

Introdução

A liberdade de expressão, direito fundamental resguardado pela Constituição Federal, está diretamente ligada aos princípios basilares do Estado democrático de direito. Ocorre, que tal direito não é absoluto nem hierarquicamente superior aos demais, portanto, o mesmo está condicionado à existência de contornos e restrições.

O presente estudo trata da possibilidade ou não de se restringir o direito fundamental à liberdade de expressão em casos pontuais em que há a exteriorização de discurso de ódio direcionado à uma pessoa ou grupo social, pois nesse caso estaríamos diante da colisão de dois direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, qual sejam, liberdade de expressão Vs. Dignidade da pessoa humana.

Para proceder a análise do assunto, primeiramente foi apresentado um breve histórico acerca da liberdade de expressão e seus contornos. Posteriormente, foi definido o que vem a ser o discurso de ódio e como se dá sua configuração na externalização do pensamento. Caminhando para o fim do estudo, conclui-se acerca da necessidade de proceder à técnica de ponderação no caso de conflito entre dois ou mais direitos fundamentais.

Liberdade de expressão: breve histórico

Esse importante direito fundamental custou muito caro até ser garantido aos indivíduos brasileiros, tendo o Brasil passado por diversos momentos em que tal garantia – ainda não positivada – simplesmente não existia, por esse motivo, diversas pessoas foram presas, exiladas e até mortas por expressarem seus pensamentos, ideologias e posicionamentos.

Períodos sombrios fizeram parte da vida do povo brasileiro, onde os mesmos tiveram sua liberdade de expressão e manifestação extirpadas por muitos anos, em virtude da ditadura militar, como exemplo mais marcante e reacionário do período, temos o Ato Institucional nº 5 (AI-5), baixado em 13 de dezembro de 1968, tendo vigorado até dezembro do mesmo ano, esse duro golpe definiu o mais duro regime, dando poder de exceção aos governantes para punir arbitrariamente os que fossem inimigos do regime ou como tal considerados. (D'ARAUJO, 2010)

No período de vigência do Ato Institucional supramencionado, as liberdades individuais foram restringidas, para não dizer extintas, no Brasil, nesse período o país viveu um verdadeiro Estado de exceção, como parte de um movimento de permissividade para atos de perseguições, tortura e assassinatos dos “opositores” do regime, para realização de tais atos, os militares

realizavam fiscalização prévia dos artigos e reportagens da imprensa, letras de músicas, filmes e peças teatrais.

Passados 10 anos da emissão do AI-5, o então presidente Ernesto Geisel, em 31 de dezembro de 1978, revogou o Ato Institucional, atitude essa que representou um passo fundamental para o processo de redemocratização do país, tendo em vista que tal revogação, implicou no retorno do Congresso, os cidadãos não seriam mais privados de seus direitos, restauração do Habeas corpus etc (BARROS, 2016).

A denominada “Constituição cidadã”, surgiu como o renascimento do direito constituição e propiciando a reconstitucionalização do país. Luís Roberto Barroso, sobre o assunto, preleciona:

[...] o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. [...] A Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado Brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um estado democrático de direito [...] (BARROSO, 2007, p. 6).

A Constituição de 1988 foi concebida no intuito de promover todas aquelas liberdades que haviam sido suprimidas pela ditadura militar, em especial à liberdade de expressão, que se destina a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízo de valor, ou seja, a externalização de qualquer manifestação do pensamento humano (BARROSO, 2004).

É possível entender o reconhecimento constitucional do direito de expressão como a exteriorização de crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos e emoções, através das mais diversificadas plataformas hoje existentes, sendo a autonomia do indivíduo um dos mais importantes fundamentos para sua existência (ROTHENBURG, STROPPIA, 2015).

No artigo 5º, IV, V, IX, XVI, da Constituição Federal, o legislador constituinte, definiu a liberdade de expressão como direito fundamental, cláusula pétrea e, como tal, insuscetível de alteração por meio de edição de emenda constitucional:

Além do artigo supramencionado, podemos encontrar na Constituição Federal, no capítulo que versa sobre à comunicação social, no artigo 220, vedação expressa à censura, dispositivo este que garantiu uma perspectiva objetiva ao direito de expressão.

Pode se dizer que existem diversos outros direitos conexos à liberdade de expressão, tendo a definição de liberdade de expressão neste caso a mais ampla possível, desde que levada em conta a operacionalidade do direito.

No entendimento de Fernanda Carolina Tôrres (2013):

Para além do reconhecimento de sua amplitude, a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2001), o direito de liberdade de expressão – assim como os demais direitos fundamentais – deve ser entendido como princípio constitucional, norteador da hermenêutica jurídica. Segundo Alexy, os direitos fundamentais têm o caráter de princípios e, nessa condição, eventualmente colidem uns com os outros, sendo necessária uma solução ponderada em favor de um deles.

No intuito de garantir maior garantia à efetividade da liberdade de expressão, o legislador constituinte se preocupou em vedar expressamente a censura, que pode ser considerada a forma mais clara de vedação à liberdade.

Além da previsão constitucional, a liberdade de expressão é também assegurada através de diversos tratados internacionais, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA) e o Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos (ONU), sendo o Brasil signatário dos mesmos (ROTHENBURG, STROPPIA, 2015).

Mesmo que não se deva declarar a primazia absoluta de um direito fundamental frente a outro, devido ao princípio da unidade, não é possível se falar de hierarquia entre normas fundamentais, fato é que existem aqueles que gozam de preferência e que exigem situações raras e restritas para que os mesmos sejam suprimidos. Sob esse aspecto, temos como exemplo a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em seu voto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF, muito bem ensinou sobre o tema:

[...] diga-se que afirmar que a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial não significa hierarquizá-la em relação a outros direitos fundamentais, porque, como disse, não há hierarquia entre eles. Porém, dizer-se que a liberdade de expressão é um direito ou uma liberdade preferencial significa, em primeiro lugar e acima de tudo, uma transferência de ônus argumentativo. Quem desejar afastar a liberdade de expressão é que tem que

ser capaz de demonstrar as suas razões, porque, *prima facie*, em princípio, é ela, a liberdade de expressão, que deve prevalecer.

Mesmo diante disso, não é possível afirmar a prioridade absoluta do direito fundamental em questão, tendo em vista que os mesmos convivem no ambiente normativo, ainda no voto do Ministro, o mesmo assim apresentou:

[...] a liberdade de expressão, como todos os direitos fundamentais numa sociedade democrática, não constitui um direito absoluto, é uma liberdade preferencial, mas não é um direito absoluto. É comum afirmar-se isso: nenhum direito fundamental é absoluto.

A liberdade de expressão e o discurso de ódio no Brasil

Já devidamente esboçados os contornos gerais que permeiam a liberdade de expressão para possibilitar a breve análise sobre o possível conflito entre liberdade de expressão e discurso de ódio, resta agora definir o que vem a ser o discurso de ódio.

Em verdade, o discurso de ódio é tratado como uma variável da liberdade do pensamento humano e, como tal, apenas sentimento de ódio ou rejeição não externado, não tem interesse para o mundo jurídico. Ocorre que, o mesmo sai da seara do pensamento e é externalizado, o mesmo repercute como expressão de pensamento e passa a gerar efeitos nocivos a aqueles que foram atingidos com o discurso realizado (CASTRO, FREITAS, 2013).

Como conceito central do que venha a ser o discurso de ódio, podemos defini-lo como aquele discurso que apresenta como elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha, inferioriza e ataca indivíduos e grupos sociais. Tal discurso encontra como objetivo propagar a segregação e discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado “diferente”, quer em razão de seu gênero, etnia, cor, orientação sexual, identidade de gênero ou condição financeira, para promover a sua inferiorização e exclusão social (CASTRO, FREITAS, 2013b).

Para que se configure discurso de ódio, não basta simplesmente a alegação de tal, o mesmo deve ter características capazes de manifestar discriminação e desprezo pelas pessoas que compartilham alguma característica que as torna pertencentes a um certo grupo, essas pessoas são referidas pelo agressor como inferiores e indignas da mesma cidadania do mesmo.

A violação ocasionada pelo emissor do discurso odioso, fere diretamente a dignidade da pessoa humana, princípio basilar resguardado pela Constituição Federal. Além disso, a

violação não é suportada somente pelo indivíduo receptor, a partir do momento que o discurso é proferido contra um grupo social específico, todos os membros pertencentes têm sua dignidade atacada, sendo o dano considerado como difuso.

Daniel Sarmento (2006), sobre as manifestações de ódio e seus efeitos, dispõe que as mesmas são capazes de provocar uma gama de sentimentos negativos em seus vítimas, como a angústia, revolta, medo e vergonha, podendo tais sentimentos atingir inclusive a dimensão do sentimento físico.

A Constituição Federal dispõe expressamente que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades individuais” (art. 5, XLI), além da Lei n. 7.716/89, que em seu artigo 20, aponta como crime a prática de discriminação por critério de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, adicionando em seu §1º a punibilidade de atos divulgadores do nazismo.

Já o artigo 13, §7º, da Convenção Americana de Direitos, da qual o Brasil é signatário, determina que “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

Em 2010, foi instituído o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/10), que em seu artigo 26, estabelece que “o poder público adotará as medidas necessárias para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores, especialmente com o objetivo de: I - coibir a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade de matrizes africanas” (ROTHENBURG, STROPPIA, 2015).

Aos demais casos, para configuração do discurso de ódio, tendo o legislador se quedado inerte, é cabível a aplicação de medidas coadunantes com o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º da Constituição Federal, sendo pacífico o entendimento de que tal norma fundamental é dotada de eficácia plena e que confere unidade de sentido à ordem constitucional brasileira (SARLET, 2011).

Como se vê, a análise acerca do conflito entre dois direitos fundamentais, como ocorre no caso da liberdade de expressão vs dignidade da pessoa humana, deve ser realizada caso a

caso, pois conforme já apresentada anteriormente, não existe hierarquização ao se tratar de direitos fundamentais.

Miguel Reale Júnior sob a ponderação casuística do conflito entre direitos fundamentais, assim leciona:

O recurso à ponderação, na hipótese de se reconhecer a ocorrência de um conflito de valores constitucionais, apresenta-se como a única alternativa possível, apesar de que não ser “[...] o manto da ponderação uma terapia segura que evite aberrações morais ou tontices ou um decisionismo vazio de toda a ponderação” (JÚNIOR, 2010b).

Portanto, é possível afirmar que da mesma forma que não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, os mesmos não são absolutos e por esse motivo se faz necessário que o julgador proceda uma “negociação” entre os valores que estão em discussão através da técnica de ponderação.

Notas conclusivas

O objetivo principal firmado na realização do presente estudo, foi a análise da liberdade de expressão frente ao discurso de ódio no Brasil, para tanto, foi realizada breve análise a respeito da consagração do direito fundamental a liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, em um segundo momento, foi definido o conceito do discurso de ódio e como é dada sua configuração frente aos indivíduos, e ao final, foi realizada breve discussão acerca da necessidade do julgador utilizar a técnica de ponderação dos direitos fundamentais no caso concreto.

Ao se analisar o estudo aqui apresentado, é possível visualizar claramente a importância desempenhada pela liberdade de expressão no Estado democrático de direito, além da possível visualização de sua importância, é possível também constatar que a mesma, assim como todos os outros direitos fundamentais, não é absolutamente e hierarquicamente superior aos demais direitos resguardados pela Constituição Federal.

O Brasil vem demonstrando, através da doutrina e jurisprudência, entendimento no sentido de permitir, em situações excepcionais, a restrição da liberdade de expressão nos casos em que se é possível verificar a presença de discurso de ódio contra minorias e grupos vulneráveis, parece-me correto tal entendimento, tendo em vista que o mesmo encontra embasamento tanto sob o ponto de vista jurídico como moral.

Contudo, tendo em vista o histórico do país em relação à liberdade de expressão, se faz necessário muito equilíbrio e cautela para que o fato de se permitir a restrição do direito fundamental à liberdade de expressão não sirva como fundamento para a censura, nos moldes dos regimes totalitários, infelizmente já vivenciados por nós.

Referências:

BARROS, Vinicius. A evolução do constitucionalismo no Brasil. Disponível em:<<https://vzum95.jusbrasil.com.br/artigos/324820525/a-evolucao-do-constitucionalismo-no-brasil/>>. Acesso em: 18 de julho de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil / Luís Roberto Barroso (org.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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 de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 19 Jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815/DF – Distrito Federal. Relatora: Ministra Carmém Lúcia. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 10 junho 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>.

JÚNIOR, Miguel Reale. Limites à liberdade de expressão <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1954/1022/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. Disponível em:<<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf/>>. Acesso em: 17 jul. 2017.