a limitação do âmbito de proteção da liberdade de expressão, quando necessário para resguardar os cidadãos ou a coletividade de eventuais abusos cometidos por essa liberdade. A temática da restrição de direitos fundamentais já foi discutida, de um modo geral, no primeiro capítulo deste trabalho e será novamente abordada, dessa vez de modo mais específico, no próximo capítulo.

2.5. Âmbito de Proteção da Liberdade de Expressão

O âmbito de proteção da liberdade de expressão em sentido estrito abrange a manifestação pública de pensamentos, ideias, opiniões, juízos de valor, críticas, crenças (religiosas ou não), dentre outros. Ou seja, tem por objeto elementos claramente subjetivos⁶³.

Elementos subjetivos não podem ser submetidos ao requisito interno da comprovação da verdade. Por exemplo, a avaliação de um crítico a respeito de um filme não pode ser julgada como verdadeira ou falsa; ela apenas corresponde à opinião do avaliador. Em contrapartida, condutas imputadas a uma figura pública e veiculadas por um jornal como sendo verdadeiras podem ser submetidas a esse julgamento. As crenças e ideias somente podem ser objeto de discussão, confrontação ou críticas à luz de outras opiniões ou juízos de valor.

⁶³ FARIAS, E. Ibidem. p. 70.

Apesar disso, o exercício da liberdade de expressão guarda parâmetros para seu exercício. A posição defendida no presente trabalho – e adotada pela jurisprudência de vários países, inclusive a brasileira, como será demonstrado posteriormente – considera que a liberdade de expressão não deve ser ferozmente defendida a ponto de permitir que discursos e opiniões que atinjam outros direitos e garantias fundamentais, tais como a honra, imagem e privacidade, sejam protegidos. A liberdade de expressão não deve ser utilizada como uma espécie de atentado terrorista verbal⁶⁴. Nas palavras de Bernardo Fernandes:

Para a doutrina dominante, falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas (antissemitismo, apologia ao crime etc.⁶⁵

Assim, o reconhecimento de limites ao direito de liberdade de expressão é justificado pela interpretação sistemática do sistema jurídico brasileiro, que preza pela coexistência de direitos aparentemente incompatíveis. Ressalta-se que esse é o entendimento atual de boa parte dos países democráticos, como Alemanha e Canadá, o que será detalhado no capítulo destinado à análise do tratamento do *hate speech*.

2.6. A Liberdade de Expressão na Constituição de 1988

A Constituição de 88 protegeu a liberdade de expressão em diversos momentos. Logo de início, o art. 5º, inserido no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

⁶⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. Do Mercado de Ideias a Ideias no Mercado; In___Ibidem. p. 03

⁶⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 279.

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Ainda, em capítulo específico sobre a comunicação social, tratou novamente da liberdade de expressão:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Consoante explicação anterior, a Constituição de 1988 representou o marco da redemocratização do país após o fim dos abusos cometidos durante o período da ditadura militar. Não é de se espantar, portanto, a reiteração do constituinte em relação à matéria.

Conforme assevera Daniel Sarmento, uma análise desses dispositivos constitucionais demonstram que o constituinte brasileiro voltou-se à concepção democrática da liberdade de expressão⁶⁶, considerando que violações aos direitos fundamentais não são produzidas apenas pela ação do Estado, mas decorrem muitas vezes da sua inércia:

A ideia básica é a de que, numa sociedade injusta e desigual, amarrar o Estado e confiar na mão invisível do mercado não é uma boa solução para garantia do respeito à dignidade humana dos mais fracos. Por isso, no sistema constitucional brasileiro, entende-se que o Estado tem obrigações positivas mesmo em relação aos direitos individuais clássicos, que não podem mais ser concebidos como simples direitos de defesa em face dos poderes públicos. Assim, é dever do Estado não só se abster de violar estes direitos, como

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 30.

também agir positivamente, seja para protegê-los diante de ameaças representadas pela ação de terceiros, seja para assegurar as condições materiais mínimas necessárias à viabilização do seu exercício pelos mais pobres⁶⁷.

Tal conclusão decorre de uma interpretação sistemática da Constituição, que possui como um dos objetivos fundamentais da República a “construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária”. Este e os demais objetivos devem ser utilizados como parâmetro para interpretação dos demais preceitos da Carta Magna.

A respeito das disposições acerca da liberdade de expressão estarem em capítulos diferentes na Constituição, o constitucionalista brasileiro assim entende:

É digno de nota o fato de a Constituição brasileira ter tratado da liberdade de expressão em dois momentos diferentes: no art. 5º, que cuida dos direitos individuais, e em capítulo específico dedicado exclusivamente à comunicação social. Esta distinção é motivada por razões óbvias: o constituinte reconheceu que a comunicação de massa, exercida pela televisão, rádio, jornais, etc., merecia, pelas suas peculiaridades, um tratamento normativo diferenciado. Isto porque, se uma postura mais libertária pode eventualmente se justificar no âmbito das comunicações intersubjetivas travadas entre indivíduos, este certamente não é o caso das comunicações de massa, realizadas através das organizações da mídia, dado o enorme poder que estas possuem na sociedade contemporânea, cujo exercício sem quaisquer limites tende a resultar em tirania privada⁶⁸.

Sarmiento pontua, ainda, a relevância do direito de acesso à informação para a liberdade de expressão no ordenamento constitucional. O direito de acesso à informações por parte do cidadão, consagrado no art. 5º, XIV, demonstra uma preocupação com os direitos dos receptores das manifestações, e não apenas com os emissores. Esse dispositivo fortalece ainda mais o argumento de que o Estado tem o poder/dever de “regular a atuação dos veículos de comunicação social”, para assegurar o amplo acesso do cidadão à informações e pontos de vista diversificados sobre temas de interesse da coletividade⁶⁹.

Ante o exposto, resta claro que a Constituição de 1988 afirmou categoricamente a liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, a constitucionalização desse direito fundamental não impede que questões complexas a seu respeito venham à tona. Pelo contrário, é exatamente num cenário de maior liberdade que conflitos entre discursos e entre direitos fundamentais aparentemente incompatíveis surgem. O próximo e último capítulo do presente trabalho analisará um dos maiores problemas da atualidade: a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos fundamentais atingidos pelo *hate speech*.

⁶⁷ Ibidem. p. 12.

⁶⁸ Ibidem. p. 32.

⁶⁹ Ibidem. p. 31.

3. HATE SPEECH E SEU TRATAMENTO EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

3.1. Considerações Iniciais e Conceituação

Até o momento neste trabalho discorreu-se a respeito de aspectos gerais relacionados ao estudo dos direitos fundamentais e, posteriormente, delimitou-se a análise ao direito fundamental à liberdade de expressão. A partir de agora, passarei a examinar um dos aspectos que mais enseja discussões na área da fixação de limites à liberdade de expressão: o tratamento do *hate speech* ou discursos de ódio.

Em um ambiente no qual as pessoas tem a liberdade de expressão protegida constitucionalmente e o Poder Judiciário possui independência para fazer cumprir este direito fundamental, atingir o equilíbrio entre direitos fundamentais em colisão apresenta-se como um dos maiores desafios atinente à matéria.

Hate speech é uma expressão normalmente utilizada na seara do Direito Comparado para rotular as manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual⁷⁰. Em outras palavras, pode também ser definido como um discurso proferido com palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas⁷¹. Isto posto, o *hate speech* é frequentemente utilizado para ofender minorias tradicionalmente discriminadas, que estão em inferioridade numérica ou em situação de subordinação socioeconômica, política ou cultural⁷². Segundo Samantha Meyer-Pflug, o discurso do ódio representa um perfil polêmico envolvendo a liberdade de expressão, podendo ser considerado uma

⁷⁰ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: “Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional”. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 208.

⁷¹ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Tradução de Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Revista de Direito Público n. 15 p. 117-136, jan./mar. 2007. Trimestral. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/541>>. Acesso em: 09/06/2018.

⁷² LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Quadrimestral.

apologia abstrata ao ódio, já que resume o desprezo e discriminação a determinados grupos⁷³.

As manifestações de ódio, desprezo e afins não são estranhas à realidade humana. Episódios de discriminação e intolerância permeiam a história da humanidade – séculos de escravidão, cruzadas, “caça às bruxas” e qualquer movimento de perseguição social e religiosa são prova dessa afirmação. Porém, com a evolução da sociedade e do sistema jurídico, o debate a respeito do tipo de discurso que ratifica ideias discriminatórias tornou-se mais acalorado. Comentários que anteriormente eram considerados normais hoje são tidos como inaceitáveis numa sociedade que busca a igualdade e a harmonia entre seus membros. Dessa forma, enquanto algumas pessoas defendem que a liberdade de expressão deve proteger tanto a divulgação de ideias com as quais simpatizamos quanto as ideias que chocam e causam arrepios, como o racismo, outras afirmam que manifestações de discriminação e intolerância não devem ser protegidas.

Nos próximos tópicos apresentarei a posição da jurisprudência brasileira e de outros países acerca da proteção do *hate speech* no ordenamento jurídico estatal. Adianto aqui que no Brasil a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho racista, e este trabalho compartilha deste entendimento.

3.2. Como o *hate speech* interfere com os principais objetivos relacionados à Liberdade de Expressão

O *hate speech* não se trata apenas de manifestações indelicadas e desconfortáveis. Discursos de ódio causam graves impactos numa sociedade e, principalmente porque interferem negativamente nos objetivos almejados pela garantia da liberdade de expressão, um direito fundamental tão importante para o ser humano.

⁷³ MEYER-PFLUG, Samantha Meyer. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: RT, 2009. Apud LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Quadrimestral.

Anteriormente citei que os três principais objetivos da proteção da liberdade de expressão são a busca da verdade, autonomia e a autorrealização individuais e democracia e expliquei brevemente a premissa desses três objetivos.

Em relação à busca da verdade, para que isso ocorra é necessário que haja um cenário propício para um debate saudável que levará à tomada de decisões. Um debate saudável pressupõe que os participantes de tal debate estarão inclinados a ouvir os argumentos apresentados na discussão, não para refutá-los de imediato, mas para realmente refletir sobre eles e, eventualmente, até mudar de opinião. Um debate em que o *hate speech* esteja presente não proporciona um cenário adequado para a troca de ideias, pois consiste em um ataque às pessoas. Esse ataque geralmente leva a uma retaliação ou ao abandono do debate. Dessa forma, o *hate speech* e a busca da verdade são incompatíveis.

Acerca da relação entre *hate speech* e democracia, insta salientar que esta pressupõe a garantia da liberdade de expressão, mas também da igualdade, exatamente o que é negado pelo *hate speech*. O *hate speech* fomenta a visão de que certos grupos são inferiores quando comparados a outros, legitimando a discriminação e a segregação desses grupos. A partir desse conceito e da noção de que algumas ideias podem destruir o Estado democrático nasceu a ideia da democracia militante, a qual defende que ideias radicalmente antidemocráticas, como aquelas relacionadas ao *hate speech*, devem ser proibidas. Daniel Sarmiento sustenta que em democracias maduras as chances de o Estado democrático “cair” através de tomadas de poder por adversários de seus princípios elementares são muito remotas. Para o constitucionalista, o *hate speech* apenas prejudica o funcionamento do processo democrático. Vejamos:

Prejudica, porque tende a produzir dentre as suas vítimas ou o revide violento ou o silêncio humilhado. No primeiro caso, há riscos evidentes para a paz social e para a ordem pública. Ao invés de uma discussão voltada para o bem comum, corre-se o risco de deflagração de uma verdadeira guerra no espaço público, em que a política ver-se-ia reduzida ao modelo de Carl Schmitt, de batalha entre inimigos, que é tudo menos democrático.

No segundo caso, as vítimas do ódio, oprimidas, humilhadas e sentindo-se deserdadas por um Estado que se recusa a protegê-las, retraem-se e abandonam a esfera pública. O resultado é prejudicial não só a elas, que são privadas do exercício efetivo da sua cidadania, como a toda a sociedade, que perde o acesso a vozes e pontos de vista relevantes, cuja expressão na arena pública

enriqueceria e pluralizaria o debate público. Neste sentido, é plausível a afirmação de que a liberação do *hate speech*, no cômputo geral, produz menos discurso do que a sua restrição⁷⁴.

Por reafirmar ideias de inferioridade de certos grupos, o *hate speech* faz com que as ideias trazidas ao debate por esses grupos sejam, ainda que inconscientemente, desvalorizadas. Portanto, o *hate speech* prejudica sim o debate plural, prejudicando a democracia e o autogoverno.

Passando a analisar a relação entre *hate speech* e autonomia e autorrealização individual, deve-se destacar que a faculdade de exprimir ideias e pensamentos é uma dimensão essencial da dignidade da pessoa humana⁷⁵. Como mencionado ao tratarmos da relação entre *hate speech* e os demais objetivos da liberdade de expressão, o discurso de ódio tem o condão de silenciar as vozes dos grupos estigmatizados e de desvalorizar as opiniões por eles emitidas. Não é difícil perceber, portanto, que o *hate speech*, priva esses grupos da possibilidade de autorrealização. Porém, também é verdade que a restrição da liberdade de expressão, até mesmo de discursos de ódio, atinge a esfera individual daqueles que possuem e desejam emitir essas ideias. Desse modo, a restrição da liberdade de expressão em razão do *hate speech* diminui a autonomia e autorrealização de uma parcela da população, enquanto promove a de outra.

3.3. O tratamento do *hate speech* na experiência jurídica estrangeira

Nesse tópico, busco analisar o modo como os limites à liberdade de expressão são impostos em dois países de grande tradição jurídica no âmbito da liberdade de expressão – Estados Unidos da América e Alemanha – com o propósito de entender quais as influências das teorias e argumentos invocados naqueles sistemas jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro. Vale ressaltar que a escolha por esses dois países se deu exatamente pela drástica diferença entre o tratamento dado à matéria naqueles Estados.

3.3.1. EUA

Como já explanado anteriormente, a liberdade de expressão é o direito fundamental mais fortemente valorizado no ordenamento jurídico norte americano. A

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 238-239.

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 242.

jurisprudência norte americana é firme no sentido de proteger as mais variadas manifestações, inclusive as de ódio e de intolerância, atribuindo um peso muito maior à liberdade de expressão. Como exemplo, pode-se citar que a Suprema Corte americana entende ser constitucional a divulgação do nome de vítimas de estupro, claramente colocando a liberdade de expressão em posição superior a outro direito igualmente fundamental, o direito de privacidade da vítima.

Antes de iniciar a exposição de *leading cases* acerca da liberdade de expressão nos EUA, cabe esclarecer a dogmática norte americana a respeito da limitação desse direito fundamental. A limitação pode ser baseada no conteúdo do discurso ou baseada no ponto de vista. Em suma, a limitação baseada no conteúdo do discurso é gênero e limitação baseada em ponto de vista é espécie. Sem embargo, a restrição baseada no conteúdo, em regra, não discrimina entre pontos de vista diferentes. Já a restrição baseada em ponto de vista é o oposto e implica em discriminação relativa à posição adotada pelo agente. As restrições consideradas neutras em relação ao seu conteúdo são mais facilmente aceitas.

Brandenburg vs. Ohio é um dos casos mais emblemáticos da jurisprudência americana. Nele, a Suprema Corte Americana, ao ser confrontada com o caso de um líder da *Ku Klux Klan* condenado pelo estado de Ohio pelo delito de apologia ao crime, reformou tal condenação ao considerar inconstitucional a lei do estado que tipificou o delito. A Suprema Corte, sem sequer avaliar a questão do racismo que claramente estava presente no caso (Brandenburg organizou e promoveu um evento da KKK no qual participantes proferiram palavras de ordem contra afrodescendentes e judeus), entendeu que a lei do estado de Ohio punia a defesa de uma ideia, sendo incompatível com a liberdade de expressão, nos seguintes termos:

As garantias constitucionais da liberdade de expressão e liberdade de imprensa não permitem que o Estado proíba a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando esta defesa seja direcionada a incitar ou promover ação ilegal, e seja adequada ao incitamento ou à produção desta ação⁷⁶.

Percebe-se, portanto, que posições tão racistas e radicais como aquelas proferidas por movimentos como a KKK estão sob a proteção da liberdade de

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 214.

expressão nos EUA, pois a Suprema Corte daquele Estado entende que “restrições ao *hate speech* envolvem limitações ao discurso político baseadas no ponto de vista do manifestante⁷⁷” e essas são consideradas, em regra, inconstitucionais. Com exceção das manifestações que possuam a faculdade de provocar imediatas reações violentas da audiência (doutrina das *fighting words*), todos os pontos de vistas, não importa o quão cruéis ou desumanos sejam, são protegidos pela liberdade de expressão nos EUA.

Passemos a falar da exceção, a doutrina das *fighting words*. Esta foi elaborada pela Suprema Corte americana no caso *Chaplinsky v. New Hampshire*. Neste caso, o acusado, Chaplinsky, ofendera um agente público da cidade de Rochester enquanto era acompanhado até a delegacia da cidade. A partir daí, foi condenado por uma corte municipal por ter infringido a lei que tipificava como crime o ato de ofender terceiros em público⁷⁸. O acusado recorreu ao Tribunal Superior de New Hampshire e à Suprema Corte de New Hampshire, mas ambos mantiveram a condenação. Finalmente, o caso chegou à Suprema Corte dos EUA a quem coube avaliar se a condenação de Chaplinsky implicava em desrespeito à Primeira Emenda, que trata da liberdade de expressão. A Suprema Corte entendeu que não havia ofensa à Primeira Emenda, pois algumas ocasiões precisamente definidas e rigorosamente delimitadas devem ser prevenidas e podem ensejar punições. Dentre essas hipóteses encontram-se as *fighting words*, que foram definidas como aquelas palavras “que por sua própria expressão infligem dano ou tendem a incitar uma violação imediata da paz”⁷⁹, em tradução livre. O Justice Frank Murphy, redator da decisão do caso, ainda destacou:

Tais palavras ou epítetos são vistos como tendo pouco ou nenhum valor social – sendo este superado pelo interesse que tem a sociedade em manter a moralidade e ordem – e incapaz de promover o diálogo público ou o compartilhamento de ideias⁸⁰.

É necessário ressaltar que a doutrina das *fighting words* objetiva a garantia da ordem pública e não a proteção dos direitos das vítimas, demonstrando, novamente,

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. op. cit., loc. cit.

⁷⁸ COLUMBIA UNIVERSITY, Global Freedom of Expression. *Chaplinsky v. New Hampshire* case analysis. Disponível em: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/chaplinsky-v-new-hampshire/>>. Acesso em: 08/06/2018.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Idem.

que a liberdade de expressão é protegida com mais afinco quando comparada com outros direitos fundamentais da pessoa humana. A exceção que acabou de ser exposta mostrou a colisão da liberdade de expressão com um direito da coletividade, da própria estabilidade estatal.

Mesmo a doutrina das *fighting words* foi relativizada pela Suprema Corte americana. No caso *R.A.V. v. City of St. Paul* essa teoria foi relativizada em favor de manifestações racistas, no que a Suprema Corte invalidou a condenação de um grupo de jovens que colocaram um símbolo da KKK no quintal de uma família afrodescendente pois considerou que a lei criminalizou a conduta de forma parcial. Conforme exposto na obra de Daniel Sarmento:

Nas palavras de [o Justice] Scalia, para a lei em discussão, “cartazes contendo algumas palavras – ofensas raciais odiosas, por exemplo – seriam proibidas para os proponentes de todos os pontos de vista. Mas ‘fighting words’ que por si só não invocassem raça, cor, credo, religião ou gênero – afirmações sobre a mãe de alguém, por exemplo – poderiam aparentemente ser usadas à vontade nos cartazes daqueles que defendessem a tolerância e a igualdade raciais, de cor, etc., mas não poderiam ser usadas pelos seus oponentes”. Isto, segundo a Corte, bastaria para caracterizar a inconstitucionalidade da norma, já que “St. Paul não tem o poder de autorizar um lado do debate a lutar luta livre e requerer que o outro lado siga as regras de etiqueta do Marquês de Queensbury⁸¹”.

Na esteira da tese defendida em *R.A.V. v. City of St. Paul*, a Suprema Corte americana decidiu, no caso *Virginia v. Black et. al.*, ser constitucional uma lei do estado de Virgínia que criminalizara a queima de cruzeiros com o propósito de intimidar qualquer pessoa ou grupo. Na decisão desse caso, restou claro que a difusão de ideias racistas não podem ser punidas, ou seja, são protegidas pela liberdade de expressão, mas atos de ameaça são suscetíveis de repressão e punição. Ressalta-se que a queima de cruzeiros sem o intuito intimidatório não seria passível de repressão.

O que todas essas decisões tem em comum é a ausência de menção ao princípio da Igualdade, previsto na 14^a Emenda da Constituição norte americana, nem à igualdade racial, nem à necessidade de combate ao preconceito e à intolerância. Desse modo, percebe-se que a previsão constitucional da igualdade parece ter uma perspectiva muito mais formal que material; em outras palavras, as

⁸¹ SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 216.

decisões judiciais aparentam não levar em conta a realidade de desigualdade presente no país. Nas palavras de Sarmento, “em matéria de liberdade de expressão, ela ignora a força silenciadora que o discurso opressivo dos intolerantes pode exercer sobre seus alvos”⁸².

Ademais, insta salientar a visão americana de que os direitos e princípios constitucionais vinculam ao Estado, mas não aos particulares. Nesse sentido, manifestações de preconceito e intolerância proferidas pelo Estado poderiam vir a ser consideradas inconstitucionais, mas o mesmo comportamento praticado por particulares tornam-se “indiferentes constitucionais”. Por esse motivo, grandes discussões acerca da questão surgem no âmbito das universidades privadas, que se encaixam nessa hipótese⁸³.

Em suma, nos EUA a jurisprudência consolidada – e que parece não estar em vias de mudança – é de que o *hate speech* é uma manifestação legítima da liberdade de expressão e, portanto, protegido constitucionalmente. Raríssimas são as restrições à liberdade de expressão aplicadas naquele país, estando concentradas, basicamente, nas hipóteses que possam gerar imediato distúrbio na paz e ordem públicas. Embora a jurisprudência seja sólida, a academia e principalmente a sociedade divergem sobre o assunto, provavelmente porque estão, principalmente esta última, mais próximos da realidade social do país.

3.3.2. Alemanha

Como iniciei a análise da jurisprudência internacional examinando a posição norte americana, e considerando que as ideias lá adotadas podem ser caracterizadas como, no mínimo, preocupantes e contrárias à busca de uma sociedade mais justa e igualitária, é compreensível que no exame de jurisprudências de outros países realize-se uma certa comparação com o tratamento da liberdade de expressão nos EUA.

Dito isso, o tratamento da liberdade de expressão e de suas restrições no ordenamento jurídico alemão não podia ser mais diferente quando comparado ao tratamento norte americano. Logo de início, a Lei Fundamental da Alemanha não

⁸² SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 217.

⁸³ Cf. DISCUSSÕES SOCIAIS. Cara Gente Branca. Los Angeles: Netflix, 28 de abril de 2017. Série de TV.

apenas garante a liberdade de expressão como também permitiu expressamente restrições a essa liberdade (ao contrário da redação de viés aparentemente absoluto da Primeira Emenda à Constituição Americana).

A Lei Fundamental Alemã consagra a liberdade de expressão nos seguintes termos:

Todos têm o direito de livremente expressar e disseminar a sua opinião e de se informar sem restrições a partir de todas as fontes acessíveis. A liberdade da imprensa e da comunicação através do rádio e do cinema são garantidas. Não haverá censura.

Acerca da possibilidade de restrição, aquele instrumento dispõe que “não terão outros limites que os preceitos das leis gerais, as regras de proteção dos menores e o direito à honra pessoal”. A liberdade de expressão, embora seja de vital importância e esteja garantida como um direito fundamental, não está em posição de superioridade em relação aos demais direitos. Na verdade, o valor máximo da ordem jurídica alemã é a dignidade da pessoa humana, estando consagrada no art. 1º da Lei Fundamental: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todas as autoridades estatais.”. Essa centralidade está fortemente relacionada com o contexto histórico prévio à elaboração do texto – final da 2ª Guerra Mundial e horrendas consequências provocadas pelo regime nazista pelo qual passou a Alemanha naquele período, em que milhares e terríveis crimes contra a pessoa humana foram cometidos – e influenciou posteriormente até mesmo a Constituição Brasileira de 1988.

Na Alemanha adota-se a concepção dual acerca da liberdade de expressão, no sentido de que ela consiste em um direito subjetivo essencial para a autorrealização do indivíduo ao mesmo tempo em que, numa concepção objetiva, é elemento constitutivo da ordem democrática:

O direito fundamental à liberdade de expressão da opinião é a mais direta expressão da personalidade humana em sociedade ... Para um Estado livre e democrático, ele não é nada menos do que constitutivo, por que é apenas através dele que o constante debate intelectual, o confronto de opiniões, que é o seu elemento vital, torna-se possível ... Ele é de certa maneira a base de qualquer tipo de

liberdade, a matriz, a indispensável condição de quase toda outra forma de liberdade.⁸⁴

Nessa linha, entende que o direito à liberdade de expressão enseja ao Estado tanto o dever de agir negativamente, para abster-se de interferir no direito de manifestação dos indivíduos (vide a proibição de censura), quanto o dever de agir positivamente, promovendo o pluralismo de opiniões e ideias na televisão. E, mais uma vez na linha oposta ao pensamento norte americano, a jurisprudência alemã sustenta que a liberdade de expressão, como valor objetivo da ordem constitucional, atinge as relações entre particulares, e não vincula apenas ao Estado.

A Alemanha adota a teoria da democracia militante, explicada em tópico supra. Para efetivar essa concepção, foram previstos alguns mecanismos que estão dispostos na própria Lei Fundamental alemã. Entre eles consta a vedação da criação de associações “dirigidas contra a ordem constitucional ou contra a ideia de entendimento entre os povos” (art. 9º), a faculdade de decretação de privação dos direitos fundamentais, pela Corte Constitucional para aquele que abusar das liberdades constitucionais no intuito de “combater a ordem constitucional liberal e democrática” (art. 18), e a proibição da existência de partidos políticos que, seja por objetivos declarados ou por comportamento dos seus filiados, proponham-se a atingir ou eliminar “a ordem constitucional liberal e democrática ou pôr em risco a existência da República Federal da Alemanha” (art. 21)⁸⁵.

Além dessas disposições da Lei Fundamental, o direito infraconstitucional alemão também dispõe de mecanismos para combater a prática do *hate speech*. Por exemplo, a incitação ao ódio, insulto ou ataque à dignidade humana de partes da população ou de grupos identificados pela nacionalidade, raça, etnia ou religião constitui crime tipificado pelo Código Penal alemão. Além disso, a participação em organizações neonazistas e a exibição de símbolos, bandeiras, uniformes e saudações nazistas são puníveis. Também é proibido a realização de reuniões ou manifestações em que seja praticado o *hate speech*, sendo possível a dissolução imediata dessas reuniões pelas autoridades públicas; é proibido a veiculação de programas de rádio e televisão que promovam a discriminação, incitem ao ódio, difamem ou ridicularizem grupos raciais, religiosos, étnicos ou nacionais; e a

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 226

⁸⁵ Ibidem. loc. cit.

legislação civil do país prevê a possibilidade de ajuizar ações injuntivas e de reparação de danos morais por aqueles que forem atingidos pelo *hate speech*⁸⁶.

O caso mais emblemático acerca de *hate speech* que chegou à Corte Constitucional alemã tratou do tema de negação do Holocausto. Neste caso, a Corte alemã precisou avaliar a constitucionalidade de um ato do governo da Baviera que autorizara realização de um congresso para o qual estava convidado o mais conhecido “historiador” revisionista, David Irving, sob a condição de que, no evento, não se sustentasse a tese de que o Holocausto não teria acontecido. Na ocasião, o Tribunal alemão depreendeu que negar a ocorrência do Holocausto não constitui apenas uma opinião mas consiste na afirmação de um fato e entendeu que a afirmação de um fato inverídico, por não contribuir para a formação da opinião pública, não está protegida pela liberdade de expressão. Ademais, salientou que “a singularidade do Holocausto o teria convertido em elemento constitutivo da própria identidade do cidadão de origem judaica”, e negar esse acontecimento implicaria em propagar ainda mais a discriminação contra o povo judeu. Por esses motivos, a Corte Constitucional reconheceu como legítima a restrição à liberdade de expressão realizada pelo governo da Baviera.

Em outro caso relacionado com os fatos ocorridos na 2ª Guerra Mundial e levado à julgamento para verificação da restrição da liberdade de expressão analisou-se a inclusão de um livro que defendia a tese de que a Alemanha não era culpada pela eclosão da 2ª Guerra na lista de livros considerados “imorais” ou “perigosos” pelo Governo. Deve-se ressaltar que esse livro não negava a ocorrência do Holocausto. A Corte Constitucional decidiu, nesse caso, que o livro não consistia em afirmação de fatos, mas sim em manifestação de opinião, matéria na qual não caberia o requisito interno da correspondência à verdade. Dessa forma, prevaleceu a liberdade de expressão⁸⁷.

A análise da legislação alemã e desses dois julgamentos como exemplos da jurisprudência adotada pela Corte Constitucional mostra que o sistema jurídico alemão não protege o *hate speech*, mas consegue distingui-lo de manifestações que, embora desagradáveis, configuram legítima expressão de opinião. Assim,

⁸⁶ Ibidem. p. 228-229.

⁸⁷ Ibidem. loc. cit.

mantém a necessária proteção desse direito fundamental bem como de outros direitos fundamentais igualmente importantes. Nas palavras de Sarmento:

Há, no confronto com as liberdades comunicativas, uma proteção mais intensa dos direitos da personalidade de minorias em situação de desvantagem, como os judeus e deficientes físicos. A metodologia empregada para solucionar as colisões de direitos é sempre a ponderação de interesses, realizada sobre o background de um sistema axiológico em cujo centro está o princípio da dignidade humana. Este modelo germânico pode ser explicado não só a partir da ordem constitucional positiva alemã, mas também da sua cultura jurídica e humanitária, ainda fortemente influenciada pelo trauma do Nacional-Socialismo, que não transaciona com os atentados contra a dignidade individual, e nem está disposta a correr o risco do surgimento de algum novo monstro que possa ser nutrido por um excesso de tolerância com o intolerante.⁸⁸

3.4. O tratamento do Hate Speech no Brasil

3.4.1. Considerações Iniciais

No segundo capítulo deste trabalho, ao proceder à análise da liberdade de expressão na legislação brasileira, demonstrou-se que a Constituição Federal de 1988 deve ser interpretada sistematicamente, levando-se em consideração os princípios fundamentais nela expressos e os objetivos fundamentais da República brasileira. Nessa esteira, argumentei que a liberdade de expressão deve ser interpretada sempre à luz do princípio da dignidade humana, corolário do Estado Democrático de Direito, e dos demais direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, em especial o princípio da Igualdade disposto logo no *caput* do art. 5º - “todos são **iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade” (grifo meu) – que é corroborada pelo inciso XLV do mesmo artigo, o qual prevê punição para atentados contra direitos fundamentais – “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Não há, nem na Constituição brasileira nem em legislação infraconstitucional, disposição expressa que vise a coibir a manifestação de *hate speech*. Desse modo, sem comandos legislativos estritos ao se deparar com casos envolvendo a restrição da liberdade de expressão em virtude de *hate speech*, o Supremo Tribunal Federal

⁸⁸ Ibidem., p. 230.

precisou se valer de uma interpretação constitucional normativa e, principalmente, axiológica, bem como considerar os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário para chegar a uma decisão. O caso mais emblemático da jurisprudência brasileira é o chamado caso Ellwanger, que será detalhado no tópico a seguir.

3.4.2. O Caso Ellwanger

O caso de Ellwanger chegou ao STF pela via do Habeas Corpus, pelo qual o paciente, Siegfried Ellwanger, escritor e editor de diversos livros com conteúdo antissemita e que negavam a ocorrência do Holocausto, tentava invalidar a condenação que lhe fora imposta pelo crime de discriminação racial, tipificado com a seguinte redação: “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”⁸⁹.

O caso foi analisado sob duas perspectivas: em primeiro lugar, o STF examinou se manifestações de cunho antissemita seriam caracterizadas como episódios de racismo, para desse modo, confirmar a imprescritibilidade da conduta praticada por Ellwanger. Em seguida, analisou uma questão levantada de ofício pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que arguiu se seria possível incidir o tipo de penal de racismo sobre atos como os de escrever e editar livros, considerando a garantia constitucional da liberdade de expressão.

Em relação à primeira discussão, após intensos debates a respeito do conceito de raça, prevaleceu a tese de que o conceito de raça decorre de uma construção sociocultural; o conceito biológico de raça foi afastado após a demonstração, pelo sequenciamento do genoma humano, de que não há diferenças biológicas entre os seres humanos, sendo estes todos iguais. Tendo esse conceito em vista, considerou-se que o povo judeu “através de um conteúdo meramente político-social”⁹⁰ é dividido em uma raça, pressuposto de onde se origina o racismo e provoca segregação. Dessa forma, o crime de discriminação racial era aplicável à conduta e, conseqüentemente, o crime praticado por Ellwanger era imprescritível.

⁸⁹ STF. Habeas Corpus: HC 82.424 RS. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 19/03/2004. Portal STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20%2082424>> . Acesso em: 09/06/2018.

⁹⁰ Idem.

Acerca da possibilidade ou não de criminalizar a elaboração e edição de livros com ideias discriminatórias em razão do direito à liberdade de expressão, a Corte utilizou o método da ponderação de interesses e concluiu que a dignidade humana das vítimas do *hate speech* se sobrepunha à liberdade de expressão, que poderia ser restringido. Vale destacar, aqui, alguns trechos que sumarizam, no âmbito do tratamento do *hate speech*, a decisão do Supremo naquele caso:

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção radical definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o Holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discriminar com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, parágrafo 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os crimes contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica⁹¹.

Isto posto, resta claro que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendeu que a liberdade de expressão pode ser restringida em casos de *hate speech*.

3.4.2. O Caso Bolsonaro no Clube Hebraica

Caso atual e, de certa forma, semelhante ocorreu em 2017 envolvendo um discurso proferido pelo deputado Jair Bolsonaro durante palestra realizada no Clube Hebraica RJ. O episódio culminou no ajuizamento de uma Ação Civil Pública⁹² pelo

⁹¹ STF. Habeas Corpus: HC 82.424 RS. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 19/03/2004. Portal STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>> . Acesso em: 09/06/2018.

⁹² JFRJ. Ação Civil Pública: ACP 0101298-70.2017.4.02.5101. e-DJF2: 29/09/2017. ProcWebJFRJ. Disponível em: <<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/mostraarquivo.asp?MsgID=0355B1971106403A8B90BD6909>>

Ministério Público Federal contra o deputado, em razão das manifestações claramente ofensivas e de cunho racista que aquele expressou na ocasião. Nas palavras do MPF, “as palavras proferidas pelo réu não tiveram apenas o intuito de expressar opinião política, mas de ofender os povos quilombolas, além de outras minorias”. Apesar de ainda estar em tramitação perante a 26ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, já houve prolação de sentença em primeiro grau e julguei importante trazer à baila tal decisão e seus fundamentos.

Em sua inicial, o MPF sustentou que o réu,

Com o intuito de divulgar sua plataforma política, ofendeu, ultrajou, depreciou e ridicularizou a população negra e os indivíduos pertencentes às comunidades quilombolas, bem como incitou a discriminação contra estes referidos povos.

A conduta do deputado, que me parece ter sido fielmente descrita pelo Parquet em sua inicial, corresponde claramente ao que conceituamos no início deste capítulo como *hate speech* e o pedido formulado pelo órgão ministerial – pagamento de indenização por danos morais coletivos – em razão do discurso emitido pelo réu corresponde a uma forma de restrição do direito à liberdade de expressão. Não irei adentrar aqui na discussão acerca da incidência ou não de imunidade parlamentar. O propósito dessa análise é mostrar como manifestações discriminatórias estão presentes em nossa sociedade, inclusive sendo exprimidos por indivíduos que são os representantes do povo no âmbito político, e como tribunais inferiores vem tratando esse tipo de caso.

A sentença condenou o deputado Jair Bolsonaro ao pagamento de indenização por danos morais por ter, nas palavras da magistrada, inegavelmente proferido “palavras ofensivas e desrespeitosas, passíveis de causar danos morais coletivos”. A decisão foi baseada no entendimento de que o direito fundamental à liberdade de expressão não é absoluto, “encontrando limites éticos, morais e sociais de respeito ao próximo e à coletividade”. Cabe ressaltar um trecho da sentença do juízo:

Reitero ser garantido ao réu, com base na liberdade de expressão do pensamento e na imunidade parlamentar, previstas nos artigos 5º, IV, e 53 da CF, a manifestação de sua opinião acerca da demarcação de terras à comunidade quilombola, das problemáticas

que envolvem a questão de acordo com seu conhecimento e experiência, e dos métodos políticos que entenda razoáveis acerca do assunto, mas, de forma alguma, seja na qualidade de cidadão comum ou de parlamentar, é lícito ao mesmo ofender, constranger ou desrespeitar pessoas ou grupos.

Resta claro que no entendimento da magistrada a cargo do julgamento da ACP em questão as manifestações do deputado consistiram em hate speech – entendimento este compartilhado neste trabalho – e, em consonância com a jurisprudência consolidada pelo STF, não foi protegido pelo direito fundamental à liberdade de expressão.

CONCLUSÃO

Início esta conclusão destacando novamente a importância, ou melhor, a indissociabilidade entre a liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana e a democracia. Manifestar suas próprias ideias e contestar a dos outros é essencial para afirmar a autonomia da pessoa que, assim, não fica submetida a nenhuma outra. E considerando que os direitos fundamentais vêm sendo considerados exigências para a concretização da dignidade humana, é visível a relação aqui apresentada.

Ao falar em restrição da liberdade de expressão em razão de hate speech tem-se, de um lado, a possibilidade de restrição de um direito fundamental essencial para, como afirmado, a concretização da dignidade humana. Porém, a alternativa, proteger o *hate speech* ao enxergá-lo como manifestação legítima da liberdade de expressão, também fere a dignidade da pessoa humana. O *hate speech* provoca uma avalanche de sentimentos naqueles que sofrem com esses ataques. Hoje, com o avanço dos estudos em sociologia e psicologia, sabemos que manifestações de ódio, desprezo e discriminação podem causar intenso sofrimento, desde psicológico até físico, às pessoas, o que atinge diretamente sua autoestima e sua capacidade de desenvolvimento pessoal. Percebe-se, assim, que o *hate speech* tem o condão de ferir a própria dignidade da pessoa e do grupo ao qual o discurso é direcionado.

Estamos diante de um conflito cuja solução é complexa, mas possível, embora não livre de discussões e polêmicas. Neste trabalho busquei elucidar os principais argumentos e teorias aplicados aos casos de colisão entre esses direitos fundamentais ao examinar casos emblemáticos da jurisprudência americana, além

e, claro, brasileira. Enquanto a jurisprudência americana é sólida no sentido de que a liberdade de expressão é o direito mais protegido no país, protegendo inclusive manifestações de ódio, a questão é diferente na Alemanha e no Brasil. Em ambos os países o *hate speech* não é aceito, conseqüentemente, nesses casos, a liberdade de expressão é restringida. Entretanto, a preocupação com a garantia da liberdade de expressão e com a necessidade de se ter cautela ao restringi-la ficou evidente nos julgamentos principais dos dois Estados. Especialmente no Brasil, o Caso Ellwanger ensejou profundas discussões entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal que, ao final do julgamento, utilizando a técnica da ponderação de interesses, concluíram pela restrição da liberdade de expressão em casos de manifestações de ódio (naquele caso, atos de antissemitismo).

De acordo com a análise realizada sobre como a restrição da liberdade de expressão em casos de *hate speech* afeta os principais objetivos aspirados por esse direito fundamental, percebeu-se ser justificável sua restrição, pois seus benefícios para as vítimas do *hate speech* superam em muito os eventuais prejuízos do emissor do discurso. Além disso, cabe ressaltar que a restrição ao discurso de ódio provavelmente não irá mudar a mentalidade do emissor, porém, o Estado demonstrará aos grupos atingidos pelo discurso que está engajado em ampará-los. Dessa forma, manifesta de forma concreta que preocupa-se em promover a seus cidadãos a igualdade consagrada pela Constituição brasileira.

Após todo o exposto neste trabalho, acredito ter restado claro que o *hate speech* provoca diversos efeitos negativos tanto individualmente, sobre os alvos daqueles discursos, quanto coletivamente, ao perpetuar um estado de tensão entre os grupos discriminados e os discriminadores. Mesmo aqueles que em tese não se enquadram em nenhum dos dois grupos – nem vítima do *hate speech*, nem propagador de discurso de ódio - não estão imunes a seus efeitos, uma vez que a extrema polarização e os perigosos embates que dela decorrem atingem a todos, sem distinção. Como exemplo, em nosso país, podemos ver uma categorização entre “coxinhas” e “petralhas”. Com bastante frequência vemos pessoas que não possuem inclinações político-partidária serem rotuladas em uma dessas categorias e até mesmo execradas por isso apenas por defenderem alguma ideia mais ou menos conservadora ou liberal.

O hate speech eleva a intolerância a níveis quase inimagináveis. Digo quase, pois, infelizmente, nos últimos anos temos visto acontecer eventos explícitos de intolerância e promoção de ódio contra grupos historicamente discriminados. Episódios como o ocorrido em Charlottesville⁹³, nos EUA, as agressões a muçulmanos na Europa⁹⁴ e, mais recente e próximo da nossa realidade, o ataque a uma sinagoga no Rio Grande do Sul⁹⁵ são um triste lembrete de como as demonstrações de ódio podem chegar a extremos. À vista disso e dos demais argumentos elencados aos longo deste estudo, acredito ser indispensável que os discursos de ódio sejam coibidos e passíveis de punição, o que enseja em restringir a liberdade de expressão do manifestante de tal discurso.

Entretanto, compartilho das preocupações acerca dos limites aos limites da liberdade de expressão. A liberdade de expressão, conforme anteriormente afirmado, é um direito fundamental de extrema importância para que a pessoa humana atinja plenamente suas capacidades, realize-se de acordo com o que entender ser melhor para sua própria vida e, desse modo, viva com a dignidade que lhe é devida. Não é à toa que explicamos ao longo deste trabalho a relação entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana. Ademais, é instrumento imprescindível para fomentar o debate no ambiente público, principalmente no cenário político, estando diretamente relacionada com o autogoverno e a democracia. Nesse sentido, faz-se necessário que cada caso em que a liberdade de expressão esteja vulnerável seja analisado com precisão e clareza, de forma que haja ao menos certos parâmetros a serem seguidos no intuito de evitar que o direito à liberdade de expressão passe a ser restringido arbitrariamente em razão de uma opinião meramente desagradável ou contrária ao que é considerado moralmente aceito pela sociedade.

Por fim, cabe destacar que somente a repressão ao discurso de ódio não é suficiente para alterar uma realidade de profundo preconceito e discriminação que

⁹³BBC Brasil, *'Sou nazista, sim': o protesto da extrema-direita dos EUA contra negros, imigrantes, gays e judeus*. 12/08/2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40910927>>. Acesso em: 10/06/2018.

⁹⁴EL PAÍS, *Islamofobia abala a Londres multicultural*. 25/06/2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/06/24/internacional/1498334460_727859.html> . Acesso em: 10/06/2018.

⁹⁵CORREIO DO POVO, *Investigação de atos antissemitas é tratada no Palácio Piratini*. 24/05/2018. Disponível em: <<https://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Politica/2018/5/651385/Investigacao-de-atos-antissemitas-e-tratada-no-Palacio-Piratini>> . Acesso em: 10/06/2018.

existe praticamente desde que o homem é homem. Aliado à restrição, o debate saudável, sem ataques entre os participantes, deve ser estimulado. Mas, além de estimular o debate, o Estado deve proporcionar espaço para que os grupos vítimas de *hate speech* possam apresentar suas ideias e serem ouvidos da mesma forma que as maiorias são ouvidas. Outras medidas, como políticas de ações afirmativas também podem estar em associação, porém, esse é um tema que merece um estudo próprio. Em suma, o Estado deve atuar positivamente para reduzir as desigualdades entre seus cidadãos e proteger aqueles que estão à mercê da violência direcionada pelo *hate speech*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

American Library Association. Disponível em: <<http://www.ala.org/advocacy/intfreedom/censorship>> Acesso em: 07/06/2018

BARROSO, Luis Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 27ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. Tradução de Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Revista de Direito Público n. 15 p. 117-136, jan./mar. 2007. Trimestral. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/541>>. Acesso em: 09/06/2018.

COLUMBIA UNIVERSITY, Global Freedom of Expression. Chaplinsky v. New Hampshire case analysis. Disponível em: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/chaplinsky-v-new-hampshire/>>. Acesso em: 08/06/2018.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional*. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988*. Publicado em 10/2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2195/democracia-censura-e-liberdade-de-expressao-e-informacao-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em 07/06/2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de: Gustavo Binbenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

JFRJ. Ação Civil Pública: ACP 0101298-70.2017.4.02.5101. e-DJF2: 29/09/2017. ProcWebJFRJ. Disponível em: <<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/mostrarquivo.asp?MsgID=0355B1971106403A8B90BD690961C7B5&timeIni=6490,739&P1=76994222&P2=50&P3=&NPI=486&NPT=486&TI=1&NV=479549&MAR=S>> . Acesso em: 09/08/2018.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. *Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil*. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Quadrimestral.

MAIA, Daniel. *Liberdade de Expressão nas Redes Sociais*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Michaelis Online. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=EK58>>. Acesso em: 07/06/2018.

ONU - Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 31/05/2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13ª Edição revista e atualizada. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2018.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: “Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional”. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 31/05/2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coordenador). Liberdade de Expressão no Século XXI. 1ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

STF. Habeas Corpus: HC 82.424 RS. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 19/03/2004. Portal STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>> . Acesso em: 09/06/2018.

STF. Habeas Corpus: HC 82.424 RS. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 19/03/2004. Portal STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>> . Acesso em: 09/06/2018.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. Revista de Informação Legislativa. Ano 50. Número 200. out./dez. 2013. Trimestral.