

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

GEORGE SARMENTO LINS JUNIOR

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UEPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFES – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: George Sarmento Lins Junior; José Claudio Monteiro de Brito Filho; Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-612-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UFBA - Universidade Federal da Bahia que ocorreu nos dias 13,14 e 15 de junho de 2018, em Salvador, cujo tema foi: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores George Sarmiento Lins Junior, José Claudio Monteiro de Brito Filho e Lucas Gonçalves da Silva, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O NORTE-AMERICANO
2. AS REDES SOCIAIS: O DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS A LIBERDADE: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA DESSES PRINCÍPIOS E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO
3. AFIRMAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO LIMITE AO DISCURSO DE ÓDIO
4. DISCURSO DO ÓDIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: INTOLERÂNCIA OU DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO?
5. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA VISÃO DE JOHN STUART MILL
6. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, NORDESTE BRASILEIRO E DISCURSO DE ÓDIO
7. ESPORTE COMO ARTE: UM CONFRONTO ENTRE O DIREITO À IMAGEM E A LIBERDADE IMPRENSA
8. O DIREITO DE IMPRENSA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE
9. DEFICIENCIA COMO PRIVACAO DE LIBERDADES: EM BUSCA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DA PESSOA DEFICIENTE
10. A ATUAÇÃO DO DIREITO COMO INSTRUMENTO REGULADOR NA SOCIEDADE: DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE O TRANSEXUAL
11. PORNOGRAFIA E SEXUALIDADE: UMA DENÚNCIA DA CONDIÇÃO FEMININA
12. O BULLYING RELIGIOSO COMO OFENSA À DIGNIDADE HUMANA: A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DO RECONHECIMENTO PARA A CONSTITUIÇÃO DA IDENTIDADE E DA LIBERDADE RELIGIOSA DO SUJEITO

13. A TEORIA DO DEVER DA ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE EMPREGO.

14. PROSELITISMO RELIGIOSO: UM DIREITO INCOVENIENTE

15. CULTURA CIGANA: A PRÁTICA DO NOMADISMO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

16. DIREITO FUNDAMENTAL A IGUALDADE DE GÊNERO

17. ENSAIO SOBRE UM VIGENTE DIÁLOGO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL TAL QUAL BALIZA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A UTILIZAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

18. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ASPECTOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS

19. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS INVESTIGAÇÕES CORPORATIVAS INTERNAS

20. PRIORIDADE ABSOLUTA VERSUS RESERVA DO POSSÍVEL: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO DO DISCRUSO PROGRAMÁTICO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

21. REFLEXOS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO INFANTO-JUVENIL

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. George Sarmento Lins Junior - UFAL

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho - UFPA e CESUPA

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DISCURSO DO ÓDIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
INTOLERÂNCIA OU DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO?**

**DISCOURSE ON HATE IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: INTOLERANCE
OR THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION?**

Carla Vanessa Prado Nascimento Santos ¹
Lucas Gonçalves da Silva ²

Resumo

Em sociedades plurais, deparamo-nos com pessoas das mais variadas etnias, sexos e orientações sexuais. Porém, existem indivíduos que são intolerantes às diferenças e fazem uso do discurso do ódio para promover a segregação. O direito à liberdade de expressão é invocada, nesses casos, para legitimar o hate speech. No presente artigo, por meio do método dedutivo e bibliográfico, será discutida a limitação da liberdade de expressão, e a necessária consonância desta com dignidade da pessoa humana, que é a matriz constitucional de todos os direitos e o fundamento da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Discurso do ódio, Limites, Dignidade da pessoa humana, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

In plural societies, we come across people of the most varied ethnicities, sexes and sexual orientations. However, there are individuals who are intolerant of differences and make use of hate speech to promote segregation. The right to freedom of expression is invoked, in such cases, to legitimize hate speech. In the present article, through the deductive and bibliographic method, the limitation of freedom of expression and the necessary consonance of it with dignity of the human being, which is the constitutional matrix of all the rights and the foundation of the Federative Republic of Brazil, will be discussed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of expression, Hate speech, Limits, Dignity of human person, Democratic state

¹ Advogada, especialista em Direito Constitucional, mestranda.

² Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi G. d'Annunzio-UD'A (Italia) . Pós-doutorando pela UFBA. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP

1. Introdução

A comunicação é essencial à vida humana, pois aquela possibilita a interação social e a troca de informações repercutindo na evolução da humanidade em todos os aspectos. A comunidade internacional, assim como a maioria dos Estados Democráticos de Direito, diante da importância de se preservar a liberdade de comunicação e garanti-la a todos, reconheceu expressamente como direito fundamental a liberdade de expressão. Porém, a comunicação também pode ser utilizada para expressar pensamentos e disseminar ideias que buscam depreciar o outro indivíduo como pessoa humana e, nesse contexto, surge a colisão de direitos fundamentais presentes nas sociedades democráticas. É, ao depararmos com esses conflitos, que se suscitam contundentes discussões sobre a limitação no exercício dos direitos fundamentais. São as manifestações de ideias que instigam a intolerância, a violência, a discriminação geralmente direcionadas a minorias estigmatizadas, que fazem nascer um dos grandes problemas da sociedade moderna: o Discurso do Ódio.

Tem-se, assim, de um lado a liberdade de expressão, que destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação de pensamentos humano e de outro, todos os direitos fundamentais ameaçados por discursos de ódio proclamados por pessoas que invocam a liberdade de expressão para disseminar pensamentos de segregação, violência e discriminação.

Embora não encontremos em nossa legislação um tipo penal que utilize a terminologia discurso do ódio, podemos nos valer de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal para afirmar que existe a proibição de discursos que incitem a intolerância ou a prática de atos violentos, contra algum indivíduo ou grupo, movidos pela discriminação ou preconceito.

Além disso, partindo para o âmbito internacional, existem diversos documentos, tratados, convenções, os quais o Brasil é signatário que, como já fora dito, resguardam o direito à liberdade expressão, e proíbem veemente o discurso do ódio. Partindo dessa perspectiva, em um Estado democrático e plural, esse tipo de discurso é uma forma de abuso do direito que precisa ser combatido de forma contundente.

Entretanto, o tema encontra interpretação diversa nos ordenamentos jurídicos e cortes constitucionais de países ditos democráticos. Países como os Estados Unidos não estabelecem limites para a liberdade de expressão, pois entendem que o discurso do ódio só é passível de proibição se for efetivamente capaz de causar danos a sociedade.

Já países como a Espanha protegem a liberdade de expressão e condenam o discurso do ódio, fazendo uso, inclusive, de dispositivos legais para proibir esse tipo de discurso violento.

Adentrando na realidade brasileira, o nosso ordenamento jurídico, por meio da Constituição Federal expõe a liberdade de expressão como direito e garantia fundamental, decorrendo dela direitos como a inviolabilidade da consciência, a livre manifestação de pensamento, a liberdade de pensamento (art. 5º, IV da CF). Embora exista a proteção à liberdade de expressão, prevista como direito fundamental na Constituição Cidadã, está também possui o compromisso com o combate à discriminação e a promoção de meios que visem a redução das desigualdades em todos os aspectos.

Diante do exposto acima, a presente pesquisa visa levantar os seguintes questionamentos: Em quais situações de exposição de opiniões, o direito à liberdade de expressão pode sofrer restrições? Em uma sociedade democrática é inconcebível o discurso do ódio? Para responder as essas indagações, o presente artigo utilizou da análise bibliográfica, atentando para teorias que definem discurso do ódio, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Também buscou fazer uma análise acerca da legislação de país estrangeiro que tipifica discursos violentos, bem como um estudo de levantamento jurisprudencial envolvendo liberdade de expressão, discurso do ódio e dignidades da pessoa humana.

2. O Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e as suas devidas limitações

Antes de adentrarmos no direito fundamental à liberdade de expressão, faz-se necessário entendermos, primeiramente, o significado jurídico de direitos fundamentais para nosso ordenamento e, em seguida, o reconhecimento dessa liberdade em âmbito nacional e internacional.

Os direitos fundamentais são direitos que visam assegurar a todos indivíduos inseridos na sociedade, condições de existência digna, associadas a um bem-estar social. Em apertada síntese, podemos definir como direitos fundamentais todos os direitos que possuem, por essência, um direito de matriz constitucional. Dessa forma, os direitos fundamentais são reconhecidos formal ou materialmente. Os direitos fundamentais do ponto de vista formal são aqueles direitos e garantias previsto no corpo da constituição, já em uma perspectiva material, são direitos fundamentais aqueles dotados

substancialmente de conteúdos intrínsecos a dignidade da pessoa humana, independentemente de sua localização topográfica no ordenamento jurídico.

Muitos desses direitos fundamentais, que estão consagrados na ordem jurídica e constitucional brasileira, possuem proteção, também internacional, além de estarem consagrados em diversos outros Estados. Um exemplo de direito protegido por nossa Constituição, que também possui proteção internacional e em diversos países, é o direito fundamental à liberdade de expressão¹. Nas palavras de Waldir Alves:

“Deve-se ter em conta que além da proteção interna às liberdades de manifestação do pensamento pela Constituição brasileira, também há uma proteção internacional desses direitos de liberdade, cujos documentos protetivos do Sistema Interamericano foram devidamente subscritos pelo Brasil e aos quais está submetido, assim como o País está submetido ao Sistema Global no âmbito da Organização das Nações Unidas. (CLÈVE, 2015, p. 883)

Em âmbito mundial, a liberdade de expressão encontra proteção na Declaração Universal dos Direitos Humanos, relativamente às liberdades de manifestação², e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos³.

¹ 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. O inciso IX do art. 5º proíbe a censura, o que é confirmado em seu art. 220 e seus parágrafos, que prevêm, também, 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. Já o art. 220 traz 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. § 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; importante se faz, também, a leitura do art. 244: 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.

² “Art. 19 . Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão, este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. ”

³ “Art. 18. 1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita a penas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados- partes no presente pacto comprometem-se a respeitar a

Diversos são os tratados que envolvem países de determinados continentes que trazem a proteção à liberdade de expressão e de pensamento, como é o caso da América, onde a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁴ e o pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)⁵ trazem em seu texto proteção expressa.

No Continente europeu, a Convenção Europeia de Direitos do Homem (Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), também preocupou-se em fazer menção a proteção do direito à liberdade de pensamento e de expressão⁶. Neste continente, também, por meio da Carta dos Direitos Fundamentais da

liberdade dos pais- e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. Artigo 19. 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideais de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 3. O exercício de direito previsto no § 2º, do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.”

⁴ “Art. IV. Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio.”

⁵ Art. 13. (Liberdade de Pensamento e de Expressão) 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamentos e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O Exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas as responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inc. 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento a discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

⁶ “Art. 9 (Liberdade de pensamento, de consciência e de religião) 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica liberdade de mudar de religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas em lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral pública, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem. Artigo 10 (Liberdade de Expressão) 1. Qualquer pessoa tem o direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os

União Europeia⁷, a liberdade de pensamento foi protegida.

Em vários dispositivos dos tratados acima mencionados, fica-se claro que não há direito absoluto, havendo a possibilidade de restrições à liberdade de expressão, diante de casos que esta entre em conflito com outros direitos. Nos próprios tratados internacionais vislumbra-se a autorização do Estado-membro de restringir, mediante lei, a depender do caso concreto, quando a liberdade de expressão entre em choque com direitos pertencentes a outro indivíduo⁸.

Por outro lado, Owen M. Fiss entende pela necessidade de procurar um equilíbrio entre a liberdade de expressão e os demais direitos em eventuais conflitos, os chamados contra valores, além do mais para o autor “algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros.” (FISS, 2005).

É incontestável o importante papel da liberdade de expressão nas sociedades democráticas. O Brasil, que durante muitos anos sofreu o cerceamento de diversos direitos fundamentais, no período a ditadura militar, entende a necessidade de proteção das liberdades. A Constituição de 1988 traz um rol extenso de direitos e garantias fundamentais⁹ que não encontravam lugar antes da sua promulgação.

Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção o crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou os direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.”

⁷ “Art. 10. (Liberdade de pensamento, de consciência e de religião) 1. Toda as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. O direito a objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício. Art. 11. (Liberdade de expressão e de informação) 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.”

⁸ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: “Art. 54. (Proibição do abuso de direito). Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de implicar qualquer direito de exercer atividades ou praticar atos que visem a destruição dos direitos ou liberdades por ela reconhecidos ou restrições desses direitos e liberdades maiores do que as previstas na presente Carta.”

⁹ 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,

O direito à liberdade de expressão, que está ligada diretamente ao direito à informação, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, além de possibilitar, aos indivíduos inseridos nesta sociedade, a fiscalização dos direitos fundamentais. Porém, o Estado não pode coadunar com a utilização da liberdade de manifestação de pensamento como forma de violação a direitos de outras pessoas, pois neste caso restaria configurado um claro caso de abuso de direito¹⁰.

3. O Discurso do Ódio no Estado Democrático de Direito

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus e é acompanhada de um alto grau de responsabilidade na hora de ser exercida. O direito à liberdade de expressão, quando exercido de maneira desenfreada pode resultar em danos graves aos destinatários daqueles comentários, tendo seus direitos fundamentais, como a honra, a imagem, dignidade da pessoa humana, entre outros, violados. Sarmento (2010, p. 246) explica que “as manifestações de ódio tendem a provocar uma babel de sentimentos negativos nas suas vítimas – angústia, revolta, medo, vergonha”.

Esse tipo manifestações com conteúdo odioso são normalmente direcionados a indivíduos vulneráveis e estigmatizados, e têm o condão de promover ou reforçar o

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. 244 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.

10 Para Gilmar Mendes: Não é verdade, ademais, que o constituinte concebeu à liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo legislativo. Já a fórmula constante do artigo 220 da Constituição explicita que “a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. É fácil de ver, pois que o Texto Constitucional não exclui a possibilidade de que se introduzissem limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição. (CLÈVE, 2015. p. 480)

preconceito. Logo, o *hate speech*¹¹, como também é chamado o 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).

Para melhorar entendermos sobre a gravidade do discurso do ódio e o quão danoso ele pode ser, faz-se necessário a distinção de discurso do ódio e crime de ódio. Nas palavras de José Adércio Leite Sampaio:

O discurso do ódio deve ser distinguido de fenômenos correlatos. Enquanto os crimes de ódio são formas de mau comportamento motivados por preconceito ou por prejulgamento – e as circunstâncias agravantes aplicadas em sentença, por conta desses preconceitos e prejulgamentos, impõem penas mais severas a crimes quando eles são elas motivados-, o discurso do ódio é uma expressão que desdenha e vexa o seu alvo em razão da raça, do gênero, da orientação sexual ou de outra forma de associação a um grupo. (...) O discurso do ódio contribui para um clima hostil que debilita a cultura de respeito mútuo necessária para uma expressão efetiva e para uma justa ponderação dos diversos pontos de vista. (...) O discurso do ódio utiliza epítetos para insultar e estigmatizar terceiros com base em raça, gênero, orientação sexual, ou formas de associação. (SAMPAIO, 2016, p. 45)

Sampaio (2016, p.28) define discurso do ódio como “a expressão de atitudes discriminatórias que têm histórico, longo, feio e algumas vezes violento. Como tais, discursos de ódio têm um poder de gerar segregação social.”

Nas palavras de Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, configura discurso do ódio:

O discurso do ódio, como dito, é um dos aspectos polêmicos que envolvem a garantia à liberdade de expressão. Ele consiste na manifestação de idéias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos. Note-se que o discurso do ódio não é voltado apenas a discriminação racial. Para Winfried Brugger o discurso do ódio refere-se “a palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.

Pode ser considerada como apologia abstrata ao ódio, pois representa o desprezo e a discriminação a determinados grupos de pessoas que possuem certas características, crenças, qualidades ou estão na mesma condição social, econômica, como, por exemplo, os ciganos, nordestinos, negros, judeus, árabes, islâmicos, homossexuais, mulheres, entre outros. (MEYES-PFLUG, 2009, p. 97-98)

Além de expressar atitudes discriminatórias, o *hate speech* fere, ameaça, difama os seus destinatários. Dessa forma, ele destrói um contexto social onde seja possível a

¹¹ Nos EUA, este é o termo amplamente utilizado.

convivência com mútuo respeito, que é primordial para a participação do indivíduos em uma sociedade democrática e pluralista.

Porém há entendimentos de que esse tipo de discurso que promove a intolerância e profere palavras ofensivas a determinados grupos, muitas vezes que já carregam um carga de estigmatização cultural, devem ter proteção jurídica. No entendimento de Ronald Dworkin:

As manifestações de expressão que são consideradas ofensivas e detentoras de repúdio por parte da sociedade têm tanto direito de proteção jurídica quanto qualquer outra expressão, isso porque, os discursos, não importam quais sejam, devem ser combatidos com mais discursos, para que aquele que melhor for argumentado se sobressaia sobre os demais, não necessitando de outras intervenções, como as limitações jurídicas da liberdade de expressão (DWORKIN, 2006, p. 321).

Para essa estudo, entendemos pela necessidade de se analisar duas Cortes Constitucionais estrangeiras, que possuem entendimentos opostos sobre o tema e, em seguida, abordaremos o entendimento do nosso Tribunal Constitucional.

Iniciamos analisando esse panorama nos Estados Unidos, onde a liberdade de expressão, assim como a de imprensa, recebe intensa proteção, permitindo o direito de indenização apenas se for comprovado que o titular do direito à expressão agiu com real malícia (*actual malice*) ou com temerária desconsideração da falsidade da matéria (*reckless disregard of whether if was false or not*) nos casos em que se tratar de funcionário público. (CARVALHO, 1999. P.32)

Esse entendimento norte-americano sobre a liberdade de expressão tem amparo legislativo na Primeira Emenda Constitucional¹², de 1791. Essa emenda possui duas vertentes, sendo a primeira posição referente à teoria liberal onde o Estado fica proibido de interferir no direito de manifestação do particular. Já a segunda posição, democrática, visa promover um espaço onde todos os cidadãos tenham direitos à informação para que seja ampliado o debate público. Nos Estados Unidos, subsiste de forma predominante, fundamentado juridicamente no direito à liberdade de expressão, a doutrina liberal clássica da livre circulação de idéias, o *market place of ideas*.

Com o julgamento do caso *Brandenburg vs. Ohio* (U.S. SUPREME COURT, 1969), a Suprema Corte norte-americana considerou os discursos de ódio e racistas, em rede televisão emitidos por um líder da *Ku Klux Klan*, acobertados pela liberdade de expressão. Essa Corte, através do mencionado julgamento, declarou inconstitucional a

¹²“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances” (ESTADOS UNIDOS, 1791).

lei do Estado de *Ohio*, pois considerou que esta norma punia a defesa de uma ideia. De acordo com esse entendimento, ideias de cunho racista e de discriminação podem ser livremente defendidas, caso não sejam direcionadas para a prática de atos de violência e atentatórios a ordem social. A corte acha necessária a adoção desse posicionamento por entender que a liberdade de expressão é uma exposição também de questões públicas, a qual foi reconhecida pela Primeira Emenda como forma de assegurar o livre intercâmbio de ideias para propiciar as mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo. Esclarece Sarmiento:

[...] entende-se que o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, ainda que considere algumas delas abjetas, desprezíveis ou perigosas. As concepções defendidas por Hitler ou pela Ku Klux Klan têm de receber a mesma proteção do Poder Público do que as manifestações em favor dos direitos humanos e da igualdade. Como exceção, admitir-se-iam apenas restrições às manifestações que, pela sua natureza, pudessem provocar uma imediata reação violenta da audiência. Trata-se daquilo que a doutrina norte-americana chama de *fightingwords*. (SARMENTO, 2006, p. 215)

Em contrapartida, passemos a analisar o entendimento sobre liberdade de expressão e discurso do ódio na Espanha. A liberdade de expressão encontra importante destaque na Constituição Espanhola, mas o próprio texto constitucional (artigo 20.4)¹³ determina a necessidade de elaborar limites ao seu exercício como forma de garantir o respeito aos demais direitos e garantias reconhecidos constitucionalmente ou em diplomas legais.

O Código Penal espanhol prevê como crime atos que promovam a discriminação, o ódio ou a violência por razões racistas, por religião, crença, ideologia, raça, sexo e correlatos. A lei espanhola vai além e pune, com a mesma pena, também, todo aquele que, tendo conhecimento de ser uma afirmação inverídica ou ser indiferente, mostrando desprezo pela verdade, espalhar informações depreciativas contra minorias estigmatizadas. Ainda há um tipo penal que, como em outros Estados democráticos, veda a existência do Holocausto, conseqüentemente, proibindo-se o discurso do ódio. Assim dispõe Francisco Fernández Segado:

A liberdade de expressão não compreende o direito de manifestações de caráter xenófobo, racista, na medida em que eles representam a antítese do direito à honra e da dignidade da pessoa humana, ressalta, ainda, que tais direitos devem ser respeitados pelos poderes públicos e pelos particulares. (SEGADO, 1992 apud MEYER-PLUG, 2009. p. 163.)

¹³O artigo 20.4 da Constituição Espanhola estabelece a necessidade de se elaborar limites ao seu exercício, em especial no que tange à proteção da honra, da intimidade, da imagem e da infância e juventude.

Adentrando na realidade brasileira, o nosso ordenamento jurídico, por meio da Constituição Federal expõe a liberdade de expressão como direito e garantia fundamental, decorrendo dela direitos como a inviolabilidade da consciência, a livre manifestação de pensamento, a liberdade de pensamento (art. 5º, IV da CF). Embora exista a proteção à liberdade de expressão, prevista como direito fundamental na Constituição Cidadã, está também possui o compromisso com o combate à discriminação e a promoção de meios que visem a redução das desigualdades em todos os aspectos.

Nossa atual Constituição, embora preveja como direito fundamental a liberdade de expressão, é clara em seu artigo 1º ao determinar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Sendo um dos compromissos do nosso país a promoção do bem-estar social para todos os indivíduos e, a proteção da dignidade da pessoa humana, sendo esta a pedra angular da Constituição de 1988.

No nosso ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana é um princípio que norteia todas as atuações estatais. Vale dizer que o respeito da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos elementos imprescindíveis para a legitimação da atuação do Estado brasileiro. Qualquer ação do Poder Público e de seus órgãos não poderá jamais, sob pena de ser eivada de ilegalidade, restringir de forma injustificável a dignidade da pessoa.¹⁴

A existência do *hate speech*, em sociedades democráticas e pluralistas, como é o caso da nossa, onde também carregamos uma carga hereditária de preconceitos e discriminações em razão de religião, sexo, etnia e raça, vai de encontro com a ideia de igualdade, bem-estar social e dignidade da pessoa humana perfilhada na Constituição de 1988. Para

¹⁴ No nosso ordenamento jurídico-positivo, o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional explícito, Constituição Federal de 1988 proclama, no seu artigo primeiro, que a República Federal do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art.1, III). Vale dizer que o respeito da dignidade da pessoa humana constitui-se em um do elementos imprescindíveis para a legitimação da atuação do Estado brasileiro. Qualquer ação do Poder Público e seus órgãos não poderá jamais, sob pena de ser acoimada de ilegítima e declarada inconstitucional, restringir de forma intolerável ou injustificável a dignidade da pessoa. Esta só poderá sofrer restrição para salvaguardar outros valores constitucionais. O texto constitucional em vigor é a primeira constituição brasileira a reconhecer expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio foi pela primeira vez consagrado pela Constituição de Weimar ao prescrever que o respeito à pessoa humana um limite constitucional ao poder legislativo. Hodiernamente, inúmeras constituições fazem alusão à dignidade da pessoa humana: Constituição da República Federal da Alemanha (art. 1), constituição da Grécia (art. 2), Constituição da Espanha (art. 10, n 1), Constituição da Itália (art. 3), Constituição de Portugal (art. 1), Constituição da Índia (preâmbulo), Constituição do Peru (preâmbulo) e outras. (FARIAS, Colisão de Direitos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 63)

restar comprovada essa incompatibilidade e a sua consonância com a Suprema Corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Habeas Corpus* nº 82.424-2, conhecido como “Caso Ellwanger”, em 2003, onde fora apreciado pela Corte um dos mais relevantes julgados em matéria de direitos humanos (SARMENTO, 2010), entendeu que o direito fundamental a liberdade de expressão, ao servir de meio para discurso do ódio, deve ser restringido. Esse caso dividiu o plenário do Supremo, votando, pelo deferimento do remédio constitucional, três ministros, alegando a inexistência de racismo e por tal manifestação estar amparada pela liberdade de expressão. Já os demais ministros indeferiram por entenderem restar configurado o discurso de ódio, e, diante da colisão de direitos fundamentais, utilizaram da técnica de ponderação de valores. O STF decidiu, nesse marcante julgamento, que o direito à liberdade de expressão não abarca manifestações de pensamento de cunho antissemita, e que estas ofendem o princípio da dignidade da pessoa humana.

O pacto de San José da Costa Rica, expressamente, limitou o exercício do direito a liberdade de expressão quando se fizer necessário para garantir o bem estar-social, a ordem pública e os outros direitos dos demais indivíduos, além de permitirem a edição de lei, por parte dos Estados – membros, para proibirem manifestação de pensamentos que contenha discurso do ódio. Waldir Alves explica:

Alias, esse procedimento cauteloso foi detalhadamente previsto no âmbito interamericano pelo Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969), que ao tratar da liberdade de pensamento e de expressão, previu expressamente que o exercício do direito não pode estar sujeito à censura prévia, porém impõem responsabilidades ulteriores previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas, à proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas (art. 13,2), além da previsão de os Estados –membros proibirem por lei toda e qualquer propaganda a favor da guerra, de toda e qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência, cuja restrição foi confirmada pelo STF, o que evidencia o caráter não absoluto da liberdade. (CLÈVE, 2015, p. 875)

Diante disso, à medida que a manifestação de pensamento proferida por aquele indivíduo venha a violar a dignidade humana de outra pessoa ou grupo, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. O que se pretende com esses limites não é tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois não o Estado ser condizente ou omissivo diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas, que, na maioria das vezes, são indivíduos sujeitos a maior vulnerabilidade.

4. Ponderação de Direitos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana

É incontestável a importância da liberdade de expressão para o Estado Democrático de Direito. Seja por aquele direito ser um dos pilares da democracia, por ser uma maneira das pessoas fiscalizarem e exigirem o cumprimento de outros direitos fundamentais, ou por garantir a formação da consciência individual ou coletiva da nação. Mas, também, como qualquer outro direito, não pode ser exercido de maneira ilimitada e não possui caráter absoluto.

Em que pese a relevância da liberdade de expressão, esta não pode ser invocada para violar a dignidade da pessoa humana. Como já fora dito, a dignidade da pessoa humana consiste no fundamento do Estado Democrático brasileiro, prevista expressamente para tal fim na Constituição Federal. Daniel Sarmento conceitua dignidade da pessoa humana:

É que o próprio princípio a dignidade da pessoa humana, pela sua notável abertura, abriga e fomenta este pluralismo, constituindo fórmula elástica o bastante para acolher valores potencialmente conflitantes, como liberdade e segurança, igualdade e direito à diferença.

Assim, a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade¹⁵, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.

Portanto, o princípio da proporcionalidade pauta a ponderação de interesses, fazendo com que essa técnica de ponderação não resulte em uma forma de decisionismo judicial disfarço, cujos critérios podem ser aferidos com certa objetividade.

¹⁵ O princípio da proporcionalidade é essencial para a realização de interesses constitucionais, pois raciocínio que lhe é inerente, em suas três fases subsequentes, é exatamente aquele que se deve utilizar na ponderação.

Na verdade, ponderação e proporcionalidade pressupõem-se reciprocamente, representando duas faces de uma mesma moeda. Como afirmou Willis Santiago Guerra Filho a propósito do princípio da proporcionalidade, *é ele que permite fazer o “sopesamento” (Abwagung, balancing) dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontrem em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito de todos os envolvidos no conflito.*

Com efeito, na ponderação, a restrição importa a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: a) mostra-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, b) não houver solução menos gravosa, e c) o benefício logrado com restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico. (SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal, p. 37)

Como já explicado, não há uma hierarquia entre direitos. De modo que faz-se indispensável para resolver as colisões que se verificarem nos casos concretos a utilização da técnica de ponderação de interesses, sempre concedendo proeminência a dignidade da pessoa humana¹⁶. Daniel Sarmento fala a respeito da ponderação:

“Nesta ponderação, porém a liberdade do operador do direito tem como norte e como limite a constelação de valores subjacentes à ordem constitucional, dentre os quais cintila com maior destaque o da dignidade da pessoa humana. Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, já que a garantia e a promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo Direito, ou, nas palavras de Teresa Negreiros, a própria “razão de ser” do sistema jurídico-constitucional.” (SARMENTO, 2002, p. 75)

Por ser o princípio da dignidade da pessoa humana a “razão de ser” do ordenamento jurídico- constitucional, é nele que reside a fonte jurídica dos direitos constitucionais. É a dignidade da pessoa humana que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais, sendo contrária a toda a ordem constitucional qualquer direito que venha ferí-la. Além disso, a ponderação deve sempre se orientar ao sentido de proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente (SARMENTO, 2002, p. 105).

Diante do exposto, entendemos que a liberdade de expressão quando utilizada para proferir discurso do ódio deverá sofrer limitações em respeito à dignidade humana. Em verdade, a dignidade da pessoa humana é o fundamento da República Federativa do Brasil, em razão disso, deve ser o critério norteador para ponderação de direitos, devendo prevalecer, no caso concreto, o direito que melhor salvaguarde o dignidade da pessoa humana. Assim, reiteramos o nosso entendimento de que nenhuma ponderação pode implicar em amesquinamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem (SARMENTO, 2002, p. 105).

¹⁶ Neste particular, não concordamos com Robert Alexy quando este afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ceder, em face da ponderação com outros princípios em casos concretos. É certo que, sob certas condições, a ponderação pode importar em restrição ou afastamento de direitos fundamentais para a tutela de bens coletivos de estatura constitucional. Porém, tomando-se como premissa uma perspectiva personalista e não individualista da dignidade da pessoa humana, que valorize também a dimensão coletiva o homem, esta restrição, por si só, não bastará para caracterizar lesão à dignidade da pessoa humana.

5. Conclusões

Um Estado Democrático de Direito implica em sérias responsabilidades, ao mesmo tempo que consagra garantias e liberdades individuais e coletivas, a exemplo da liberdade de expressão. A escolha pela democracia impõe ônus que é fundamental para um convívio pacífico e harmônico em sociedade, desse modo, a liberdade de expressão deve ser realizada respeitando os limites da dignidade da pessoa humana,

Como a liberdade de expressão está prevista como direito fundamental na constituição de 1988, nos tratados e convenções internacionais, dos quais o Brasil é signatário, tanto no que se refere ao seu conteúdo, como, também, em relação às restrições previstas nos próprios documentos, o Estado deve procurar mecanismo justo que para limitar a atuação da manifestação do pensamento na medida em que a este direito venha violar direitos de outras pessoas.

O desenvolvimento de uma sociedade pluralista, como é a nossa, necessita que sejam repudiados qualquer manifestação odiosa. O exercício da liberdade de expressão, assim como de todas as outras liberdades, deve estar em consonância com a dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil

O discurso do ódio nada mais é do que uma forma de inferiorizar e diminuir os seus alvos. A liberdade de expressão quando é utilizada para legitimar o hate speech necessita sofrer limitações, pois a intolerância às diferenças de orientação sexual, étnica, religiosa, política e todas as diferenças presentes em uma sociedade pluralista, inviabiliza o caminho da cidadania, a promoção do bem estar social e a proteção da dignidade da pessoa humana, os quais são pilares do Estado Democrático de Direito.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e redefinição do dever de proporcionalidade**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 1, p. 86, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista latino americana de estudos constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 297-339, jan./ jun., 2005.

BOYLE, Kevin. **Hate Speech: the United States versus The restofthe World?** Heinonline, Maine Law Review, v. 53, n. 2, 2001.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**.

BOFF, Leonardo. **Limites da liberdade de expressão**. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Coluna/Limites-da-liberdade-de-expressao/32944>>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia Internet: Reflexões sobre internet, negócios e sociedade (tradução Rita Espanha)**. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Doutrinas essenciais Direito Constitucional**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

COLIVER, Sandra. **Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination**. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/striking-a-balance.pdf>>. Acesso em: 20 de novembro. 2017.

CUENCA, Andrés Gascón. **Evolución jurisprudencial de laprotección ante el discurso Del odio em España em la última década**. Disponível em: <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/2002/3021>>. Acesso em: 22 de novembro de 2017.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Barcelona: Ariel, 1989.

DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**, 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação**. São Paulo: Pillares, 2005.

- GLUCKSMANN, André. **O discurso do ódio**. Tradução Edgard de Assis Carvalho; Maria Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Difel, 2007.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- LEVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.
- MELLO, Sylvia Laser de. **A palavra, o Preconceito e o pensamento**: Introdução ao problema do juízo e da consciência em Hannah Arendt. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- PAESANI, Liliana Minardi. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2007.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Limites à Liberdade de Expressão**. Espaço Jurídico: Journal of Law, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 374-401, dez. 2010. Semestral. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1954/1022>>. Acesso em: 28 nov. 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. ver. Atual. e ampl. 2ª. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002
- SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Livre e Iguais, Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010.
- SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, Lucas Gonçalves da; DETONI, Andréa Galvão Rocha. **A proteção dos Direitos Fundamentais à luz da sociedade da informação**. In: Irene Portela; Fábio da

Silva Veiga; Rubén Miranda Gonçalves. (Org.). **O Direito Constitucional e o seu papel na construção do cenário jurídico global**. 1ed. Barcelos- Portugal: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2016, v. 1, p. 607-617.

SILVA, Lucas Gonçalves da; SOUZA, Marcelo Serrano. **A redução da maioria penal e a violação ao princípio da igualdade**: a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento como elemento constitutivo da identidade do adolescente. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 11, p. 821-839, 2016.

TSESIS, Alexander. **Dignity and Speech**: the regulation of hate speech in a democracy. Wake Forest Law Review. Vol. 44. 2009.