



O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO: A DISSOLUÇÃO DO PARADIGMA LIBERAL QUANTO AO DIREITO DE LIBERDADE E O TRATAMENTO JURÍDICO DO HATE SPEECH

THE RIGHT TO EXPRESSION FREEDOM AND HATE SPEECH: THE LIBERAL PARADIGM DISSOLUTION REGARDING THE RIGHT TO LIBERTY AND THE LEGAL TREATMENT OF HATE SPEECH

¹Natalia Nardelli Emmerich

²Simone Pinto Da Costa

RESUMO

A tutela das liberdades individuais inicia-se a partir das Revoluções Liberais, apresentando-se como limitação da ação Estatal sobre os particulares. Posteriormente, com o Estado Social, passa-se a contemplar garantias a grupos sociais, representando a necessidade de interesses muito além dos burgueses, abrangendo também a tutela dos direitos sociais. Neste momento, os direitos fundamentais devem ser observados tanto pelo Estado quanto pelos particulares entre si, já que o exercício de direito de liberdade não pode ferir princípios e valores fundamentais, tampouco gerar danos a terceiros ou à coletividade. A liberdade de expressão é apresentada como garantia não absoluta, porquanto deverá ser analisada considerando o sistema de direitos fundamentais, como o direito à vida privada e à honra, à vedação da discriminação odiosa, entre outros. Nesta seara, se situa o debate acerca da liberdade de expressão e o discurso de ódio, também conhecido como hate speech. Para tanto, é proposta a dissolução do paradigma liberal do direito fundamental de liberdade, destacando a liberdade de expressão segundo a visão norte-americana e brasileira, além de realizar comentários à ponderação entre direitos fundamentais em aparente colisão, como solução encontrada pelo ordenamento jurídico pátrio para tratar o caso.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Discurso de ódio, Limites, Ponderação

ABSTRACT

The individual protection freedoms starts from the Liberal Revolutions, presenting as a limitation of State action on individuals. Later, with the welfare state, contemplating guarantees to social groups, representing the need for far beyond the bourgeois interests, also covering the social rights protection. At this point, the fundamental rights must be observed by both the state and by private individuals to each other, since the right of freedom exercise can not hurt the fundamental principles and values, nor generate harm to others or the community. Expression freedom is presented as not absolute assurance, because must be analyzed considering the system of fundamental rights such as right to privacy and honor, seal odious discrimination, and others. In this area, lies the debate about expression freedom and hate speech. To this end, we propose the dissolution of the liberal paradigm of the fundamental right freedom, highlighting freedom of expression according to the North American and

1 Mestranda em direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Servidora pública do Ministério Público Federal. Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL, Campinas, São Paulo. Brasil – E-mail: natinardelli@yahoo.com.br

2 Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Servidora pública do Ministério Público Federal. Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL, Campinas, São Paulo. Brasil – E-mail: simonep.costa@yahoo.com.br



Brazilian vision, and perform comments to the balance between fundamental rights in apparent collision as a solution found by the national legal order to handle the case.

Keywords: Expression freedom, Hate speech, Limits, Weighting



Introdução

Após longos anos de regime militar no Brasil, qualquer limitação à liberdade não é vista com receptividade, já que as liberdades, de uma maneira geral, são consideradas grandes conquistas de um Estado Democrático de Direito. Por outro lado, a liberdade exercida irracionalmente é capaz de atingir direitos de terceiros, os quais podem buscar a tutela judicial para reparar a lesão sofrida.

No ano de 2003, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no HC 82424/RS (BRASIL, 2015b), conhecido como caso “Ellwanger”, onde foi mantida a condenação de Siegfried Ellwanger em razão da prática do crime de racismo, quando da publicação de livro com conteúdo antissemita. A decisão não foi unânime, pelo contrário, considerou diversos pontos controvertidos, ora na defesa da liberdade individual de manifestação do pensamento enquanto ponto preponderante, ora na proteção contra o ódio e racismo. No julgado, também foi abordada a diferença entre preconceito e discriminação, além da não imposição de pensamentos politicamente corretos, dentre outros.

Em outra oportunidade, em agosto de 2014, a Primeira Turma da Suprema Corte decidiu pelo não recebimento de denúncia contra parlamentar que teria proferido palavras ofensivas aos homossexuais, o que poderia ensejar pena prevista no art. 20 da Lei nº 7.716/1989. O Tribunal denegou o recebimento da denúncia em razão da não existência de tipo penal que abrangesse discriminação ou preconceito às relações homoafetivas, mas retomou o debate acerca do *hate speech*, ressaltando que a liberdade de manifestação do pensamento não alcança o discurso de ódio e manifestações de intolerância (BRASIL, 2015c).

O mês de janeiro de 2015 foi marcado internacionalmente pelo ataque à sede do Jornal Charlie Hebdo em Paris, quando foram mortas 12 pessoas, incluindo jornalistas, funcionários do jornal e policiais. Charlie Hebdo é conhecido por publicar charges polêmicas envolvendo a figuras de líderes religiosos e políticos. O referido atentado foi antecedido pela publicação de charge envolvendo Maomé, profeta cultuado pela religião islâmica, o que gerou grande descontentamento da comunidade islâmica e de grupos radicais. Independe do não acolhimento de justificativas para o ataque, o fato também motivou discussões acerca de eventual caráter absoluto da liberdade de expressão e de imprensa, da relevância da dignidade da pessoa humana e do diálogo entre os valores fundamentais.

Em junho do corrente ano, a Suprema Corte, no julgamento da ADI 4815 (BRASIL, 2015d), declarou constitucional a inexigibilidade do consentimento de pessoa biografada relativamente a



obras biográficas literárias ou audiovisuais, tomando por base os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de expressão, de criação artística e de produção científica. A autorização prévia foi considerada desnecessária e qualquer dano decorrente da publicação deverá ser analisado posterior e individualmente em ação judicial específica.

Assim, a publicação de charges envolvendo ícones religiosos, as manifestações em redes sociais de cunho racista e a publicação de biografias não autorizadas trazem à tona o debate sobre possibilidade de impor limites à liberdade de expressão e de imprensa e é, neste contexto, que se situa a presente pesquisa.

Inicialmente será realizado estudo da liberdade segundo o paradigma liberal e social, estabelecendo o surgimento do Estado Liberal e a evolução do conceito de liberdade de acordo com o modelo de Estado em análise. Além disso, será dada ênfase na relação horizontal dos direitos fundamentais no direito pátrio, na medida em que estes não visam a somente tutelar os direitos dos cidadãos contra os desmandos do Estado, mas também buscam a proteção dos direitos e valores constitucionais entre os próprios cidadãos, numa relação horizontal entre os particulares.

Posteriormente, será abordada a liberdade de expressão enquanto direito fundamental, abordando suas várias acepções, estabelecendo seu conceito e contexto histórico no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, será apresentada a relação entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, também conhecido como *hate speech*, expondo o diálogo entre os princípios fundamentais e o tratamento jurídico norte-americano para o tema, bem como a posição do ordenamento brasileiro.

1 A dissolução do paradigma liberal do direito fundamental de liberdade

Falar de um Estado democrático de direito pressupõe uma série de requisitos, dentre eles a garantia dos direitos fundamentais de seus cidadãos. A liberdade de expressão possui acepções variadas, como a liberdade de opinião, de manifestação do pensamento, de crença, de imprensa, dentre outros. Ressalte-se, contudo, será abordada a liberdade de expressão enquanto liberdade de opinião e de manifestação do pensamento.

Não há como tratar das liberdades sem antes mencionar o surgimento dessa garantia. A tutela das liberdades individuais se estabelece como resultado das Revoluções Liberais e se apresenta enquanto limitação da relação vertical, ou seja, limitação da ação Estatal sobre os particulares, os quais, neste momento, devem ser lidos como burguesia.



O Estado liberal surge como consequência lógica da separação da ideia de público e privado, representando o bem público e tutelando privado, se necessário fosse. Assim, com o fim de coibir os desmandos da atuação estatal, surge o princípio da legalidade, “como forma criada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposto” (MARINONI, 2010, p. 25).

Embora o Estado Liberal seja considerado um grande avanço após o Estado Absolutista, há que se ressaltar que se trata de reivindicação da sociedade burguesa, ou seja, da manifestação de apenas parcela da população que detinha os meios de produção, realizando e legitimando sua própria ideologia. Nesse sentido, são as lições Gilmar F. Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo Gustavo Branco:

A Carta Política desse modelo de Estado de Direito é entendida, em seus princípios, como Constituição do liberal-individualismo – mera superestrutura jurídica como diriam os marxistas – encerrando, por isso mesmo, em primeiro lugar, uma decisão fundamental no sentido de *liberdade burguesa*, em seus múltiplos aspectos: a liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade de contratar e a liberdade de indústria e comércio, entre outras. (...) Era evidente que, mais cedo ou mais tarde, esse modelo, porque unilateralmente, esgotaria suas possibilidades, o que efetivamente ocorreu, ensejando mudanças profundas no Estado de Direito liberal-burgês, seja de maneira mais ou menos pacífica, na vertente das reformas negociadas, seja de forma mais violenta, na esteira das revoluções marxistas, como as que ocorreram na Rússia (1917) e China (1949). (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 201)

Nos moldes liberais, a noção de lei é genérica e abstrata, o que só poderia ser aplicado a uma sociedade homogênea (MARINONI, 2010, p. 44). É certo que tal sistema não funciona em sociedades com desigualdades sociais e econômicas e, portanto, seria suficiente por pouco tempo. A população urgia por representação de todas as classes sociais, muito além da sociedade burguesa que comandou a instituição do Estado Liberal.

Já não bastava o Estado ignorar as desigualdades concretas e, aos poucos, surgiu a preocupação com questões sociais, principalmente em razão de pressão de inúmeros grupos reivindicando leis específicas, capazes de abarcar seus interesses. Passa o Estado a reconhecer as assimetrias sociais e promover o controle da economia, procurando implementar a justiça redistributiva necessária à pacificação dos conflitos sociais (CASTRO; FREITAS, 2013, p. 342). Assim, justifica-se a criação do Estado social e, posteriormente do Estado Democrático de Direito. Conforme lição de Marcelo Neves (2009, p. 19), “a insuportabilidade institucional da oposição, em uma sociedade que já alcançara um elevado grau de complexidade [...] levou forçosamente à ideia de revolução e aos movimentos revolucionários. Nesse sentido, o próprio constitucionalismo pressupôs revolução”. Ademais, a nova concepção de constitucionalismo promove a reaproximação



da ética e do direito, transformando valores comuns a toda sociedade em princípios jurídicos, como a liberdade e igualdade, as quais sofreram nítida evolução com o decorrer dos anos. O movimento constitucionalista pode ser demonstrado, inclusive, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Constituinte Francesa, onde foi estabelecido que “toda sociedade em que não esteja assegurada a separação dos poderes, nem os direitos e garantias individuais, não tem Constituição” (NEVES, 2009, p. 60).

Com o fim de valorizar todos os modelos de Estado à edificação do Estado Moderno, Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 213) afirmam que o “Estado Democrático de Direito é o que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História”.

Dessa forma, o tratamento conferido às liberdades e eventuais consequências quanto à sua limitação dependerá do modelo de Estado e cultura de determinada nação. Se tomarmos um ponto de vista liberal clássico, onde o Estado somente atua em medidas excepcionais, o conceito de liberdade toma contornos mais amplos e radicais, o que foi extremamente necessário quando das Revoluções Liberais. Tal ponto torna-se mais claro quando enfatizamos a liberdade de expressão do pensamento e de crença, a qual possui caráter primordial na limitação da atuação do Estado e da Igreja. É o que no ensina Matheus de Castro e Riva de Freitas:

O que parece interessante ressaltar neste momento é a importância que a defesa das Liberdades de Expressão e de Convicção Religiosa adquire para a edificação do Estado moderno e para a afirmação do paradigma liberal: a liberdade de Expressão do Pensamento torna-se essencial, como forma de garantir a vinculação e propagação do ideário das Revoluções Liberais e, de outra parte, a Liberdade de Convicção Religiosa opõe limites ao poder político da Igreja Católica procurando afastá-la de qualquer ingerência nessa área. (2013, p. 339-340)

Neste ponto, cite-se a *state action*, teoria constitucional norte-americana, adotada de maneira pacífica no país, estabelece que os direitos fundamentais previstos no *Bill of Rights* limitam somente a ação dos Poderes Públicos, numa relação vertical, sem atribuição de efeitos entre particulares, excetuando-se somente a proibição da escravidão estampada na 13ª Emenda (SARMENTO, 2011, p. 133). Nesse diapasão, Laurence Tribe (*apud* SARMENTO, 2011, p. 132) aduz que “essa liberdade [individual] é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de confrontar sua conduta às exigências constitucionais”.



Além disso, Daniel Sarmento ensina que a *state action* tutela a autonomia dos Estados, de forma a coibir a atuação das Cortes Federais quando se tratar de aplicação das normas constitucionais nas relações entre particulares. Para tanto, sugere duas premissas:

(a) os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição americana vinculam apenas os Poderes Públicos e não os particulares; e (b) o Congresso Nacional não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, pois a competência para disciplinar estas relações é exclusiva do legislador estadual (SARMENTO, 2011, p. 136)

Ressalta o autor que, embora a segunda premissa já tenha sido alterada no sentido de admitir a competência da União para legislar sobre direitos humanos ainda que não haja atuação do Estado envolvida, a primeira premissa permanece até hoje inalterada e pode ser considerada um axioma do Direito Constitucional anglo-saxão.

Para Sarmento, a teoria da *state action*, embora adotado por outros países como o Canadá, não proporciona tratamento adequado aos direitos fundamentais, já que, não raro, as ameaças à dignidade da pessoa humana originam-se de grupos, pessoas e organizações privadas, e não necessariamente numa relação vertical com o Estado. (SARMENTO, 2011, p. 137-137)

De outro modo, o Brasil, de maneira explícita, admite a tutela dos direitos fundamentais nas relações horizontais, não restando limitada às tutelas das garantias constitucionais perante o Estado. Isto porque, mormente em países com elevados níveis de desigualdades sociais, agentes privados possuem grande potencial de lesão a direitos fundamentais, tanto quanto o próprio Estado. É o que leciona Daniel Sarmento:

Ademais, só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isto não acontece em grande parte dos casos de aplicação dos direitos humanos nas relações particulares, nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia. (SARMENTO, 2011, p. 161)

Desta maneira, o Supremo, com certa frequência, manifesta-se em litígios entre particulares, ainda que não haja qualquer regulamentação infraconstitucional específica da matéria. Sarmento (2011, p. 162) lembra que “a Constituição é norma jurídica e não mero repositório de conselhos dirigidos ao Poder Legislativo”.

Frise-se que os direitos fundamentais pressupõem deveres a eles inerentes, já que a liberdade de um indivíduo deve considerar a liberdade do outro. Nesse ponto, vale citar a lição de Bobbio ao tratar relação horizontal da liberdade:

Uma pessoa, pois, que possua estes direitos legalmente determinados e esteja sujeita aos deveres a eles correspondentes, é livre, embora possa ser não-livre sob outros aspectos e



em relação a agentes que não sejam do Governo, por exemplo, por causa da exploração econômica ou da pressão social. (BOBBIO, 2010, p. 711)

Enfim, relevante mencionar Paul Kirchof (*apud* BONAVIDES, 2015, p. 635), que desenvolveu oito teses a respeito da interpretação dos direitos fundamentais, dentre as quais, citamos a sétima, que estabelece que a liberdade nunca há de garantir a alguém o direito de subjugar a liberdade dos demais, em um direito de dominação. Assim, quando tratamos de direitos fundamentais, o dever de obediência não deve ser direcionado apenas ao Estado num paradigma verticalizado, mas a todos os indivíduos em suas relações, seja com o Estado, seja com seus pares numa relação horizontal.

2 A liberdade de expressão enquanto direito fundamental

Como sabido, a Constituição Federal de 1988 sucedeu longo regime militar, onde, por décadas, diversas manifestações de liberdade eram cerceadas, principalmente as ligadas à expressão do pensamento e de opinião política. A censura era frequentemente utilizada pelo Estado para limitar a liberdade de expressão e imprensa, levando à população a lançar mão de instrumentos velados para expor suas críticas, como poesia e música, além de se esconder sob pseudônimos, de forma a proteger seus familiares e a si próprio de repressões estatais.

Uma série de direitos fundamentais, hoje com *status* de garantia constitucional, não havia lugar no Estado brasileiro, levando a um descontentamento geral, sem que o indivíduo lesado pudesse recorrer aos Tribunais e utilizar amplos instrumentos de defesa.

A liberdade de expressão surge, no cenário brasileiro, na Constituição do Império e permanece até a Carta de 1937. Durante o Estado Novo, período em que o país estava sob o governo de Getúlio Vargas, a liberdade de expressão foi suprimida da Constituição, dando lugar à censura como forma de controle de publicação e reprodução de determinadas informações (LUNA, SANTOS, 2014, p. 230).

Com a promulgação da Constituição de 1988, considerando o regime autoritário que se encerrara, pretendeu-se garantir diversas matérias, em grande parte de cunho social, que normalmente ficariam a cargo do legislador.

Em tempos atuais, no Brasil, a ordem constitucional caracteriza-se pelo cunho marcadamente compromissário, conferindo à dignidade da pessoa humana *status* de fundamento



de nosso Estado democrático. Luís Roberto Barroso (apud RAMOS, 2013. p. 35) defende que a Dogmática Constitucional se assenta num pós-positivismo, “no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”.

Nossa Constituição, compromissada em instituir um Estado Democrático de Direito, enumera uma série de direitos fundamentais, individuais e sociais, elencando-se a liberdade como um dos objetivos fundamentais da República, nos termos do inciso I do artigo 3º do texto constitucional. Afinal de contas, “nenhuma sociedade onde estas liberdades não são, no seu conjunto, respeitadas pode ser considerada livre” (MILL apud BOBBIO, 2010, p. 711).

Vale lembrar que a liberdade de expressão, ora tratada em seu sentido amplo, abrange as liberdades de opinião e manifestação do pensamento, de comunicação e de imprensa, sem adentrar em suas peculiaridades e distinções. Assim, é conduzida enquanto liberdade de um indivíduo escolher sua atividade intelectual, “quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro (SILVA, 2014, p. 243)”.

Isto porque a atividade interna ou íntima está fora do alcance do controle social ou do Direito, desde que não manifestada externamente, na medida em que “a liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não manifesta exteriormente, enquanto o não comunica, está fora de todo o poder social, até então é do domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus” (BUENO apud SILVA, 2014, p. 243).

Em que pese a liberdade de expressão em sua acepção interna, faz-se mister registrar seu caráter externo, como “o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for” (DÓRIA apud SILVA, 2014, p. 243), o que já traz o debate acerca de eventuais limites a serem observados, de danos experimentados por terceiros e consequentes indenizações.

Mencione-se, ainda, que a liberdade de expressão apresenta-se não somente como dever negativo limitando as ações estatais numa perspectiva liberal. A liberdade também denota direito positivo, na medida em que pressupõe ações estatais que visam à garantia dessa liberdade, essencial ao debate político e desenvolvimento de um Estado democrático de direito (SARMENTO, 2010, p. 263).

Não há como falar de Estado Democrático de Direito sem o reconhecimento de variados grupos sociais e sem a garantia da liberdade de expressão para esses segmentos minoritários, já que



as lutas e exigências de movimentos libertários são essenciais para desenvolvimento de políticas abrangentes (CASTRO; FREITAS, 2013, p. 343).

Nesse sentido, a liberdade de expressão liga-se essencialmente ao direito à informação, enquadrado por Paulo Bonavides enquanto direito de quarta dimensão, essencial à democracia globalizada, possibilitando a participação direta do povo, num papel fiscalizador da concretização dos direitos fundamentais. Ressalte-se que o direito à informação, para Bonavides (2015, p. 586), assim como o direito à democracia e ao pluralismo, constituem direitos de quarta dimensão, deles dependendo a sociedade aberta do futuro, em sua máxima universalidade. Bonavides nos ensina, ainda, que o vocábulo “dimensão” substitui com vantagem qualitativa o termo “geração”, caso este último venha induzir sucessão cronológica e suposta caducidade dos direitos antecedentes, o que não poderia ser verdade. Aduz, ainda, que:

Ao contrário, os direitos de primeira dimensão, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e a fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais; coroamento daquela globalização política para qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo (BONAVIDES, 2015, p.586).

Ressalte-se que o artigo 5º da Carta de 1988 estabelece expressamente a liberdade em suas diversas acepções, como a liberdade de consciência e de crença, conforme se observa em seus incisos VI e VIII, *in verbis*:

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

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Em igual sentido, a Constituição de 88, em no inciso IX do art. 5º proíbe a censura, o que é confirmado em seu art. 220 e seus parágrafos, que também expressam a referida vedação, seja de natureza política, ideológica e artística, não admitindo que a manifestação do pensamento, criação, expressão e informação sofra qualquer forma de restrição. Observe:

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.



Não obstante, a liberdade de manifestação do pensamento não pode ser considerada fundamento absoluto, haja vista que deve coadunar-se com todo o ordenamento constitucional, o qual também prevê alguns ônus decorrentes de seu exercício, como a vedação ao anonimato, em seu inciso IV, o direito de resposta e a possibilidade de indenizações em seu inciso V. Assim ensina José Afonso da Silva (2014, p. 247), quando aduz que:

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição veda o anonimato. A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito, também fundamental individual, de resposta.

3 A liberdade de expressão e o discurso de ódio: o diálogo de princípios e valores fundamentais e o tratamento jurídico à prática do *hate speech* nos ordenamentos norte-americano e brasileiro

A promulgação da Constituição Federal de 1988 é considerada, indubitavelmente, uma grande conquista, na medida em que tutela, na forma de direitos e garantias individuais e sociais, uma série de anseios do povo brasileiro, razão pela qual é conhecida como Constituição Cidadã.

Nos termos do parágrafo 4º de seu art. 60 (BRASIL, 2015a), os direitos e garantias individuais são elevados a *status* de cláusulas pétreas, vedando qualquer modificação que importe ou tenda a sua supressão.

Considerando que as liberdades, de uma maneira geral constituem um dos símbolos de um Estado de Direito, qualquer limitação à liberdade não é vista com receptividade. Por outro lado, a liberdade exercida de maneira absoluta pode atingir direitos de terceiros, os quais podem buscar a tutela judicial para reparar eventuais lesões.

É nesse contexto que se situa o debate acerca do exercício da liberdade de expressão e o discurso de ódio. O discurso de ódio, ou *hate speech*, pode ser considerado “toda manifestação que denigra ou ofenda os membros de minorias tradicionalmente discriminadas, que estão em inferioridade numérica ou em situação de subordinação socioeconômica, política ou cultural” (LUNA, SANTOS, 2014, p. 232). A título de ilustração, podem-se destacar as manifestações que incitam ou promovam o ódio racial e a homofobia. A questão não é simples, haja vista que a delimitação do que é manifestação legítima de expressão e o que é manifestação de ódio constitui atividade complexa e deverá ser analisada caso a caso.



Se tomarmos a liberdade de expressão em seu sentido liberal, o discurso de ódio poderia ser considerado legítimo, ou seja, manifestação clara do direito à liberdade de expressão e de imprensa, independente se terceiros sentem-se lesados. Trata-se do paradigma liberal de intervenção mínima do Estado, que pode ser ilustrado por meio da posição norte-americana acerca da liberdade de expressão.

Os Estados Unidos da América, conhecidos por tratar a liberdade de expressão e de imprensa como política de primeira grandeza, possuem posicionamento protetor da manifestação do pensamento, ainda que contenha teor intolerante e preconceituoso. A primeira Emenda à sua Constituição apresenta vedação expressa ao Congresso, determinando que a atividade legislativa se abstenha de impor limites à liberdade de expressão e de imprensa (CASTRO; FREITAS, 2013, p. 346). Entretanto, de forma geral, não se entende que o direito à liberdade de expressão e de imprensa constituem fundamento absoluto, já que existem algumas limitações a essa garantia de forma a possibilitar a vida em sociedade. Daniel Sarmento cita como exemplos a essas limitações a ausência de proteção à expressão de conteúdos obscenos, mas ressalta que a proteção à liberdade de expressão e imprensa, nos Estados Unidos da América, é extremamente rígida ou quase absoluta quando se trata do “ponto de vista do agente” (SARMENTO, 2010, p. 212).

Nesse sentido, a liberdade de expressão é um dos valores de extrema relevância no sentido norte-americano. Dworkin (apud SILVA, 2013, p. 161) afirma que a “liberdade de expressão é o núcleo da escolha que as modernas democracias fizeram, uma escolha que agora devemos honrar”.

Nesse sentido, John Stuart Mill desenvolveu umas das teorias mais utilizadas para defesa da liberdade de expressão nos Estados Unidos e, dentre seus fundamentos, pode-se destacar que a liberdade de expressão não poderá ser restringida ainda que a opinião pública o leve a isso. Para Mills:

[...] o que há de particularmente mal em silenciar a expressão de uma opinião é o roubo à raça humana – à posteridade, bem como à geração existente, mais aos que discordam de tal opinião do que aos que a mantêm. Se a opinião é correta, privam-nos da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errada, perdemos, o que importa em benefício tão grande, a percepção mais clara da verdade, produzida por sua colisão com o erro” (MILLS apud KOATZ; LORENZO, 2011, p. 396)

Ressalte-se que o próprio conceito de dignidade humana possui caráter peculiar nas terras estadunidenses, ora é utilizado para justificar a defesa de direitos fundamentais como o direito à privacidade, igualdade e o direito de morrer; ora se questiona sua necessidade, conveniência e constitucionalidade (BARROSO, 2012, p. 130). No que tange relevância dada a dignidade humana,



num discurso transnacional, os Estados Unidos não são conhecidos por fazer referência a leis e julgados estrangeiros, pelo contrário, a utilização deste tipo de jurisprudência é relativamente excepcional. Acerca da condenação de jovens à morte, Barroso (2012, p. 145) cita o julgamento do caso “Roper vs. Simmons”, em 2005, quando o julgador faz menção a posicionamento estrangeiro, embora não acolha seus fundamentos. Não obstante a postura nacionalista da jurisprudência norte-americana, já existe certa tendência a referências à jurisprudência transnacional, principalmente quando a dignidade da pessoa humana colide com questões como a intimidade e privacidade; toma-se, pois, o papel da dignidade da pessoa humana como o de informar a interpretação de direitos constitucionais específicos (BARROSO, 2012, p. 146).

Não obstante o princípio da igualdade esteja previsto na 14ª Emenda da Constituição Norte-Americana, o tratamento dado à 1ª Emenda, referente à liberdade de expressão e de imprensa, apresenta-se de forma preponderante. No que tange ao *hate speech*, Sarmiento (2010, p. 217) aduz que sua proteção é praticamente incondicional, ainda mais quando comparada a outros Estado democráticos, o que pode ser explicado pelos valores sociais e econômicos daquele país. Para o autor, o pensamento americano sobre a liberdade de expressão “ignora a força silenciadora que o discurso opressivo dos intolerantes pode exercer sobre os seus alvos” e, ainda:

No que tange a própria liberdade, predomina no pensamento jurídico norte-americano uma concepção muito formal deste valor, que tende a abstrair-se da opressão real exercida no mundo da vida sobre os sujeitos de carne e osso. Esta visão, ao negligenciar os constrangimentos fáticos para o exercício da autonomia individual presentes nas próprias estruturas sociais, acaba empobrecendo a liberdade, ao equipará-la à mera ausência de coação estatal sobre os indivíduos”. (SARMENTO, 2010, p. 217)

De outro modo, passado o modelo liberal na percepção das liberdades, seguimos ao estudo do tema sob a visão nacional, onde a pacificação social não se dá em moldes *laissez-faire* ou de não intervenção estatal.

No Brasil, o Estado deve ser situado enquanto protagonista da inclusão social e da tutela das minorias. Matheus de Castro e Riva de Freitas afirma que a defesa da liberdade de expressão liga-se à defesa da dignidade de grupos minoritários:

[...] o paradigma estatal de intervenção, dentro de uma perspectiva de inclusão, seria ideologicamente incompatível com a proteção do discurso do ódio, na medida em que tal manifestação é em essência segregacionista e tem por objetivo humilhar e calar a expressão das minorias. (2013, p. 344)



Isto porque, não há direito fundamental absoluto. Assim, o direito à liberdade de expressão, em suas diversas acepções, deve relacionar-se harmonicamente com os outros direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal de 1988, como a proteção à intimidade, privacidade e honra, além de valores e objetivos da República, como a dignidade da pessoa humana e vedação à discriminação odiosa e o preconceito. No que tange a relação entre o direito fundamental de liberdade de expressão e o direito à honra, Friedrich Müller aduz que:

[...] o direito à livre manifestação da opinião é um direito fundamental no plano da Constitucional Federal; a proteção à honra, porém, está tradicionalmente assegurada no plano da legislação ordinária. Mas a proteção da honra está vinculada, por sua vez, em termos de conteúdo, ao direito fundamental geral da personalidade, bem como à dignidade da pessoa humana [razão pela qual reveste status constitucional]”. (apud FERRAZ, 2015, p. 122).

Norberto Bobbio nos ensina que o fundamento absoluto não seria apenas ilusão, mas também falsa justificativa para defender posições conservadoras:

(...) dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. (2004, p. 21-22)

De igual modo, Sérgio Ferraz, ao tratar da interdependência e a da inter-relação entre os direitos fundamentais, afirma a relatividade de todos os direitos, situando a intensa conflituosidade intrassistêmica como algo inerente ao Estado democrático:

Questões de conflito ou de concorrência entre normas estão entre as mais exigentes na ciência jurídica e demandam constante e progressivo aprofundamento para a concretização efetiva de direitos em uma sociedade que se pretenda democrática e asseguradora dos direitos e liberdades fundamentais (FERRAZ, 2015, p. 122).

Assim, afastando a possibilidade de tratar a liberdade de expressão como direito fundamental absoluto, ela não poderá ser exercida de maneira ilimitada, ou seja, a liberdade do agente apresenta limites quanto ao seu exercício. Segundo Castro e Freitas (2013, p. 334), “qualquer conduta que ultrapasse os limites dessa esfera de autodeterminação poderá ser objeto de repressão”. A título de ilustração, pode-se citar que a tutela da liberdade de manifestação do pensamento não autorizaria a calúnia ou injúria, institutos que objetivam punir os excessos do exercício da liberdade em comento.

No Direito pátrio, nenhuma liberdade constitui direito absoluto, tampouco garantia com tratamento especial como no caso norte-americano; qualquer direito fundamental, pois, deve se relacionar de maneira equilibrada com os demais direitos fundamentais e com toda a sistemática



constitucional. Neste ponto, a proporcionalidade apresenta-se como recurso hermenêutico essencial para solução de casos com aparente colisão de direitos fundamentais.

Ao tratar da proporcionalidade enquanto princípio geral de direito, Paulo Bonavides (2015, p. 411) menciona que a lesão a este princípio é ato grave, já que o sistema de valores em equilíbrio forma a unidade normativa da lei maior. Para tanto, o autor cita os três princípios parciais da proporcionalidade sustentado por Robert Alexy:

Que o caráter de princípio implica o princípio de proporcionalidade, significa que o princípio de proporcionalidade com seus três princípios de pertinência (Geeignetheit), necessidade (Erforderlichkeit) ou mandamento de uso do meio mais brando, e proporcionalidade em sentido estrito, aliás, mandamento de ponderação ou avaliação, logicamente resulta da natureza de princípio, a saber, deste se deduz. (ALEXY apud BONAVIDES, 2015, p. 410-411)

Nos *hard cases*, causas de difícil solução envolvendo o fenômeno da colisão de direitos, a solução passará pela análise das informações trazidas pelo caso concreto, das argumentações ofertadas no processo judicial, além, da percepção ética do juiz. Nesse sentido, George Marmelstein menciona o balanceamento entre normas constitucionais enquanto instrumento quase intuitivo para a solução de casos de choque:

Tornou-se quase pacífico reconhecer que, em situações assim, é preciso usar a técnica da ponderação para solucionar esse conflito, ou seja, é preciso realizar uma análise de peso e importância dos valores em jogo em decidir qual merece prevalecer. [...] É quase intuitivo perceber que as normas constitucionais entram em choque e que um balanceamento faz parte do fenômeno jurídico (a balança é o símbolo da justiça!). (MARMELESTEIN, 2011, p. 453)

George Marmelstein, em seu artigo “A difícil arte de ponderar o imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores”, traça uma série de problemas filosóficos em torno da colisão de direitos, já que a ponderação vem sempre carregada de um forte viés subjetivo, haja vista que “quando duas normas constitucionais colidem, fatalmente o juiz decidirá qual a que “valerá menos” para ser sacrificada naquele caso concreto” (2011, p. 453). E, ainda, aduz que “quase toda decisão judicial é, em última análise, uma decisão ética, na medida em que afeta os interesses de outras pessoas além do próprio agente moral responsável pelo julgamento” (2011, p. 444).

De forma a construir um modelo jurídico que possa permitir a expansão o círculo ético, Marmelstein (2011, p. 487-488) sugere que seja embutido nos juristas uma cultura de humildade intelectual e moral; que se popularize, na prática jurídica, a teoria da argumentação e da ética do discurso, para fortalecer a ideia de sinceridade, coerência e respeito às regras do debate; e que se



desenvolva um forte senso nos agentes jurídicos, principalmente nos julgadores, já que a qualidade da prestação jurisdicional estaria intimamente ligada à capacidade moral dos juízes.

A tarefa do operador do direito em tempos atuais é modesta, porém difícil. Nas palavras de Norberto Bobbio, “não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado -, mas de buscar, em cada caso concreto, os *vários fundamentos possíveis*” (BOBBIO, 2004, p. 23”).

Retomando o direito à liberdade de expressão, há que se ressaltar que seu exercício desenfreado pode acarretar danos graves aos alvos das críticas, os quais também são titulares de direitos fundamentais, como a honra, vida privada e dignidade da pessoa humana. Sarmento (2010, p. 246) afirma que “as manifestações de ódio tendem a provocar uma babel de sentimentos negativos nas suas vítimas – angústia, revolta, medo, vergonha”. Para Sarmento, como as manifestações de ódio são normalmente direcionados a grupos vulneráveis e estigmatizados socialmente, tais ataques expressivos podem desencadear verdadeiras crises de identidade, reforçando o preconceito, mesmo entre indivíduos equilibrados que provavelmente nunca chegariam ao ponto de expressarem-se de forma violenta contra minorias (SARMENTO, 2010, p. 246). Assim, quanto ao discurso do ódio, “em contextos em que as palavras (ou imagens, ou atos expressivos) de ódio têm um vínculo claro com a coação e com a supressão de direitos, a censura poderia ser justificável” (SILVA, 2014, p. 160).

No Brasil, não consideramos a existência de princípios ou garantias absolutas, portanto o debate acerca da liberdade de expressão e do discurso de ódio é de extrema relevância. Desde a redemocratização do país, a proteção à liberdade, em suas diversas acepções, constitui condição *sine qua non* ao desenvolvimento de uma sociedade pluralista, a qual deve oportunizar ações positivas de grupos minoritários na construção política da nação.

Dessa forma, deve ser repudiada qualquer forma de manifestação odiosa, principalmente se forem proferidas contra grupos minoritários. O exercício de qualquer liberdade, inclusive a de expressão, deve coadunar-se com a dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República e de observância obrigatória pelo Estado na relação com seus cidadãos e, por estes últimos entre seus pares.

Conclusão



Não há como negar que a liberdade constitui uma das garantias de maior relevância num Estado democrático de Direito. Um dos pilares do liberalismo clássico, a liberdade instituída inicialmente para limitar a ação estatal, atualmente possui efeito mais amplo, abrangendo também as relações entre os particulares, de forma que a liberdade de um cidadão é limitada pela liberdade do outro.

A presente pesquisa aborda o discurso de ódio enquanto exercício abusivo do direito de livre manifestação do pensamento, já que pode lesar a privacidade e honra dos envolvidos. Isto porque institutos entram em aparente colisão: a garantia de liberdade de expressão e o direito à privacidade, intimidade e honra, além de fundamentos da República, como a dignidade da pessoa humana.

Nos Estados Unidos, país conhecido por sua cultura nitidamente liberal, a liberdade possui fundamento quase absoluto, e não é diferente quando se trata da liberdade de expressão. As manifestações de pensamento neste país possuem o mínimo de intervenção estatal, indo ao encontro do ideário *laissez-faire*. Em contrapartida, na perspectiva de limitar a liberdade de expressão e proteger grupos minoritários contra manifestações odiosas, o ordenamento jurídico brasileiro lança mão da ponderação para buscar um equilíbrio entre os princípios fundamentais.

Como se percebe, a liberdade de expressão possui tratamentos diversos a nível internacional. Este estudo abordou o posicionamento norte-americano e o brasileiro, o primeiro de caráter mais radical em favor da tutela da liberdade e este último com posição mais ponderada, lançando mão dos dois princípios e buscando a solução no caso concreto, mantendo a unidade do sistema constitucional.

A Constituição de 1988 possui caráter nitidamente intervencionista, na medida em que estabelece uma série de garantias individuais e sociais, buscando a promoção do direito à igualdade. Não se trata da igualdade em seus contornos liberais, mas de forma a dar concretude aos valores e fundamentos da Carta atual. Assim, quando tratamos de direitos fundamentais, o dever de obediência não é direcionado unicamente ao Estado num paradigma verticalizado, mas aos indivíduos em todas as relações, seja com o Estado, seja entre seus pares numa relação horizontal.

Não obstante as razões liberais para proteção da liberdade de expressão, comungamos do entendimento de que não há princípio, fundamento ou valor absoluto. A Constituição Federal deve funcionar como um sistema equilibrado, onde a ponderação, ao lado de outras técnicas, é capaz



solucionar o conflito aparente de suas normas. O direito à livre expressão de pensamento, em suas diversas acepções, deve relacionar-se harmonicamente com o sistema de direitos e garantias constitucionais, como a proteção à intimidade, privacidade e honra, além de valores e objetivos da República, como a dignidade da pessoa humana e vedação à discriminação odiosa e ao preconceito.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Humberto Laport de Mello (Trad.). Separata da Revista dos Tribunais, Ano 101, v. 919, p. 127-196, maio 2012.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário Político**. v. 2. 13. ed. Brasília: UNB, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (Trad.). Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 jun. 2015a.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424/RS**. Relator Ministro Moreira Alves. D. J. 17/09/2003. D.P. 19/03/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: 02 jun. 2015b.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3590/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio. D. J. 12/08/2014. D.P. 12/09/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4352153>>. Acesso em: 02 jun. 2015c.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF**. Relatora Ministra. Cármen Lúcia. D. J. 10/06/2015. D.P. 26/06/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4271057>>. Acesso em: 02 jun. 2015d.

CASTRO, Matheus Felipe de; FREITAS, Riva Sobrado de. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p327>>. Acesso em: 30 Jun. 2015



- FERRAZ, Sérgio Valladão. **Restrições à Liberdade de Expressão**. In: VITORELLI, Edilson (Org). Tema atuais do Ministério Público Federal. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 121-146.
- KOATZ, Fernandez; LORENZO, Rafael. **As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 391-447.
- LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio no Brasil**. Revista Direito e Liberdade, v. 16, n. 3, set./dez. 2014. p. 227-255. Disponível em <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revistadireitoeliberdade/article/viewFile/780/621>. Acesso em: 23 jun 2015.
- MARMELSTEIN, George. **A difícil arte de ponderar o imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores**. In: CARBONELL, Miguel; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 441-502.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 131-166.
- SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais. **Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, Júlio César Casarin Barroso. **Liberdade de expressão, pornografia e igualdade de gênero**. Revista de Estudos Femininos, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 143-165, Apr. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2013000100008&lng=en&nrm=iso. Acesso em 30 Jun 2015.