

INTRODUÇÃO

Apesar de ser assunto atual, a liberdade de expressão ainda é um campo pouco explorado. Prevista em normativas nacionais e internacionais, apresenta-se em variadas formas, e, por ter um conteúdo ou mesmo um conceito peculiar, sua utilização enseja questionamentos quanto à dimensão de seu emprego.

Este trabalho discorre sobre o conceito de liberdade de expressão e seus aspectos, de modo que se possam superar entendimentos diversos chegando-se ao ponto de classificá-la quanto a sua natureza de direito fundamental. Após, com a doutrina, selecionaremos objetivos da liberdade de expressão, atentando-se que, diante da multiplicidade de sua abrangência, eles não são exaurientes, mas antes de tudo, elementos para integração do signo e interpretação. Com apoio do entendimento da liberdade de expressão no Direito norte-americano e alemão, passaremos a discorrer sobre seu uso, se, e como difere de sua aplicação no Brasil, tendo a prerrogativa da imunidade parlamentar como agente complicador.

Tal discussão apresenta especial relevância no atual cenário brasileiro, tanto no âmbito acadêmico quanto nos tribunais, tendo em vista o fenômeno da polarização de qualquer discussão que possa conter fundo político-ideológico, tornando-se necessário o estabelecimento de limites, para que, ao fim, se resguarde o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, perguntam-se quais são os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio? Haveria no ordenamento pátrio suporte teórico para o estabelecimento de tais limites, ou devem-se buscar, através do direito comparado, as bases para sua materialização?

O método de abordagem utilizado para responder tais questionamentos foi o indutivo, tendo como procedimento a revisão bibliográfico-documental para a construção dos conceitos e direitos relacionados à temática do trabalho. Os resultados da pesquisa mostram que para a construção de um ambiente de tolerância, conforme os objetivos da República Brasileira, positivados no art. 3º da Constituição Federal de 1988, nenhum espaço pode estar livre da imposição de limites, ainda que os limites da figura da liberdade de expressão ainda não sejam bem definidos.

1. CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão desponta no ordenamento mundial e nacional como direito fundamental, estando em múltiplas formas disposto nos tratados internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 13), e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 18). No ordenamento pátrio, na Constituição Federal de 1988, está assentado com suas ramificações no art.5º, inc. IV, VI, IX, e com o termo “liberdade de expressão” no art. 220.

Dada sua natureza multidimensional, incorporando múltiplos sentidos e derivações (opinião, consciência, pensamento, informação) encontramos na doutrina diferentes definições, como na obra de Luna e Santos (2014, p. 230-231):

Com efeito, a liberdade de expressão é um direito fundamental dos indivíduos, entendida como liberdade de consciência e de crença, e está intrinsecamente relacionada à livre manifestação de ideias, opiniões, posições e pensamentos, de interesse público ou não, providos de importância e valor ou não, por meio de qualquer meio de comunicação, não podendo esse direito ser restringido por ninguém.

Já na óptica de Miranda (1968, p.141), o autor afirma que:

A expressão “liberdade de pensamento”, sem ser exata, é melhor do que “liberdade de consciência”. Aliás, o que se exprime não é só o que a consciência dita (o termo “consciência” já é, de si mesmo, ambíguo), nem só o que se pensa. Também se exprime o que se sente. A liberdade é a *liberdade da psique*, e não só da consciência ou do pensamento. Entenda-se por psique, conforme a Psicologia de agora, mais do que funções localizadas no cérebro ou tidas como tais. A liberdade da psique abrange tudo que serve para anunciar, auxiliar os enunciados (gestos, projeções, pinturas), e dar sentido, bem como tudo que não é o movimento só, ou a abstenção dele.

Por derradeiro, José Afonso da Silva (2010, p. 91-92), ao comentar o art. 5º, inc. IV da CF/88 esclarece que a manifestação de pensamento é o fenômeno da consciência, compreendendo o raciocínio, as formas de sentimento, dúvidas, imagens mentais, assim como o direito correlato de não se expressar. A opinião, para este autor é uma das formas de expressão adotando a atividade intelectual de sua escolha (Ibidem).

Constata-se não haver um conceito exauriente da liberdade de expressão por se refletir em múltiplas esferas e formatos. E, ainda, de acordo com o desenvolvimento das esferas comunicativas (a internet, por exemplo), encontra-se em constante reformulação. Essa

multidimensão é que enseja questionamentos quando do exercício individual e coletivo acerca de sua ampla fruição, ou a necessidade/possibilidade de limitações.

Salienta-se que, quando se mencionam as palavras liberdade e limitação, somente é possível compreendê-las quando seus titulares estão inseridos em vida social, não fosse assim, o direito sequer iria apreciá-las, e, portanto, cabe situar essa liberdade naquilo que chamamos de gerações de direito. A liberdade de expressão encontra-se classificada como um direito de primeira geração, na qual constam as demais liberdades negativas, nas quais o Estado tem o dever geral de abstenção. Neste sentido é o *caput* do art. 220 e seu parágrafo §2º, da CF/88, vedando-se restrição ou censura¹.

Contudo, as gerações de direitos evoluíram acompanhando a evolução estatal, sendo que a liberdade de expressão aglutinou outro viés. Deste modo, além do aspecto negativo em face do Estado, passou a também ensejar o aspecto positivo, baseado nas chamadas liberdades comunicativas, expressas a partir do Título VIII, Capítulo V, Da Comunicação Social, a partir do art. 220, que se compreende como de quarta geração.

2. OBJETIVOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Destacam-se pela obra de Jónatas E. M. Machado os seguintes objetivos da liberdade de expressão (MACHADO *apud* LUNA; SANTOS, 2014, p. 231):

- 1) A procura da verdade;
- 2) O mercado livre de ideias;
- 3) A autodeterminação democrática;
- 4) O controle da atividade governativa e do exercício do poder;
- 5) O estabelecimento de esfera aberta e pluralista de discurso público;
- 6) A garantia da diversidade de opiniões;
- 7) A acomodação de interesses, com a transformação pacífica da sociedade;
- 8) A promoção e expressão da autonomia individual;
- 9) A formação de concepção multifuncional das liberdades de comunicação.

¹ CF/88: 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.
§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Com base em outra obra do citado autor², verificamos que as adoções dos objetivos mencionados decorrem de uma análise da doutrina estadunidense, e dela destacamos a obra lapidar de John Suart Mill (2016, p.115), na qual questiona: “Qual é, então, o legítimo limite da soberania do indivíduo em relação a si mesmo? Onde começa a autoridade da sociedade? Qual a proporção da vida humana a ser atribuída à individualidade e qual à sociedade?”.

As respostas a esses questionamentos estão umbilicalmente relacionadas aos objetivos da liberdade de expressão. Do ponto de vista individual, tal como citado alhures, a liberdade de expressão é uma forma de realização pessoal, com o exercício do próprio ser, naquilo que lhe dá a individualidade (objetivo 8), e ao mesmo tempo, acresce ao universo opinativo visões distintas (objetivo 6). Ao passo que é expressão do indivíduo também é forma de opinião, de informação, de crença, de cultura (objetivo 9). No aspecto coletivo temos a realização dos objetivos de 1 a 6, já que com o exercício da expressão podemos ter uma verdade revelada; se o conteúdo for errôneo, sua colisão com o verídico; e se silenciada, a privação de sua mensagem (MILL, 2016, p. 33), e este conjunto de ações, ou mesmo da omissão deliberada permite a formação do chamado mercado de ideias, onde a pluralidade de resultados permite a seleção e a eleição daquela que mais se adequa àquilo que se venha postular (objetivo 2).

A autodeterminação democrática, o controle da atividade governativa e do exercício do poder, e o estabelecimento de esfera aberta e pluralista de discurso público (objetivos 4, 5, 6) somente ocorrem com um Estado Democrático. Um Estado onde o exercício da liberdade de expressão seja livre, de modo a possibilitar a formação de opinião (individual e coletiva – pública) com o exercício dos direitos políticos. Arendt (1976) deixa claro que um estado totalitário não busca controlar as opiniões, busca-se controlar os homens e, portanto, o exercício opinativo, o exercício da cidadania, pluralismo político e dignidade de pessoa humana, de manter uma sociedade aberta e controlada socialmente.

3. POSICIONAMENTOS NORTE-AMERICANO X ALEMÃO X BRASILEIRO

Em que pese a profusão legal de artigos prevendo a liberdade de expressão no Brasil, seja no texto constitucional (art.5º, incisos IV, V, IX, art. 220 da Constituição Federal) seja em tratados internacionais ratificados, é considerado quase inexistente no país legislação que

² MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos.** in SARLET. Ingo Wolfgang (org.) Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação – algumas aproximações. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007, p. 101-154.

a regule. De relevo e diretamente relacionada ao exercício da liberdade (profissional) da expressão a chamada Lei de Imprensa, Lei nº 5.250/67, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na ADPF 130, entendendo-se pela necessidade de ser editada regulamentação pelo legislativo e, com base na CF/88, estabelecidos seus limites. Porém, e quanto ao ódio? Há previsão explícita de modo a fixar os limites de tal exercício do regular, do ilícito civil ao ilícito penal? Veremos após aferir o tratamento da liberdade de expressão no direito americano e alemão.

Para tentarmos estabelecer um parâmetro, vamos analisar a forma como o sistema jurídico estadunidense e o sistema jurídico alemão (um, totalmente liberal com relação aos limites da liberdade de expressão, e o outro, muito mais repressivo, respectivamente), tratam a questão, e, ao fim, analisar como o Brasil se posiciona frente ao tema.

3.1 A liberdade de expressão nos Estados Unidos

Fiss (2005, p. 51) afirma que a Suprema Corte americana, ao longo de 25 anos, tem acentuado retorno a um princípio, o chamado princípio da neutralidade do conteúdo, que proíbe o Estado de regular o discurso com base naquilo que está sendo dito. Contudo, no que tange à proteção da segurança nacional ou da ordem pública (*clear and present danger*) há entendimentos de que poderia haver limitações ou intervenção.

Portanto, nas situações mencionadas que possibilitam a intervenção estatal há que se aferir o conteúdo de modo que possa haver a regulação: a) baseada no conteúdo; b) baseada em ponto de vista; e c) neutra quanto ao conteúdo.

Assim, a restrição (a) será baseada no conteúdo quando a temática possa incutir ações, não discussões, que interfiram nas demais liberdades, tais como de ir e vir, ensejam agressões físicas (não moral), ponham a perigo, seja pela discussão quanto ao lugar, pessoas ou órgãos entendidos como voltados à segurança nacional. No que tange àquelas baseadas em ponto de vista (b), uma das formas seria limitar aquelas em que determinada categoria não tenha condições de exercer um direito em virtude de obstrução de uma maioria. Quanto à neutralidade quanto ao conteúdo (c), dá-se pela indiferença ao que se é tratado, em virtude do bem protegido. Cita-se como exemplo a necessidade de silêncio no entorno de educandários e hospitais (SILVA, J. C., p. 38-40). Cabe destacar que estas restrições são aquelas que se sujeitam em maior grau à declaração de sua inconstitucionalidade.

Além da neutralidade do conteúdo, há, também, outra forma utilizada para apreciar a necessidade de proteção ou não ao exercício. Assim, toma-se em conta o chamado valor da expressão, dividindo-se em expressões de alto valor e baixo valor. A primeira goza de proteção constitucional plena, contudo, não há um critério explícito para separá-las, sendo que as de baixo valor permitem a regulação baseadas em justificativa dotadas de razoabilidade e plausibilidade (Ibidem). Há também expressões comerciais que gozam de proteção constitucional. Relativamente a figuras privadas, estas gozam de maior proteção, ao contrário de figuras públicas, mas para ambas assistem-lhe comprovar que as afirmações são inverídicas (*actual malice*) de modo a obstar ou mesmo obter indenização quanto ao emprego inadequado da liberdade de expressão.

Além do aspecto envolvendo questões delimitadoras do conteúdo da mensagem, cuja regra é a não limitação, o sistema norte-americano também trata da forma em que se dá a mensagem. Isto é, ao exercer a expressão há que se aferir de que modo ela é produzida. Isto porque o uso indevido pode se dar travestido de formas nas quais ocultam, ou travestem de argumentos racionais, mensagens carregadas de ódio, preconceito, entre outros, maneira pela qual evitam-se, outra categoria sujeita de análise de proteção estatal, a proibição das chamadas *figthing words*, quais sejam, palavras de incitação.

Por derradeiro, a Corte Suprema, ainda que tenha adotado tais precedentes como bússolas para aferição de suas decisões, por vezes ignora o aspecto da incitação quando a lei se limita a restringir os intolerantes, e não o faz com os tolerantes (neste sentido o caso *R.A.V. vs. St. Paul – queima da cruz*). “As ‘palavras de incitação à luta’ dos racistas ou sexistas eram proibidas, mas não aquelas dos que combatiam o racismo ou o sexismo” (FISS, 2005, p. 52).

Como ressalva a tal entendimento, também trazido por Fiss (Ibidem, p. 47-51), ao comentar os casos de pornografia, discurso de incitação ao ódio e o financiamento de campanha, a posição do tribunal deixou aos envolvidos vulneráveis dessas categorias em condições de inferioridade em face de seus detratores (para os dois primeiros casos), e em relação aos detentores do poder econômico a capacidade de intimidação quanto a um debate, de modo que a ampla liberdade configura-se em uma forma de silenciá-los e impedi-los de ascenderem de *status*, e em alguns casos a “coisificá-los”.

3.2. A liberdade de expressão na Alemanha

Para a compreensão do sentido da liberdade de expressão, cabe colacionar o teor da Lei Fundamental Alemã de 1949:

Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário (REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, 1949).

Nota-se que a constituição alemã se focou no homem, e seu principal atributo – a dignidade, estabelecendo que o Estado (em todas as suas esferas) deve respeitar e protegê-la. Portanto, de plano, verifica-se o aspecto negativo (respeito) e positivo (proteção), para em seguida, consoante se depreende, estabelecer a respeito dos demais direitos fundamentais, caracterizando primazia à dignidade.

A considerar ser o texto decorrente do pós-guerra não é de se estranhar esteja focado e em simetria com outros tratados de direitos humanos fundamentais decorrentes da Organização das Nações Unidas (ONU), em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, focando no homem, quando em geral os textos constitucionais começam a tratar da concepção do Estado e depois tratarem dos seus cidadãos, como exemplo as constituições brasileira e uruguaia.

A liberdade de expressão em suas múltiplas formas veio estampada no art.5º:

Artigo 5º [Liberdade de opinião, de arte e ciência] (1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal. (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição (REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, 1949).

Destaca-se que o texto constitucional já contém previsão para situações de limitação em lei ordinária e regulamentos do direito fundamental com viés de proteção da juventude e a honra.

A Lei Fundamental, em seu art. 18, trata da perda dos direitos fundamentais pela prática do abuso da liberdade:

Artigo 18 [Perda dos direitos fundamentais] Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5º, §1º), da liberdade de ensino (artigo 5º, §3º), da liberdade de reunião (artigo 8º), da liberdade de associação (artigo 9º), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10º), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16, §2º), perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão (REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, 1949).

Diferentemente do sistema americano, depreende-se não só do texto constitucional, mas também da análise dos julgados do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), que o exercício da liberdade de expressão pode sofrer restrições, sendo que o conteúdo dessas expressões pode ser submetido à pré-condições, inexistindo liberdade plena.

O direito de reunião (*Versammlungsrecht*), forma de exercício da liberdade, pode ser limitado pela autoridade administrativa, a qual vinculada ao local e aos fatos, podendo aferir quais são os regramentos necessários (*BVerfG, Order of the First Chamber of the First Senate of 01 May 2001 - 1 BvQ 22/01 - paras. [1-22]*).

Cabe trazer a baila caso emblemático relacionado à liberdade de expressão. Conhecido como caso (Eric) Lüth. No processo, este crítico de cinema conclamou os distribuidores de filmes e público em geral a boicotar filme dirigido por Veit Harlan, uma vez que teria sido responsável pela produção de filmes à época do nazismo, e buscava-se com seu novo filme evitar que a produção cinematográfica alemã estivesse vinculada a alguém que houvesse auxiliado o nacional-socialismo, principalmente no exterior. Contudo, a produção, em si, não continha nenhuma referência aquele período nefasto. Veit Harlan ingressou com ação de danos morais e originou-se a decisão que passou a servir de paradigma, consoante nos esclarecem Schwabe e Martins (2005, p. 381-382):

Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão

processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil.

Outro elemento fornecido na decisão é de que não se pode separar o exercício da liberdade de expressão de seu conteúdo, fazendo-se necessário realizar a análise de contexto e ponderar os valores em cotejo com a Lei Fundamental (Ibidem, p. 392).

Assim, percebe-se a radical diferença entre os sistemas constitucionais relativos à liberdade de expressão dos Estados Unidos e Alemanha. Considerando que o Brasil não possui legislação especializada sobre o tema e sua jurisprudência é incipiente, para os casos de discurso de ódio, resta o questionamento: como se trataria o intolerante? É o que tratamos no capítulo a seguir.

4. O DISCURSO DE ÓDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, a figura do discurso de ódio foi introduzida, de forma indireta, pelo artigo 20 da Lei 7.716/89, que criminalizou o racismo no país (LUNA; SANTOS, 2014, p. 253). O artigo 20 estabelece como crime “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa”.

A referida lei veio complementar o que a Constituição Federal já estabelecia, no artigo 5º, inciso XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”), e inciso XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”) (ROTHENBURG; STROPPIA, 2015, p. 4-5).

No mesmo sentido, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969 (internalizada pelo Brasil através do Decreto nº 678/1992), traz em seu artigo 13, §7º, 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”.

Temos, também, a Lei 12.288/2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, que estabelece, em seu artigo 26, 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”.

Ainda, temos a Convenção Internacional pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 2001, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, de 1994.

Por fim, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 20, determina que “1. Será proibido por lei qualquer propaganda em favor de guerra. 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, radical, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”.

Verifica-se, portanto, que é vasta a legislação nacional e internacional acerca da limitação da liberdade de expressão quando confrontada com a dignidade da pessoa humana, com especial relevância aos discursos racistas e por intolerância religiosa. No entanto, diante da limitação da redação do artigo 20 da Lei 7.716/89, que criminaliza o discurso de ódio por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, coube ao Supremo Tribunal Federal, em 2003, a interpretação desse artigo a fim de abarcar todos os tipos de discriminação, o que ocorreu no caso *Ellwanger*, que foi um marco no ordenamento jurídico nacional com relação ao tema.

4.1 O caso Ellwanger

Siegfried Ellwanger Casten, gaúcho de Candelária, é fundador da editora gaúcha Revisão, e foi acusado do cometimento do crime de racismo, por ter sido autor de obras literárias com conteúdo antissemita, racista e discriminatório. Foi absolvido em primeira instância e condenado em segunda, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A defesa impetrou então *Habeas Corpus* ao Supremo Tribunal Federal (STF), no qual, por decisão majoritária de sua 5ª Turma, o pedido foi negado (SILVA et al., 2011, p. 456).

Sustentava a defesa a tese da prescritibilidade do crime praticado, em razão de que judeu não é uma raça, mas sim, um povo, e a palavra “povo” não consta na redação do artigo 20 da Lei 7.716/89, portanto, o acusado não teria praticado crime de racismo - que segundo o artigo 5º, inciso XLII, é imprescritível e inafiançável (Ibidem, p. 457).

Para Silva (Ibidem, p. 457), o *Habeas Corpus* 82.424-2 serviu como um divisor de águas dentro do Poder Judiciário, exigindo-lhe a discussão da extensão do conceito de raça, e

a forma como se deve proceder frente a um conflito de normas, como entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

O STF entendeu que o conceito de raça não deve se restringir apenas ao ponto de vista biológico, pois, com o mapeamento do genoma humano sobreveio a comprovação de que todos os seres humanos são biologicamente iguais. O entendimento adotado foi de que a definição de raça nada mais é do que um processo de conteúdo meramente político, histórico e social, através dos quais se origina o racismo, a discriminação e o preconceito. O Tribunal, então, entendeu que para a construção da definição jurídica do termo “racismo” era necessário uma interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal em conjunto com os conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos, visto que somente através da conjugação de todos estes fatores se alcançaria o real sentido e alcance da norma (ZAMBERLAN; MACHADO, 2014, p. 4).

Dessa forma, o STF, pela maioria de seus ministros, se posicionou a favor do entendimento de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, pois existem outros bens jurídicos constitucionalmente assegurados, como o pluralismo social e o respeito ao ser humano em seu valor intrínseco, que restariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude irrestrita ao direito de cada cidadão de expressar o que bem entendesse.

4.2 Contradições

Apesar da decisão protetiva à dignidade da pessoa humana, o STF não manteve o mesmo posicionamento em caso que também pedia o mesmo tipo de interpretação abrangente, mas que, contudo, evolvia parlamentar de partido aliado ao governo da época.

Isso porque quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 4.733 impetrado pela Associação Brasileira de *Gays*, *Lésbicas* e *Transgêneros* - ABGLT em face do Congresso Nacional para, justamente, ver declarada a mora inconstitucional quanto à criminalização da homofobia, o STF em julgamento sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski não conheceu do Mandado de Injunção sob o fundamento de que “o disposto no art. 20 da Lei 7.716/1989 aplica-se a todo e qualquer tipo de discriminação ou preconceito, inclusive contra homossexuais”, de maneira que não haveria que se falar em mora inconstitucional (ZAMBERLAN; MACHADO, 2014, p. 4-5).

Porém, em 08 de janeiro de 2013, o Ministério Público Federal, por seu Procurador Geral, denunciou o deputado federal, pastor Marco Antonio Feliciano, pela suposta prática de

crime previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, em razão de, no dia 30 de março de 2011, o parlamentar ter publicado em sua conta pessoal na rede social *Twitter* manifestação de teor homofóbico: “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a (SIC) rejeição” (FELICIANO *apud* ZAMBERLAN; MACHADO, 2014, p. 2).

O parlamentar, em sua defesa, alegou a atipicidade de sua conduta, devido à ausência de previsão legal quanto ao induzimento ou incitação à discriminação por orientação sexual, uma vez que o artigo 20 da Lei nº 7.716/1989 trata apenas de discriminação quanto à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O Procurador-Geral da República, então, manifestou-se pelo recebimento da denúncia, citando inclusive decisão do próprio STF no *Habeas Corpus* 82.424/RS, relativo ao caso Ellwanger.

Entretanto, na ocasião do julgamento, realizado em 12 de agosto de 2014, a Primeira Turma do STF, composta pelos ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso, por unanimidade acompanhou o voto do relator³, ministro Marco Aurélio de Mello, rejeitando a denúncia por atipicidade, visto que o artigo 20 da Lei nº 7.716/89 não traz previsão sobre discriminação ou preconceito em razão de orientação sexual.

4.3 O caso Levy Fidelix

Em 29 de setembro de 2014, uma nova polêmica acerca da relação entre discurso de ódio e liberdade de expressão instaurou-se no cenário nacional: durante o debate eleitoral promovido pela Rede Record, o candidato à Presidência da República pelo Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB), José Levy Fidelix da Cruz, ao ser questionado pela candidata Luciana Genro, do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), sobre por que a “defesa da família” não abrange aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo, o candidato se manifestou contra os homossexuais, o que foi classificado por entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) como “discurso de ódio” (FREITAS *apud* LUNA; SANTOS, 2014, p. 248).

O candidato respondeu à pergunta opondo uma maioria de heterossexuais a uma minoria de homossexuais, com palavras que incitam o enfrentamento: “Então, gente, vamos

³ “Procede a defesa no que articula a atipicidade. Ter-se-ia discriminação em virtude da opção sexual. Ocorre que o artigo 20 da Lei nº 7.716/89 versa a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da opção sexual do cidadão ou da cidadã. O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º. Ante esse fato, deixo de receber a denúncia, fazendo-o com base no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, a revelar que, não constituindo o fato infração penal, dá-se a absolvição do réu, o que, nesta fase, sugere a simples ausência de instauração da ação penal.”

ter coragem. Nós somos maioria, vamos enfrentar essa minoria. Vamos enfrentá-los” (G1, 2014). As palavras aproximam-se daquilo que, anteriormente, foi apontado como *fighting words*. Apesar das várias críticas recebidas, no primeiro turno das eleições de 2014, Levy Fidelix ficou em sétimo lugar entre os candidatos e obteve o voto de 0,43% do eleitorado nacional; no entanto, alcançou votação recorde de sua carreira política e o número de seguidores de sua página oficial no *Facebook* aumentou 1000% após o debate (LUNA; SANTOS, 2014, p. 248-249).

Quanto ao suposto cometimento do crime previsto no artigo 20 da Lei 7.716/79, o Ministério Público não ofereceu denúncia contra o Levy Fidelix. Mas a Defensoria Pública do Estado de São Paulo moveu Ação Civil Pública, requerendo indenização por danos morais no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), que seriam revertidos em prol de grupos civis que trabalham na promoção da igualdade de direitos de LGBTs, por entender que o conteúdo da fala do requerido foi extremamente ofensivo a esses cidadãos.

A sentença foi procedente, e o requerido recorreu da decisão, conseguindo revertê-la no Tribunal de Justiça de São Paulo. Por unanimidade, a 4ª Câmara de Direito Privado entendeu que as falas exibidas pela TV são protegidas pela liberdade de expressão. Em outubro de 2017, a Defensoria Pública entrou com Recurso Extraordinário dessa decisão. Resta saber se, quando do julgamento deste recurso, o entendimento do STF será abrangente como no caso *Ellwanger*, ou restritivo, como no caso *Marco Feliciano*, contrariando o seu próprio entendimento, proferido no Mandado de Injunção 4733 (visando a criminalização da LGBTifobia, e que se encontra em julgamento no STF desde 12 de fevereiro de 2019).

5. DISCURSO DE ÓDIO X IMUNIDADE PARLAMENTAR

Ao falar sobre discurso de ódio, não há como não citar o atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, em razão de muitas falas do ex-deputado federal poderem ser classificadas como discurso de ódio. Porém, na maioria dos casos, Bolsonaro conseguiu evitar eventual responsabilização criminal ou cível, em razão da prerrogativa constitucional da imunidade parlamentar, que abrange os parlamentares federais (art. 53, CF 88), os deputados estaduais (art. 27, § 1º, CF 88) e, nos limites da circunscrição de seu município, os vereadores (art. 29, VIII, CF 88) - sempre no exercício do mandato.

Rocha (2009) explica que a imunidade parlamentar pode ser de dois tipos, formal ou material. Quando formal (processual / *freedom of arrest*), diz respeito ao direito de não ser

preso, salvo em flagrante de crime inafiançável, ou por sentença condenatória transitada em julgado. Quando material (substantiva / *freedom of speech*), ela é relativa, segundo entendimento do STF, que já decidiu que as falas proferidas dentro do Congresso Nacional gozam de imunidade absoluta (Ibidem). As proferidas fora do Congresso possuem imunidade relativa, e são protegidas desde que mantenham relação com o exercício do mandato; caso contrário, podem sujeitar o parlamentar à responsabilização civil, criminal ou administrativa.

Foi essa a brecha legal que permitiu a condenação do então deputado federal Jair Bolsonaro no caso Maria do Rosário. Tudo começou em 2003, quando Bolsonaro e a então Ministra dos Direitos Humanos, Maria do Rosário, do Partido dos Trabalhadores (PT), discutiram em frente às câmeras no salão verde do Congresso Nacional, momento em que o parlamentar afirmou que “não estupraria Maria do Rosário, pois ela não merecia”, além de ofendê-la com palavras de baixo calão⁴. Com relação a este episódio, o PT entrou com representação contra o parlamentar no Congresso Nacional, o que não obteve resultado prático. Mas o assunto ressurgiu em 2014, quando, em entrevista ao jornal gaúcho Zero Hora, Bolsonaro repetiu a ofensa e ainda acrescentou: “Ela não merece porque ela é muito ruim, porque ela é muito feia, não faz meu gênero, jamais a estupraria. Eu não sou estuprador, mas, se fosse, não iria estuprar, porque não merece” (BOLSONARO, 2014)⁵.

Por essa declaração, Maria do Rosário entrou com Ação de Reparação de Danos contra Bolsonaro na Justiça do Distrito Federal, e conseguiu em primeira instância, sentença procedente, a qual condenou Bolsonaro ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). O então parlamentar recorreu da decisão, perdendo novamente, tendo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal não só mantido a condenação ao pagamento de indenização, como determinado a Bolsonaro que se retratasse publicamente em suas contas oficiais nas redes sociais com relação às ofensas proferidas a Maria do Rosário. Bolsonaro recorreu novamente, e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve a decisão, proferida em agosto de 2017.

Além desse processo, Bolsonaro responde a outros dois no STF em razão do mesmo fato, um por incitação ao crime de estupro, e outro por injúria – ações que foram suspensas em fevereiro de 2019 pelo ministro Luiz Fux, que levou em consideração o dispositivo da Constituição Federal que determina que o chefe do Poder Executivo não pode ser processado por fatos que não estejam ligados ao mandato (MUNIZ, 2019). As ações ficam suspensas até que Bolsonaro deixe a

⁴ O vídeo da discussão foi parar na plataforma de vídeos na internet Youtube, e viralizou nas redes sociais, sendo uma de suas versões “Maria do Rosário Vs. Jair Bolsonaro. Sem cortes (2003)”. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yRV98Im5zRs>> Acesso em: 15/11/2017.

⁵ Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/12/Bolsonaro-diz-que-nao-teme-processos-e-faz-nova-ofensa-Nao-merece-ser-estuprada-porque-e-muito-feia-4660531.html>> Acesso em: 15/11/1017.

Presidência, período em que o prazo prescricional sobre os crimes discutidos também ficam suspensos (Ibidem). O STF aceitou a denúncia da Procuradoria Geral da República por incitação ao crime de estupro, porque considerou que as falas de Bolsonaro, tanto no plenário da Câmara como em entrevista ao jornal Zero Hora, não guardavam relação com o exercício do mandato de deputado federal, à época, e, logo, não gozariam de imunidade parlamentar.

Na ocasião, o relator do caso, Luiz Fux, chegou a pedir desculpas aos magistrados por ter de relatar o que Bolsonaro disse sobre Maria do Rosário. "A violência sexual é um processo consciente de intimidação pelo qual as mulheres são mantidas em estado de medo" (FUX, 2017)⁶, declarou, ecoando as discussões sobre a cultura do estupro no Brasil e defendendo que não é possível subestimar os efeitos que discursos do tipo podem gerar, como o encorajamento da prática de estupro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das informações colhidas na pesquisa, concluímos que a proteção da liberdade de expressão não abarca manifestações voltadas a atingir a dignidade da pessoa humana e à construção de um ambiente de tolerância conforme os objetivos da República Brasileira, positivados no art. 3º da CF/88, como defendem Rothemburg e Stroppa (2015, p. 13).

Nenhum espaço, seja o das manifestações artísticas, seja o da ironia, seja o da religião, seja o da política, é absolutamente protegido de limites e precisa reconhecer restrições necessárias para respeitar outros direitos. Todavia, haverá um peso em favor da liberdade de expressão para que se autorize a restrição, e a discriminação deverá ocorrer de um modo suficientemente relevante para que sejam impostos limites (ROTHEMBURG; STROPPIA, 2015, p. 13).

Vimos que no modelo adotado pelos Estados Unidos, onde a liberdade de expressão constitui um dever negativo do Estado, e o governo, normalmente, não interfere em assuntos sobre a liberdade de expressão, promovendo o chamado mercado de ideias. Para o direito norte-americano, o Estado deve ser neutro quanto ao conteúdo das expressões, tornando inconstitucional a regulação de manifestações racistas, por exemplo, ressalvada a hipótese de

⁶ Relato oral de Luiz Fux, descrito na reportagem do sítio da Carta Capital na internet. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/pela-terceira-vez-bolsonaro-e-condenado-a-indenizar-maria-do-rosario>> Acesso em: 15/11/2017.

discursos que contenham *fighting words*. Dessa forma, a incitação ao ódio é permitida, desde que não seja realizada incitação à violência.

No direito alemão, por outro lado, desde o fim da Segunda Guerra Mundial é adotado o modelo que privilegia a dignidade da pessoa humana como valor máximo do ordenamento jurídico, previsto no art. 1º da Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, a qual embora atribua à liberdade de expressão o caráter de direito fundamental, este convive com o princípio da dignidade da pessoa humana a lhe impor limites.

No Brasil, apesar dos numerosos dispositivos legais relativos à proibição da discriminação por qualquer natureza, inexistente legislação específica sobre discurso de ódio, que é processado através da interpretação ao artigo 20 da Lei 7.716/79, que acabou ganhando um maior destaque no ordenamento jurídico do país desde o caso Ellwanger, em 2004. Contudo, a interpretação abrangente realizada pelo STF, ampliando o conceito de raça a uma construção social da identidade de qualquer grupo presente na sociedade, ainda se sujeita a outros fatores, como as circunstâncias do fato, quem o comete (se cidadão comum ou parlamentar, por exemplo), e eventual interferência política num possível processamento e julgamento do fato.

De uma forma geral, comparativamente, o Brasil se aproxima mais do modelo alemão de imposição de limites à liberdade de expressão quando houver conflito com o princípio da dignidade da pessoa humana, do que se comparado ao modelo norte-americano, especialmente se o discurso for dirigido a grupos historicamente subalternizados. Porém, nosso país ainda encontra barreiras incompatíveis com a democracia pluralista que possui, e os contornos que envolvem os limites entre o que pode ser considerado liberdade de expressão ou discurso de ódio, nas palavras de Luna e Santos (2014, p. 251) “ainda não são bem definidos”.

Adotamos as sugestões oferecidas pelos mesmos autores (Ibidem) como solução para esse problema, apostando na construção de políticas de inclusão e representatividade na mídia e nos meios de comunicação, dos grupos historicamente subalternizados em nossa sociedade, de modo que as diferentes etnias, religiões, culturas e gêneros sintam-se realmente representados, dando-se visibilidade a essas pessoas, a fim de que se construa uma sociedade não só plural, mas justa, igualitária e menos intolerante.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht. BVerfG, Order of the First Chamber of the First Senate of 01 May 2001 - 1 BvQ 22/01 - paras. (1-22)**, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2001/05/qk20010501_1bvq002201en.html> Acesso em: 10/01/2018.

ARENDDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo: imperialismo, a expansão do poder**. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1976.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 65.810/1969 (Convenção Internacional pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial)**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 15/11/2017.

CARTA CAPITAL. Internet. **Pela terceira vez, Bolsonaro é condenado a indenizar Maria do Rosário**. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/politica/pela-terceira-vez-bolsonaro-e-condenado-a-indenizar-maria-do-rosario>> Acesso em: 15/11/2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica)**. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.html> Acesso em: 15/11/2017.

FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Tradução Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

G1. Internet. **PGR instaura procedimento e pede que Fidelix explique fala sobre gays**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/noticia/2014/10/pgr-instaura-procedimento-e-pede-que-fidelix-explique-fala-sobre-gays.html>> Acesso em: 15/03/2018.

GAÚCHA ZH. Internet. **Agressão a Maria do Rosário**. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/12/Bolsonaro-diz-que-nao-teme-rocessos-e-faz-nova-ofensa-Nao-merece-ser-estuprada-porque-e-muito-feia-4660531.html>> Acesso em 14/11/2017.

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, p. 227-255, 2014.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos**. in SARLET. Ingo Wolfgang (org.) Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação – algumas aproximações. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007, p. 101-154.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM. 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MUNIZ, Mariana. **Fux suspende as duas ações penais em que Bolsonaro é réu no STF**. Valor Econômico. 12/02/2019. Disponível em: <www.google.com/amp/s/amp.valor.com.br/politica/6114477/fux-suspende-duas-acoes-penais-em-que-bolsonaro-e-reu-no-stf> Acesso em: 21 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 15/11/2017.

PLANALTO. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15/11/2017.

_____. **Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm> Acesso em: 15/11/2017.

_____. **Decreto nº 592/1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 15/11/2017.

_____. **Decreto nº 1.973/1996 (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm> Acesso em: 15/11/2017.

_____. **Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm> Acesso em: 15/11/2017.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. **Lei fundamental Alemã**. 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso em 10/01/2018.

ROCHA, Renata. **Apontamentos: Imunidades parlamentar e posição do STF**. Disponível em: <<https://renatarochassa.jusbrasil.com.br/artigos/234329486/apontamentos-imunidades-parlamentar-e-posicao-do-stf>> Acesso em: 14/12/2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPIA, Tatiana. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio: O Conflito Discursivo nas redes sociais**. Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463>> Acesso em: 15/03/2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. **Liberdade de Expressão e Expressões de Ódio**. Revista Direito GV, São Paulo, p. 037-064, 2015.

SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. **Discursos de ódio em Redes Sociais: Jurisprudência Brasileira**. Revista Direito GV, São Paulo, p. 445-468, 2011.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevidéo/ROU. 2005.

YOUTUBE. **Maria do Rosário Vs. Jair Bolsonaro. Sem cortes (2003)**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yRV98Im5zRs>> Acesso em: 15/11/2017.

ZAMBERLAN, Ângela; MACHADO, Sadi Flores. **A Homofobia Sob a Ótica do Supremo Tribunal Federal e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Anais da Semana Acadêmica Fadisma Entrementes. ISSN: 2446-726X. Edição 11, 2014.