
O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUAS POSSÍVEIS LIMITAÇÕES EM RELAÇÃO AO DISCURSO DE ÓDIO

The essential right to freedom of expression and its possible limitations regarding hate speech

Ana Beatriz Rocha Bispo¹

Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira – Luís Eduardo Magalhães/Bahia
anabeatriz.direito22@gmail.com

 <https://lattes.cnpq.br/1782636795231905>

Indiara Monique Frizon Taparello²

Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira – Luís Eduardo Magalhães/Bahia
indy_frizon@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9361698689903128>

RESUMO: O presente trabalho apresenta um estudo de caráter qualitativo, cuja a metodologia é de investigação bibliográfica, onde pretendeu responder a problemática de como o Direito Brasileiro se comporta em relação as limitações da liberdade de expressão, observando o fenômeno do discurso de ódio. A pesquisa aborda uma análise geral a respeito da liberdade de expressão como direito fundamental, expondo suas origens históricas, bem como os primeiros conflitos com outros direitos, como a liberdade de imprensa. Por conseguinte, analisa essa garantia em teor não absoluto, elencando características e possibilidade de regulação infraconstitucional, trazendo como enfoque sua principal restrição que é o *hate speech*. Por oportuno, averigua comportamentos lesivos de indivíduos que utilizam o direito à liberdade de expressão como justificativa para emissão do discurso de ódio em sociedade, trazendo sua caracterização e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal de ponderação, identificando mecanismos capazes de conferir equilíbrio ao exercício do direito à liberdade sem afrontar direitos de terceiros e realizar a efetividade no cumprimento dos preceitos normativos. Não obstante, expõe ao decorrer de seu desenvolvimento, que o exercício da liberdade requer necessário equilíbrio em seu uso, visando coibir discursos discriminatórios e de natureza intolerante, conservando o Estado Democrático de Direito, bem como o livre desenvolvimento da personalidade e dignidade das pessoas. Por fim, conclui que se expressar livremente não significa poder dizer e fazer tudo, pois uma manifestação indevida gera desrespeito, caracterizando um discurso amplo de ódio, acarretando sanções penais e civis.

1 Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira – UniFAAHF, Luís Eduardo Magalhães/BA.

2 Especialista em Direito Constitucional Aplicado e Direito Penal. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira (UNIFAAHF). Professora de Direito Constitucional e de Introdução ao Estudo do Direito no Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira (UNIFAAHF). Assessora Técnico-Jurídica no Ministério Público do Estado da Bahia.

Palavras-chave: liberdade de expressão; limites; discurso de ódio.

ABSTRACT: The present work presents a study of qualitative character, whose methodology is of bibliographic investigation, where it intended to answer the problem of how Brazilian Law behaves in relation to the limitations of freedom of expression, observing the phenomenon of hate speech. The research addresses a general analysis regarding freedom of expression as a fundamental right, exposing its historical origins, as well as the first conflicts with other rights such as freedom of the press. Therefore, it analyzes this guarantee in a non-absolute content, listing characteristics and possibility of infra-constitutional regulation, focusing on its main restriction, which is hate speech. In due course, it investigates harmful behavior of individuals who use the right to freedom of expression as a justification for issuing hate speech in society, bringing its characterization and the current understanding of the Federal Supreme Court of weighting, identifying mechanisms capable of giving balance to the exercise of the right freedom without affronting the rights of third parties and achieving effectiveness in complying with normative precepts. However, it exposes in the course of its development, that the exercise of freedom requires a necessary balance in its use, aiming to curb discriminatory and intolerant speeches, preserving the Democratic State of Law, as well as the free development of people's personality and dignity. Finally, it concludes that expressing oneself freely does not mean being able to say and do everything, as an undue manifestation generates disrespect, characterizing a broad speech of hate resulting in criminal and civil sanctions.

Keywords: freedom of expression; limits; hate speech.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO; 1.1 BREVE HISTÓRICO; 1.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL; 2 LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO; 2.1 LIBERDADE POSITIVA E NEGATIVA; 2.2 POSSIBILIDADES DE REGULAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO; 3 DO DISCURSO DE ÓDIO; 3.1 DISCURSO DE ÓDIO *VERSUS* LIBERDADE DE EXPRESSÃO; 3.2 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF); CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O tema proposto é atual e relevante aos interesses sociais, pois o discurso de ódio se constitui como incitamento ao ódio por meio de atos ou comunicações que inferiorize uma pessoa ou grupo. A pesquisa realizada acerca da liberdade de expressão e seus possíveis limites à luz do discurso de ódio torna-se essencial, pois se trata de direito fundamental garantido a todos os indivíduos que compõem a sociedade, uma vez que ao se relacionar com os direitos personalíssimos (intransmissíveis e irrenunciáveis) vincula ainda mais força, sendo ambos direitos garantidores do bem-estar e acarretam a possibilidade de reclamação quando sofrem infração (penal ou não).

Desse modo, vale afirmar que foram levantadas as devidas ponderações e ressalvas sobre a liberdade de expressão e sua importância diante de uma sociedade democrática, sendo uma ferramenta que garante a efetivação de uma variação de direitos que são postos em prática através da manifestação do indivíduo.

Partindo dessas prerrogativas, é oportuno dizer que a liberdade de expressão é um direito fundamental legislado no artigo 5º da Constituição Federal, que representa compreensão em todas as diversidades elencadas no direito à livre expressão do pensamento, na manifestação política e ideológica, bem como artística e religiosa. Diante disso, a principal problemática desse trabalho, foi de justamente entender de que forma o Direito Brasileiro se posiciona em relação a esse direito fundamental e suas possíveis limitações em relação ao fenômeno do discurso de ódio, partindo do pressuposto de que a liberdade de expressão é uma garantia de todos os indivíduos que compõe a sociedade.

Foi analisado objetivamente a liberdade de expressão como direito fundamental não absoluto quando visualizado de uma vertente de proferição do discurso de ódio. O entendimento que defende o absolutismo da liberdade de expressão é prejudicado ao esbarrar na dignidade humana, pois no Brasil e em diversos países do globo, já prevalece a reprovação e punição de discursos de intolerância. Portanto, apesar da importância da liberdade de expressão para consagração do Estado Democrático de Direito brasileiro, não se atribui ao ordenamento jurídico pátrio a condição de direito absolutamente imune a quaisquer restrições e constrangimentos, nem de estabelecer uma hierarquia *a priori* entre as normas constitucionais.

Ademais, é imperioso ressaltar, que a pesquisa aborda a proteção da liberdade de expressão como garantia essencial para democracia, bem como o livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade das pessoas, requerendo um equilíbrio em seu uso, destacando que expressar-se livremente não significa poder dizer tudo, pois a livre expressão indevida gera desrespeito a direitos de outros indivíduos, caracterizando um discurso amplo de ódio e acarretando em diversas vezes sanções penais.

A metodologia de abordagem foi de cunho dedutivo e caráter qualitativo, onde as técnicas aproveitadas para a coleta de dados e para a análise dos mesmos foi de investigação bibliográfica em material teórico sobre o assunto, como livros, artigos e teses.

O presente estudo traz o limite do discurso ódio à liberdade de expressão, podendo contribuir para resolução de conflitos, posto que em certas ocasiões discursos vêm a decorrer de manifestações intencionalmente ofensivas e discriminatórias, atentando contra a dignidade da pessoa humana. Diante disso, surgem conflitos de direitos fundamentais, principalmente

pelas diversas conceituações e interpretações da concepção de manifestação de pensamento individual.

O primeiro capítulo aborda a liberdade de expressão de modo geral, expondo o seu desenvolvimento histórico até sua importância dos dias atuais colocando-o em posição de direito fundamental. Por outro lado, o segundo capítulo expõe claramente as possíveis limitações a essa garantia apresentando possibilidades de normas infraconstitucionais regulamentadoras, abordando uma posição liberal e republicana de liberdade positiva e negativa.

Por fim, o terceiro e último capítulo termina a pesquisa apresentando o fenômeno do *hate speech*, conceituando-o e constatando que este trata-se de uma limitação para liberdade de expressão reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal através de julgamentos já realizados. Por conseguinte, expõe um diferencial entre o discurso de ódio e a liberdade de expressão, surgindo, por si, uma argumentação para uma viável colisão, apresentando em consequência uma restrição para manifestações expressivas; e finaliza colocando em destaque alguns posicionamentos da Suprema Corte em caso concreto quando há a existência de conflitos entre diferentes direitos.

1 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é um direito e garantia fundamental insculpido no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que se reveste de legitimidade dos poderes, constituindo-se em verdadeiro termômetro da democracia e elemento fundamental para o seu exercício de compreender, promover e torná-la efetiva. Desse modo, é um direito inerente à condição humana, no qual todos possuem a faculdade de expressar seus pensamentos, ideias, opiniões e convicções, pois entende-se que todos os indivíduos, são livres para expressarem seus pensamentos, uns para com os outros, sendo inviolável tal direito.

Nas referências de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, a garantia da liberdade de expressão tutela toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não (MENDES; BRANCO, 2021, p. 626).

Nesse sentido, a liberdade de expressão traz uma intensidade de grande notoriedade, porque engloba e disponibiliza a todos os indivíduos o direito de desfrutá-la, sendo permitidas

manifestações ideológicas, políticas, artísticas, dentre outras, assim como utilizando diversas formas para sua propagação.

Na Constituição de 1988, o termo “liberdade de expressão”, acarreta tanto a liberdade de pensamento, que se restringe aos juízos intelectivos, como também o de externar sensações. Cogita da liberdade de expressão de modo direto no art. 5º, inciso IV, ao dizer que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como no inciso XIV do mesmo artigo, em que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Não obstante, a redação do art. 220 da Lei Maior, dispõe que “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”; e acrescenta, nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, que “nenhuma lei conterà 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”, sendo “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Dessa forma, Canotilho em *Comentários à Constituição do Brasil*, considera que a liberdade de expressão possui ampla proteção, englobando todos os interesses dos indivíduos, bem como seus reflexos na sociedade. Ou seja, sua incidência se dá por intermédio de manifestações escritas ou orais, imagens, além dos novos conceitos de expressão, derivados dos avanços tecnológicos. Ele ainda afirma que a liberdade de expressão deve incidir sobre todo o ordenamento jurídico:

[...] ela acolhe um valor extremamente importante para o funcionamento das sociedades democráticas, que deve ser devidamente protegido e promovido. Este valor deve irradiar-se por todo o ordenamento jurídico, guinando os processos de interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral. Ademais, da dimensão objetiva decorre também o dever do Estado de criar organizações e procedimentos que deem amparo ao livre exercício de tal direito fundamental (CANOTILHO, 2014, p. 256).

Com isso, é possível perceber que existem diversos entendimentos em relação ao real conceito de liberdade de expressão, e mesmo com essas divergências, ela se encontra disposta no ordenamento jurídico sendo um exemplo evidente de amplitude onde os titulares de direitos passam a ser pessoas físicas e jurídicas constituindo direito fundamental ao ser humano. Logo, Branco aduz que a liberdade de expressão é enaltecida como instrumento para funcionamento e preservação do sistema democrático (MENDES; BRANCO, 2021, p. 625).

1.1 BREVE HISTÓRICO

Indubitavelmente, falar em liberdade de expressão atualmente é se remeter a diversos contextos pensando na atividade de informar as pessoas de maneira livre, ou em condenar as ações de um governo, ou de manifestar opiniões contra atos ou preferências de grupos de pessoas. No entanto, a liberdade de expressão nasce com características bastante específicas e somente com decurso do tempo passa a se manifestar com suas diversas especificidades.

Posto isso, em decorrência dos fatos apresentados, é possível realizar um breve histórico da liberdade de expressão que teve seu início a partir da Antiguidade Clássica, onde os homens livres, cidadãos gregos habilitados a pronunciar-se sobre questões sociais, reuniam-se na Ágora (local onde tais pessoas poderiam se expressar livremente e deliberar sobre questões socialmente relevantes). Vale lembrar, que os chamados “homens livres” correspondiam a uma pequena parte da população, visto que não eram considerados cidadãos as mulheres, escravos, ex-escravos e crianças (RABELO, 2016, p. 42).

Posteriormente, na Idade Média, o desenvolvimento da criação intelectual ficava submetido às “verdades” teológicas, onde o Catolicismo era religião oficial e desempenhava um papel de privilégios que influenciava toda sociedade, sendo perseguida qualquer espécie de pensamento, expressão, publicação contrária aos dogmas da Igreja (MACHADO, 2002, p. 19-20).

Diante disso, a liberdade de expressão evoluiu atrelada à luta da separação da Igreja e Estado. Todavia, essa unidade foi rompida com a Reforma Protestante, que marcou o início do desenvolvimento da liberdade de religião, de consciência, de expressão, de comunicação e de imprensa, tendo como principais expoentes os nomes de Roger Williams, John Milton e John Locke (MACHADO, 2002, p. 22-24).

Cumprido ressaltar, que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa estão ligadas desde o começo, uma vez que é a partir do surgimento da imprensa que questões referentes à liberdades de expressão passaram a ser discutidas na sociedade com mais frequência e tangibilidade, havendo uma remoção das formas de censura, possibilitada pelo fortalecimento da economia comercial e industrial da burguesia (MOTA, 2013, p. 12).

Insta esclarecer, que os Estados Unidos da América tiveram um importante papel na evolução da liberdade de expressão em seus vários documentos legislativos objetivando a liberdade do país. Nesse ponto, é possível trazer o primeiro artigo das dez emendas constitucionais denominadas de *Bill of Rights* de 1791, que prevê a ausência absoluta de censura

a qualquer manifestação de pensamento e de imprensa. Essa emenda acarretou o desenvolvimento de uma jurisprudência da Suprema Corte Americana extremamente defensora de uma liberdade de expressão robusta e desinibida (DECLARAÇÃO DE DIREITOS, 1791).

No mesmo sentido, a Revolução Francesa abriu caminho para o fortalecimento da liberdade de expressão, iniciada devido ao fato do número de pessoas letradas ter aumentado exponencialmente, buscando a própria hegemonia, tendo como motivadores as três palavras que escoam mundialmente até os dias de hoje: igualdade, fraternidade e liberdade (condizentes com o credo da Revolução Francesa de 1789).

A internacionalização buscou evitar a repetição de consequências de Guerras Mundiais. Diante disso, cumpre salientar, que a internacionalização da liberdade de expressão ocorreu logo nas primeiras discussões da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), e posteriormente, o Conselho Econômico e Social aprovou (14 de dezembro de 1946) a Resolução 59 que afirmava que “a liberdade de informação é um direito humano fundamental e pedra de toque de todas as liberdades as quais estão consagradas as Nações Unidas” (LEONARDO, 2012).

Por conseguinte, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada trazendo no texto do art. 19 que:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS).

À vista do exposto, faz-se necessária uma análise histórica da liberdade de expressão no Brasil, destacando de pronto que tal direito fundamental esteve presente em todas as Constituições brasileiras, ou sendo limitado pelo texto constitucional ou recebendo mais autonomia, até chegar a atual promulgada em 1988 que eleva a livre expressão como garantia primordial do cidadão. Neste raciocínio, fica claro que a sociedade brasileira conviveu ao longo da história com regimes contrários à democracia e liberdades individuais, tornando a repressão responsável por inspirar na população um desejo pela liberdade de expressar e manifestar seu pensamento.

1.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais são direitos inerentes ao ser humano, como a vida, a

dignidade e a igualdade, que se afirmam como direitos elementares, necessários e indispensáveis para uma existência digna. Diante disso, no âmbito de proteção do direito interno, o direito fundamental da liberdade de expressão está previsto e regulamentado nos artigos 5º, incisos IV/IX e 220, §§ 1º e 2º da Constituição brasileira de 88. Já na seara internacional, é protegida pelo art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo art. 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, pelo art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, pelo art. 13 da Declaração Americana de Direitos Humanos, dentre outros documentos afins.

Como se pode verificar, a liberdade de expressão é consagrada na maioria dos textos constitucionais democráticos, sem nenhuma forma de censura prévia, o que induz a consequente proteção da dignidade da pessoa humana e desenvolvimento da sua personalidade. A Lei Maior de 88 prevê o direito fundamental a liberdade de expressão de forma extensa e com uma reforçada proteção, acarretando a vontade de criar, de se expressar, de comunicar, partindo de valores culturais como manifestação coletiva de uma sociedade compreendendo o comportamento individual, bem como o coletivo.

Vale salientar, que a liberdade no modelo do Estado liberal se caracteriza como direito negativo que limita o Estado para que ele não impeça a manifestação de ideias ou opiniões do indivíduo, opondo-se, portanto, a todo tipo de intrometimento do Estado na esfera particular da pessoa. Quanto aos moldes do paradigma do Estado social, a liberdade de expressão caracteriza-se tanto negativa, como também protetiva, com vistas a estar em conformidade com os interesses da coletividade. É sob essa perspectiva que a liberdade de expressão é considerada um direito fundamental de suma relevância para o desenvolvimento da personalidade humana, incumbindo ao Estado o dever de promover a sua proteção impedindo medidas de restrição, pois assim, qualquer barreira de acesso a tal direito deve sempre ser vista como cautelosa.

Não obstante, é importante lembrar dos princípios de incensurabilidade e do pluralismo. Sendo o primeiro resguardado aos cidadãos a liberdade de comunicar e expressar seus pensamentos livres de impedimentos e interferência, e o segundo de garantir à ampla divulgação de ideais e possibilidade de comunicação de todos os indivíduos (FARIAS, 2008, p. 76).

Todavia, cumpre mencionar, que o princípio da incensurabilidade não garante uma imunidade absoluta ao direito à liberdade de expressão, pois o fato de ser vedada qualquer forma de censura não impede que a liberdade de expressão seja restringida em confronto com outros direitos fundamentais (FARIAS, 2008, p. 78).

Desse modo, a liberdade de expressão não se caracteriza como um direito absoluto, ocorrendo certas ocasiões de colisão com outros direitos fundamentais, que deverá ser solucionado por ponderação, levando em consideração o caso concreto, o ordenamento jurídico e, principalmente, a fundamentação teórica embasada pelos modelos de liberdades que vem influenciando em decisões de Cortes e Tribunais. Posto isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 dispõe em seu respectivo texto a previsão de equilíbrio entre direitos fundamentais:

Art. XXIX - (...) No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e o respeito do direito e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar numa sociedade democrática (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS).

Assim, fica claro que quando há a presença de conflitos entre outros direitos fundamentais e a liberdade de expressão, esta pode vir a sofrer certas limitações. Logo, a partir disso, é possível fazer uma alusão ao princípio da proporcionalidade, que nada mais é que uma proibição à excessos, que visa frear o Estado objetivando garantir liberdades individuais aos cidadãos, evitando que este cometa excessos em razão daquele, seja preventivamente ou repressivamente. Visto isso, Canotilho em *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*, quanto a origem do princípio da proporcionalidade, lembra:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com esse sentido que a teoria do estado o considera, já no século XVIII, como máxima supra-positiva, e que ele foi introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio do direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (Übermassverbot), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (CANOTILHO, 1998, p. 259).

Por esta feita, em observância ao princípio da proporcionalidade, o Estado passa a se importar com uma proteção eficiente dos direitos fundamentais dado às pessoas, observando ainda se tais medidas são ou não suficientes. No contexto ora em estudo, a ponderação é a forma de avaliar se os meios utilizados são proporcionais ou não em relação à finalidade atingida, buscando sempre a conservação de um equilíbrio em diversas situações. Nessa linha de raciocínio, Canotilho afirma que:

(...) os meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’, para se alcançar um

fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim (CANOTILHO, 1998, p. 263).

Vale destacar ainda, que o princípio da proporcionalidade não se encontra expresso na Constituição Federal brasileira, no entanto, esta circunstância não impede seu reconhecimento, sendo assim, o art. 5º, § 2º dispõe que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)". A partir desse contexto da Magna Carta de 1988, pode-se observar que mesmo que alguns princípios não estejam elencados explicitamente em sua redação, estes deverão ser reconhecidos e por consequência respeitados.

Portanto, é possível constatar, que mesmo sendo um direito fundamental garantido, a liberdade de expressão não possui uma imunidade absoluta, podendo vir a sofrer limitações. Entretanto, é notório que há uma existência de preferência em relação a esse direito, haja vista o peso desse princípio para uma sociedade democrática.

2 LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Mediante conformidades expressas na própria Constituinte brasileira de 1988, o direito fundamental à liberdade de expressão não é absoluto, mesmo sendo basilar para o desenvolvimento e conservação do Estado Democrático de Direito. Portanto, para dimensionar satisfatoriamente a liberdade sob comento, cumpre realizar a verificação dos limites impostos ao seu exercício.

Em princípio, é de suma importância dizer que para um indivíduo encontrar abrigo no direito fundamental da liberdade de expressão é necessário que o exercício desta não prejudique ninguém em nenhum de seus direitos. Pois, expressões sem limites podem entrar em conflito com interesses públicos e privados importantes, invadindo, inclusive, o direito à reputação de alguém. Nesse viés, Thomas M. Scanlon afirma que "(...) liberdade de expressão torna-se controversa quando a expressão surge para ameaçar importantes interesses individuais" (Freedom of Expression and Categories of Expression, p. 152 apud TAVARES, André Ramos, 2022, p. 1.096).

Diante disso, Tavares aduz que a existência dessas limitações ao direito à liberdade de expressão se explica tanto pela necessidade de harmonia entre os direitos individuais como por questão de coerência. Tendo em vista, que seria contraditório se essa necessidade fundamental, que é um direito engendrado pelo homem para assegurar e possibilitar sua autodeterminação

individual, estivesse em contradição com essa mesma finalidade, atentando contra o desenvolvimento da personalidade individual e desrespeitando direitos essenciais à própria personalidade (TAVARES, 2022, p. 1.096).

Posto todas essas colocações, é possível expor diversas colisões entre a liberdade de expressões com outros direitos fundamentais, dentre eles estão os direitos à imagem, à identidade pessoal, ao bom nome e reputação, bem como à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Contudo, vale lembrar que qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade para que atenda ao critério da proporcionalidade evidenciando qual princípio deva prevalecer (MENDES; BRANCO, 2021, p. 642-643). Logo, em caso de conflitos entre dois direitos fundamentais, ficará a cargo de um juízo de ponderação, a quem incumbirá a imposição das restrições cabíveis para cada situação que seja apresentada. Diante do assunto, o doutrinador Rodrigo Daniel Silva em uma entrevista afirmou que:

(...) todos os direitos precisam se harmonizar. Eles precisam ser tratados como valores relativos. Meu direito à liberdade de expressão não pode ser exercido de forma absoluta a tal ponto de aniquilar a honra alheia ou o direito de crença do outro. Tudo tem que ter um limite (SILVA. Rodrigo Daniel, 2015).

O questionamento dos limites à liberdade de expressão também busca fundamento na liberdade de imprensa, onde pergunta-se se apenas a “informação verdadeira” é resguardada pelo presente direito, ou se há alguma possibilidade de abrigo para propagação de informações falsas conhecidas como “*fake news*”. Alguns doutrinadores respondem essa questão citando a proibição da propaganda enganosa evidenciada no Código de Defesa do Consumidor (art.30), para afirmar que o conteúdo comercial está obrigado a não distorcer a verdade.

Nesta oportunidade, cabe ressaltar, que o direito de informação tem raiz constitucional supracitado no art. 5º, XIV da CRFB/88, e que essa regra não abriga quem recebe notícias irreais, pois estas não atenderiam ao interesse da coletividade, tendo em vista que informações geram opinião pública e essas devem retratar uma narrativa de cunho verdadeiro estabelecendo uma função social da liberdade de expressão e informação (MENDES; BRANCO, 2021, p. 650).

Desta feita, Gilmar Mendes em constatações sobre o assunto aduz que “a publicação da verdade é a conduta que a liberdade proclamada constitucionalmente protege (...)” (MENDES; BRANCO, 2021, p. 650). Por oportuno, José Afonso da Silva ainda afirma que “a liberdade é direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial” (SILVA. José Afonso da, 2016, p. 249).

Nesses termos, mediante avanço tecnológico, foi tipificado o fenômeno das *fake news* no âmbito eleitoral facilitando o deslocamento de informações disseminadas em processos eleitorais para tipificar o crime de denunciação caluniosa conforme redação da lei nº 13.834/2019 que alterou o texto infraconstitucional da lei nº 4.737/65.

Outro exemplo bastante utilizado como limitação a liberdade aqui comentada, se atenta ao domínio normativo da garantia constitucional da liberdade de expressão para com o contexto em que o discurso é proferido. Essa é uma questão, inclusive, trazida pelo Supremo Tribunal Federal, onde tem destacado que declarações inadmissíveis em outras situações tendem a ser toleradas “no contexto político em que a linguagem contundente se insere no próprio fervor da refrega eleitoral” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 81.885, DJ de 29-8-2003, rel. Min. Maurício Corrêa).

De outro modo, cumpre ressaltar, que a incitação ao discurso de ódio não é tolerado entre indivíduos em suas habitualidades diárias. Pois, certas condutas constituem crime não sendo, conseqüentemente, amparadas pela garantia constitucional da liberdade de expressão.

Dessa forma, a Suprema Corte ensina que os princípios da dignidade humana e da igualdade jurídica devem prevalecer. Uma vez, que contra o discurso de ódio é preciso que se considere o efeito inibidor dessas práticas à plena participação dos grupos discriminados em diversas atividades da sociedade civil, pois a desqualificação dessa conduta fere a finalidade democrática que inspira a liberdade de expressão (MENDES; BRANCO, 2000, p. 188-189).

2.1 LIBERDADE POSITIVA E NEGATIVA

Não é segredo que a liberdade de expressão sempre é lembrada através de um viés de liberdades clássicas, vista sempre sobre um parâmetro de um poder de autodeterminação e reconhecida como direito fundamental. Ante ao exposto, é possível destacar, portanto, as distinções entre a liberdade positiva e a liberdade negativa.

Diante do olhar da liberdade positiva, destaca-se em princípio que esta é visualizada como autogoverno racional no campo individual. Conforme a ideologia do republicanismo o conceito de liberdade emite a uma ideia de autonomia do indivíduo frente aos outros, onde a liberdade de expressão deve ser enxergada como positiva, pois diferencia em cada caso o conteúdo do discurso, a natureza da causa e o valor moral das comunidades locais cuja integridade tenha sido atingida (LOURINHO, 2017, p. 465).

Por outro lado, a liberdade negativa caracteriza-se pela não interferência do poder estatal ou de outro indivíduo, sendo entendida pelo pensamento liberal como a ausência de obstáculos para o exercício da liberdade individual, em que o indivíduo pode agir e decidir o que quiser sem que seja impedido pelo Estado (LOURINHO, 2017, p. 463)

Conclui-se, portanto, que quanto as ideias sobre liberdade, positiva ou negativa, é viável identificar que ambas podem sofrer repressões. Contudo, a liberdade negativa pode ser pensada como um limite à liberdade positiva, regulando o alcance desta. Logo, o indivíduo poderá exercer sua garantia fundamental, podendo essa ser restringida apenas no momento em que uma lei que lhe imponha uma obrigação ou proibição (LOURINHO, 2017, p. 466).

2.2 POSSIBILIDADES DA REGULAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em primeiro momento, é mister esclarecer, que a Constituição é a lei maior de um país e toda norma que não conste do texto constitucional é inferior a ela, sendo essas, portanto, infraconstitucionais.

Diante do exposto, já se considera claro que o direito fundamental à liberdade de expressão possui suas limitações não se tratando de um direito absoluto. Dentre as diversas restrições existentes, é viável afirmar que essas também podem decorrer de regulação infraconstitucional para o exercício dos diferentes direitos fundamentais, sempre partindo do ponto de que toda limitação trata-se de uma conduta de caráter extremamente excepcional.

Por conseguinte, é oportuno constatar, que a Constituição Federal brasileira de 1988, na redação no art. 220, §3º, incisos I e II, apresenta algumas diretrizes que permitem que lei federal regule a 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.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Alexandre de Moraes na sua obra faz alusão a algumas regulamentações de limites à liberdade de expressão no próprio Texto Constitucional de 88, onde evidencia que:

A liberdade de expressão e de manifestação de pensamento não pode sofrer nenhum tipo de limitação prévia, no tocante a censura de natureza política, ideológica e artística. Contudo, é possível à lei ordinária a regulamentação das diversões e espetáculos, classificando-os por faixas etárias a que não se recomendem, bem como definir locais e horários que lhes sejam inadequados. Caberá também à lei estabelecer meios de defesa das pessoas e das famílias quanto a programas de rádio e televisão que descumpram os princípios determinados no art. 221, I a IV, como respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (arts. 220, § 3º, e 221). A inviolabilidade prevista no inciso X do art. 5º, porém, traça os limites tanto para a liberdade de expressão do pensamento como para o direito à informação, vedando-se o atingimento à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (MORAIS, 2017, p. 56).

Neste passo, cumpre ressaltar, que a Carta Magna brasileira não adotou a fórmula alemã de prever, explicitamente, que a liberdade de expressão possa ser limitada por leis, todavia, isso não impede que no Brasil sejam editadas leis, com o fito de preservar valores relevantes restringindo a liberdade de expressão (MENDES; BRANCO, 2021, p. 641). O teste de validade da lei não exige critérios particularmente estritos, bastando que a deliberação legislativa se revele razoável, uma vez que a regulação da liberdade de expressão exige a atuação do Estado direcionada à garantia de mediação entre grupos sociais minoritários e majoritários no domínio da comunicação (TÔRRES, 2013, p. 71).

Machado afirma que a regulação não se trata somente de limites, mas também inclui o conceito de condicionamento de exercício. Pois, segundo ele, os limites visam à resolução de conflitos de direitos constitucionalmente protegidos, ao passo que os condicionamentos viabilizam o exercício do direito (normas materiais, organizatórias e procedimentais que estruturam e disciplinam) sendo ambos plenamente condizentes com os princípios e garantias constitucionais (MACHADO, 2002, p. 712).

Insta esclarecer, portanto, que para que surja a possibilidade de uma norma regulamentadora infraconstitucional, é imprescindível que haja uma neutralidade em relação aos condicionamentos para que os impactos limitativos não se torne uma espécie de censura e a regulamentação seja objeto de controle de inconstitucionalidade. Sendo assim, uma vez estabelecida neutralidade perante ao conteúdo de regra infraconstitucional, o exercício a liberdade de expressão pode ser condicionada a legislação (civil, penal, administrativa, trabalhista, tributária) sem que se verifique violação a esse tão importante direito fundamental (TÔRRES, 2013, p. 72).

Não é discutível que as restrições devem derivar da própria Constituição mediante os limites expressos pelas normas constitucionais diante da colisão das liberdades comunicativas com outros direitos constitucionais. Contudo, em diversos momentos se questiona a suficiência das normas constitucionais, na medida em que a Constituição garante a liberdade de expressão e seus desdobramentos na forma genérica, mas com poucos detalhamentos. Com isso, se apresenta o risco de transferir para o Poder Judiciário a regulação do exercício de direitos fundamentais, cuja legitimidade recai sobre o Poder Legislativo (TÔRRES, 2013, p. 75).

Dito isso, tecendo comentários acerca da matéria, conclui-se, que a elaboração de uma lei requer requisitos formais e materiais que desencadeiam controle mais firme da sua estrutura reguladora e delimitadora de uma liberdade comunicativa. Desse modo, conforme aduz Machado, é mais seguro e coerente que a regulação da liberdade de expressão fique a cargo da lei e não só da atividade interpretativa do aplicado no Direito (MACHADO, 2002, p. 771).

3 DO DISCURSO DE ÓDIO

O discurso de ódio ou *hate speech*, é um grande desafio para um Estado Democrático de Direito. Uma vez que este fenômeno além de testar os limites da liberdade de expressão, com os avanços tecnológicos e a popularização das mídias sociais, se potencializou de tal forma que atualmente se afirma que há uma “cultura do ódio” ou uma “era do ódio”. Pois, mensagens discriminatórias e ofensivas que antes eram restritas no tempo e no espaço passaram a ser disseminadas em altíssima velocidade e a ter grande alcance global, elevando a gravidade dessas manifestações (ANDRADE, 2021, p. 9).

O discurso ora discutido, possui como principal característica a manifestação de um pensamento que inferioriza e humilha minorias, objetivando propagar a discriminação do que é considerado diferente, promovendo uma exclusão social. Ou seja, visa uma atitude marginalizada, onde o desrespeito em razão das palavras que são proferidas reduzem o ser humano diminuindo-o por meio de críticas gratuitas, não construtivas e com verificação de dolo (FREITAS, 2013, p. 327-355). Nesse sentido, há o entendimento de que estar diante de um discurso de ódio representa um perigo claro e iminente de uma ação concreta ilegal que venha a violar outro direito fundamental (FERNANDES, 2021, p. 518).

Em propósito, observa-se que o discurso de ódio apresenta caráter multifacetado, onde não se materializa apenas em discursos discriminatórios e de intolerância, ele pode vir disfarçado de falas sérias de teor político, acadêmico ou científico, ou até com aparência de

manifestação racional de caráter jornalístico, artístico ou humor. Dessa forma, André Gustavo Corrêa de Andrade, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sua obra “*Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio*”, afirma que há práticas infinitas do *hate speech* assumindo a grande diversidade de comunicação humana nos mais variados contextos que podem criar dúvidas ou divergências sobre a identificação de uma manifestação caracterizada como ódio (ANDRADE, 2021, p. 17). Portanto, o reconhecimento de que esse tipo de discurso pode se apresentar com roupagens diversas sendo indicativo da complexidade que se reveste o problema.

Insta esclarecer, sob o ponto de vista de um contexto histórico-cultural em relação a outros ordenamentos que respeitam a liberdade de expressão, destaca-se que no que se refere ao continente europeu há aplicação de tolerância zero ante manifestação intolerante, política adotada pós Segunda Guerra. Em contra partida, nos Estados Unidos uma limitação da liberdade de expressão é significativamente menor, e na Alemanha a negação ao Holocausto é considerada crime (KERSTING; GITIRANA, p. 254).

Ainda, retifica-se, que o Estado não pode proteger somente os discursos que agradam as maiorias, contudo, deve coibir discursos criminosos, principalmente depois de ter experimentado os perigos que essa modalidade acarretou na Alemanha nazista. Por isso, em momento posterior, foram criados e assinados vários tratados internacionais que tanto proíbem o *hate speech*, como valorizam a liberdade de expressão (MARTINS, 2021, p. 2055-2057). Portanto, conforme transcreve Flávio Martins em sua obra de direito constitucional:

(...) o discurso de ódio consiste na manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis, com a intenção de ofender-lhes a dignidade e incitar o ódio em razão dos seguintes critérios: idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição (MARTINS, 2021, p. 2061).

Neste passo, é evidente que o *hate speech* é um assunto de extrema complexidade, pois demonstra conflito claro entre a liberdade de expressão e o direito à não discriminação e direitos fundamentais para uma sociedade democrática. Assim, importa observar, que o discurso de ódio ao invés de contribuir na formação do indivíduo, reduz o seu conhecimento ao impor uma discriminação, visto que não possui sequer uma mínima intenção de informar. Ele coloca as

minorias em posição de inferioridade, impossibilitando a ação do princípio da isonomia entre indivíduos.

3.1 DISCURSO DE ÓDIO *versus* LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Diante do desenvolvimento deste artigo até aqui, não restam dúvidas de que a liberdade de expressão é uma garantia fundamental de grande importância para o desenvolvimento de uma sociedade livre e democrática. É diante dessa constatação, que surge o questionamento acerca da possibilidade de uma limitação a essa liberdade, assegurando ou não o direito a manifestação de ódio, intolerância e preconceitos contra determinados grupos interligados à minorias (RABELO, 2016, p. 62).

O debate para solucionar esse problema não tem sido nada fácil, principalmente no Brasil, que está vivenciando uma crise institucional política, havendo, consequentemente, uma propagação do discursos de ódio com objetivo de degradar a imagem do outro, das minorias e dos diferentes, colocando em questão a limitação da liberdade de expressão (RABELO, 2016, p. 66). Pois, de um lado há a proteção incondicional da liberdade de expressão, sem qualquer censura, com o pressuposto de que esse direito fundamental protege até mesmo a difusão de ideias de intolerância. E diferente disso, vem o argumento de que as manifestações de intolerâncias não são protegidas pela liberdade de expressão, tendo em vista que tal proteção estaria violando princípios fundamentais da sociedade.

Desde logo, vale ressaltar, que qualquer restrição à liberdade de expressão deve ser analisada com toda cautela, visto que esse direito é garantidor de uma livre circulação de ideias e livre manifestação de pensamento, tendo prioridade em possíveis conflitos com outros direitos. Contudo, em se tratando do *hate speech*, as restrições à liberdade de expressão nos casos de manifestações de ódio é necessário um tratamento isonômico, objetivando impedir a expansão de violência contra minorias preservando à dignidade da pessoa humana. Essas reservas de limitações funcionam como proposta de luta pelo reconhecimento e respeito aos valores da igualdade, reciprocidade, tolerância e coexistência pacífica (SILVEIRA, 2007, p. 118).

Portanto, o discurso de ódio tem sido entendido como um limite para tolerância, pois, como se observa, esse tipo de manifestação vai de encontro a princípios e valores das democracias. Essa espécie de discurso discriminatório caracteriza um comportamento lesivo no qual as vítimas são feridas, prejudicando uma contribuição para um debate justo, uma vez que

sua confiança encontra-se abalada, calando a voz dos menos favorecidos (SILVEIRA, 2007, p. 118-119).

A dignidade da pessoa humana é um viés comumente invocado para trazer restrições ao discurso de ódio. Pois, este ao veicular falácias de cunho discriminatório perante outro ser humano o inferioriza tirando sua crença na segurança e proteção estatal, constatando que esta modalidade não estaria acolhida, bem como assegurada pelo direito e garantia fundamental à liberdade de expressão. Desta feita, André Corrêa concretiza que “a negação da dignidade humana, no sentido de sua violação ou do impedimento do seu exercício, só ocorre nas hipóteses da criação ou provocação de danos a algum dos direitos decorrentes dessa dignidade, ou de criação de algum obstáculo à sua realização prática” (ANDRADE, 2021, p. 20).

Outrossim, como se nota, o discurso de ódio vai contra valores sociais e morais de uma sociedade. Desse modo, o que diferencia o *hate speech* para liberdade de expressão é que no primeiro, a ação é movida pela raiva e irracionalidade, trazendo automaticamente um teor de desavença; por outro lado, o segundo observa a legitimidade da crítica, podendo ser construtiva (SILVEIRA, 2007, p. 79-85). Nessa linha de raciocínio, Gilmar Mendes afirma que:

Contra o discurso de ódio há de se considerar, ainda mais, o efeito inibidor dessas práticas à plena participação dos grupos discriminados em diversas atividades da sociedade civil. A contumaz desqualificação que o discurso de ódio provoca tende a reduzir a autoridade dessas vítimas nas discussões de que participam, ferindo a finalidade democrática que inspira a liberdade de expressão (MENDES; BRANCO, 2000, p. 188-189).

Desta feita, é possível garantir que o abuso da liberdade de expressão se localiza fora da esfera de proteção da garantia constitucional, podendo atrair repressão penal, civil e até administrativa. Logo, o discurso de ódio deve ser restringido principalmente por não contribuir na formação do indivíduo, reduzir a possibilidade de formação de conhecimento, bem como evitar o descobrimento da verdade. Portanto, não é por meio da liberação do *hate speech* que se encontra a verdade, visto que o mercado de ideias ficaria prejudicado com o silêncio das minorias. Em rápidas pinceladas sobre essa perspectiva, Bernardo Gonçalves constata que:

Apesar de o texto constitucional, no art. 220, afirmar que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, temos que, para a corrente majoritária, esses direitos (por não serem absolutos) não podem ser manuseados de forma inadequada, gerando práticas ilícitas ou mesmo que venham a ferir outros direitos fundamentais. A própria Constituição de 1988 estabelece alguns limites à liberdade de expressão, como por exemplo: a) vedação do anonimato (art. 5º, IV); b) direito de resposta (art. 5º, V); c) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º); d) classificação indicativa (art. 21, XVI); e) dever de respeitar

a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X) - (FERNANDES, 2021, p. 489-490).

Neste diapasão, cumpre estabelecer, que a liberdade de expressão deve ser arguida dentro das linhas do respeito e do princípio da legalidade, sempre assegurando aos indivíduos informações verdadeiras e de teor não odiosas seguindo os preceitos do princípio da isonomia, bem como a dignidade da pessoa. Por isso, é evidente que o discurso de ódio contribui para formação de uma sociedade que desrespeita essa consideração aos princípios de justiça, convidando à demonstração pública da existência de insultos à dignidade de vulneráveis minorias, retirando-lhes a segurança do reconhecimento mútuo do igual respeito a sua condição de pessoa digna. Assim, a proibição do *hate speech* valoriza um bem público relativo a manutenção de uma sociedade inclusiva, que garanta à todos a possibilidade da permanência de sua dignidade (FERNANDES, 2021, p. 520).

Em suma, o *hate speech* abriga expressões que induzem práticas racistas, antissemitas, homofóbicas, bem como discursos discriminatórios em todos os sentidos antissociais de modo que não acrescentam nada para uma sociedade democrática, muito pelo contrário, são manifestações de cunho inconveniente provento a causar a perturbação para o mercado de ideias não contribuindo para o descobrimento da verdade e do debate público apaziguado. Isso não quer dizer, que a liberdade de expressão abriga apenas manifestações de auxiliam o desenvolvimento social, mas afirma que qualquer expressão indevida e ilícita deve ser considerada como restrição a esse direito.

3.2 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Em última análise, é necessário dizer, que a Constituição Federal brasileira de 1988 é assentada na harmonização de valores, realizando o juízo da ponderação pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. E, diante disso, o Supremo Tribunal Federal (guardião da Constituição) também se utiliza desses princípios para resolver questões que envolvem limitações a liberdades de comunicações e pensamentos, entendendo que acerca do discurso de ódio, este deve ser proibido sob pena de ferir outros direitos fundamentais.

Ademais, tem uma posição intermediária afirmando que a liberdade de expressão poderá ser ponderada diante de valores morais e sociais em caso concreto. Desse modo, há de se destacar o julgamento da ADPF 130 que contestava a lei de imprensa, onde ficou claro no acórdão que:

A Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

De outro modo, em relação ao *hate speech*, a Corte analisou especificamente no Caso Ellwanger onde discutia-se a prática ou não de crime de racismo cometido por escritor e editor de livros por suposta discriminação contra os judeus (art. 5.º, XLII) ao pregar ideias antisemitas, preconceituosas e discriminatórias. No HC 82.424/RS, o STF por maioria de 8 x 3 manteve a condenação imposta pelo TJRS do editor Siegfried Ellwanger, por crime de racismo, flexibilizando a amplitude da liberdade de expressão.

(...) 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei n. 7.716/89, art. 20, na redação dada pela Lei n. 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5.º, XLII).

A Corte Constitucional analisou o presente caso, definindo que a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, uma vez que o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal, o que colocaria em risco o próprio Estado democrático de Direito.

(...) 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 5.º, § 2.º, 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 delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Em momento oportuno, houve outro julgamento realizado pelo 2ª turma do STF reafirmando o não absolutismo da liberdade de expressão, analisando situação que um líder de determinada religião publicou na internet vídeos e posts de conteúdo religioso discriminatório ofendendo autoridades públicas e seguidores de crenças religiosas diversas. Conforme ficou concluso, “a incitação ao ódio público contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão”.

Outrossim, trazendo mais um caso concreto sobre o viés da limitação da liberdade de expressão, é preciso mencionar a “marcha da maconha”, evento de manifestação para descriminalização da droga. A Corte Constitucional, em 15.06.2011, por 8 x 0, no julgamento da ADPF 187, considerou legítimo o movimento, encontrando respaldo nos direitos fundamentais de livre manifestação do pensamento (art. 5.º, IV) e de reunião (art. 5.º, XVI), assegurando, inclusive, o direito das minorias. Assim, entendeu o STF que:

(...) que a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confunde com o ato de incitação à prática do delito, nem com o de apologia de fato criminoso, eis que o debate sobre a abolição penal de determinadas condutas puníveis pode (e deve) ser realizado de forma racional, com respeito entre interlocutores, ainda que a ideia, para a maioria, possa ser eventualmente considerada estranha, extravagante, inaceitável ou, até mesmo, perigosa.

Portanto, conclui-se, que conforme à Constituição com efeito vinculante ao art. 287 do CP, ficou afastada qualquer interpretação que caracterizasse a criminalização da manifestação de pensamento no sentido da descriminalização das drogas, mesmo que em eventos públicos.

Não obstante, é importante citar a decisão da Suprema Corte em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 que criminalizou a homofobia e disciplinou que práticas homofóbicas e transfóbicas configuram atos delituosos passíveis de repressão penal, estabelecendo que ninguém pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual ou em razão de sua identidade de gênero.

O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele.

Além disso, o relator e Ministro Celso de Mello em seu voto ainda aduziu um meio termo entre a liberdade religiosa e o provimento da ADO26 estabelecendo que não ferem a Constituição os discursos preconceituosos decorrentes de manifestações religiosas, desde que não se transformem em discursos de teor extremamente odiosos:

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do

espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Em outro interessante julgado, o Ministro Celso de Mello aduziu não ser possível a utilização da denúncia anônima, pura e simples, para a instauração de procedimento investigatório, por violar a vedação ao anonimato, prevista no art. 5.º, IV. Em seu voto ele declara que:

(...) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da *persecutio criminis*, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o *crimen falsi*).

Neste viés, a Constituição Federal traz a “vedação do anonimato”, como garantia destinada a proteger uma série de direitos fundamentais, como a honra e a intimidade. Contudo, há uma exceção a esse direito em razão da denúncia anônima que ocorre quando alguém, sem se identificar, relata para autoridades que determinado indivíduo praticou um crime. O STF e o STJ, afirmam que essa modalidade pode ser aceita com reservas, tendo em vista que por um lado a denúncia anônima auxilia na descoberta e investigação de muitas infrações penais, e de outro lado pode esconder a prática de crimes durante a persecução penal. Desse modo, sobre o aspecto do direito fundamental à liberdade de expressão, a Suprema Corte Brasileira em julgado de Mandado de Segurança, entendeu que:

A proibição do anonimato tem um só propósito, qual seja, o de permitir que o autor do escrito ou publicação possa expor-se às consequências jurídicas derivadas de seu comportamento abusivo. Quem manifesta o seu pensamento através da imprensa escrita ou falada, deve começar pela sua identificação. Se não o faz, a responsável por ele é a direção da empresa que o publicou ou transmitiu.

Por conseguinte, a Suprema Corte brasileira ao ser questionada sobre a liberdade de manifestação e concurseiros tatuados, declarou inconstitucionais as leis e editais que determinam a exclusão, nos concursos públicos, de candidatos tatuados, por serem violadores, dentre outros princípios constitucionais, do art. 5º, IV: a liberdade de expressão. Não obstante, decidiu que o direito de liberdade de expressão por meio das tatuagens também não é absoluto, uma vez que tatuagens preconceituosas, que expressam o ódio, o racismo, a incitação ao crime, podem criar obstáculos para o ingresso do candidato tatuado no concurso (MARTINS, 2021, p. 2081-2084). Desse modo, perante ao RE 898.450/SP, entendeu o STF que:

As restrições estatais para o exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma interferência incisiva do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo como o ser humano desenvolve a sua personalidade. A cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso ao cargo, emprego ou função pública por candidatos possuidores de tatuagens, pinturas ou marcas, quaisquer que sejam suas extensões e localizações, visíveis ou não, desde que não representem símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representam obscenidades, é inconstitucional.

Ainda aludiu o julgador firmando a constatação de que:

É direito fundamental do cidadão preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo. O Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente.

Em suas conclusões, o Brasil, inclusive a Suprema Corte, tem expresso entendimento de que a garantia constitucional da liberdade de expressão não tem absolutismo, principalmente quando encontradas restrições voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias. Dessa forma, nas sociedades democráticas há uma grande preocupação com o exercício da liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do *hate speech*. Por isso, haverá uma limitação após conferida a devida hermenêutica no caso concreto, visto que o limite para se expressar, ainda que nebuloso, é calcado em mera civilidade e sentimento de empatia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao chegar ao final deste trabalho, há de considerar que ele apresenta uma tentativa de compreensão em como o Estado Democrático de Direito se comporta em situações que haja conflitos entre direitos fundamentais, existindo conseqüentemente uma colisão entre liberdade de expressão, discurso de ódio e direito não-discriminatório, destacando a infração a direitos de terceiros, acompanhados de sanções penais a partir da propagação do uso indevido da livre expressão de forma a coibir direitos de outros indivíduos.

Levantadas as devidas ponderações e ressalvas, a liberdade de expressão é um direito essencial para condição humana, onde todos os indivíduos possuem a opção de expressar seus pensamentos, ideias, opiniões e convicções sendo inviolável tal garantia. Esse direito fundamental é consagrado pela maioria dos textos constitucionais, sem nenhuma censura,

acarretando uma vontade do indivíduo de manifestar, criar, e se expressar, partindo de valores sociais e morais, sendo de suma relevância para o desenvolvimento da personalidade humana, transferindo ao Estado a responsabilidade de promover a sua proteção e impedindo medidas de restrições.

À vista do exposto, a liberdade de expressão não se caracteriza como direito absoluto, pois ocorrem em certas situações a colisão com outros direitos. Esses conflitos serão solucionados mediante uma hermenêutica de ponderação, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, respeitando os limites de toda espécie de manifestação, mas nunca realizando restrições previamente, senão restaria concluído uma situação de censura (fator não aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro).

Não obstante, para um indivíduo encontrar acolhimento nessa garantia fundamental é preciso que o exercício deste não prejudique ninguém em nenhum de seus direitos, tudo isso dependerá da forma em que o discurso é proferido. Tendo em vista que o uso ilimitado da liberdade de expressão abre margem para discursos de intolerância, ofensivo e discriminatórios, com o objetivo de humilhar e retirar o direito de resposta de grupos ou indivíduos em situações de inferioridade.

Lembrando que no próprio ordenamento jurídico aparecem limitações ao exercício da liberdade de expressão estabelecidas em normas constitucionais (ponderação entre a dignidade humana e direitos de personalidade) e normas infraconstitucionais (condutas ilícitas determinadas pelo Código Penal, e o dever de indenizar elencado no Direito Civil). Havendo ainda a possibilidade de criação de nova norma regulamentadora infraconstitucional desde que exista neutralidade em razão dos condicionamentos que a regra imponha não se tornando censura.

Depreende-se, portanto, que qualquer limitação a liberdade de expressão precisa ser vista sob uma ótica de enorme cautela. Contudo, em se tratando do discurso de ódio, restrições são tratadas de forma isonômica na medida em que se objetiva coibir qualquer espécie de violência e intolerância contra minorias, buscando sempre o respeito aos valores de igualdades e moralmente sociais.

Por fim, pontua-se, que o *hate speech* se caracteriza negativamente por ser um comportamento lesivo, prejudicial e irracional. Não sendo abrigado pelo direito fundamental a liberdade de expressão, pois é considerado um abuso expresso a essa garantia, reduzindo e restringindo a formação de indivíduos ou grupos a ações e pensamentos de repressão violando consequente o princípio basilar da Constituição Federal de 88 que é a dignidade da pessoa

humana. Logo, conclui-se que todos que vivem no contexto democrático devem se atentar a mensagens de opressão, para reduzir desigualdades entre locutor e destinatário em discursos discriminatórios.

REFERÊNCIAS

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS À INFORMAÇÃO E À COMUNICAÇÃO: traços distintos (2012). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23138/a-liberdade-de-expressao-e-os-direitos-a-informacao-e-a-comunicacao-tracos-distintivos>.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 9-34, Jan.-Mar. 2021.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10ª. edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

BRASIL. *Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 81.885, DJ de 29-8-2003, rel. Min. Maurício Corrêa. No AgR 690.841 (rel. o Ministro Celso de Mello, DJe de 5-8-2011). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-melo-falando-liberdade.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130. Brasília: STF Jus, 30 set. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 82.424 RS. Data de Julgamento: 17/09/2003, Data de Publicação: DJe 19/03/2004 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/770347>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 82.424 RS. Data de Julgamento: 17/09/2003, Data de Publicação: DJe 19/03/2004 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/770347>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 146.303, STF, 2.^a T., j. 06.03.2018, Inf. 893/STF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 187. Brasília: STF. Data do julgamento 15.06.2011. Inf: 631/STF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO 26. Brasília: STF. Data do julgamento 13.06.2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO 26. Brasília: STF. Data do julgamento 13.06.2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 95.244, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.03.2010, Primeira Turma, DJE de 30.04.2010; HC 84.827, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.08.2007, Primeira Turma, DJ de 23.11.2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7012797>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF – MS 24.369/DF, rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7012797>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 898.450/SP, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 17-8-2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12977132>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 898.450/SP, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 17-8-2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12977132>.

BRASIL. Jurisprudência. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva: São Paulo, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Infraconstitucional. Disponível em:

<https://www.cump.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8003-infraconstitucional>.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS (1791). Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/bill-of-rights>.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em:

<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro 1948. Disponível em:

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e comunicação*. 3. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. Salvador: Editora jusPODIVM, 2021.

FILHO, João T. C. *O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2018.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão*. Sequência (Florianópolis).

KERSTING, Maria Fernanda Viñas. GITIRANA, Julia Heliodoro Souza. Limites da Liberdade de expressão e a caracterização do discurso de ódio. *Revista de Direito FAE*. REVISTADEDIREITO.FAE.EDU. p. 233-260.

LEONARDO, Socorro Janaina M. *A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS À INFORMAÇÃO E À COMUNICAÇÃO: traços distintos (2012)*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23138/a-liberdade-de-expressao-e-os-direitos-a-informacao-e-a-comunicacao-tracos-distintivos>.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

LOURINHO, Luna Cléa Corrêa. Os limites da liberdade de expressão: uma análise sobre a liberdade negativa e a liberdade positiva. *Revice - Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v.2, n.1, p. 460 - 467, jan./jul. 2017.

LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E. D. A. *Pesquisa em educação: abordagens qualitativas*. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1986.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Coelho, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. E-book.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOTA, Francisco Teixeira da. *A Liberdade de Expressão em Tribunal*. Lisboa: Ensaio da Fundação, Relógio d'água Editores, 2013.

PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 297-316, abr. 2018.

RABELO, Raquel Santana. *Os limites da liberdade de expressão*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2016.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"*. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosupload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de Expressão e o Problema da Regulação do Discurso do Ódio nas Mídias Sociais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade da norma constitucional*. 6ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Rodrigo Daniel. *PODER DE VETO “Precisamos de órgão para fazer controle prévio de constitucionalidade das leis”*. (2015). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-mai-10/entrevista-dirley-cunha-junior-juiz-federal-professor_

SILVEIRA, Renata Machado da. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio*. 2007. Dissertação. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS, Belo Horizonte, Minas Gerais.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, nº 200, out./dez. 2013.