

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

ILTON GARCIA DA COSTA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa

Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-039-8

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O I Evento Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa que ocorreu nos dias 24, 25, 26 27, 29 e 30 de junho de 2020, cujo tema foi: CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum ao 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 Lucas Gonçalves da Silva e Ilton Garcia Da Costa 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- A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA – IRDR

2 - A DECRETAÇÃO DA PRISÃO DE CONDENADOS APÓS O JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

3 - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NO ÂMBITO DOS TRIBUTOS

4 - A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA LEITURA A PARTIR DE BOBBIO

5 - A POLÍTICA DA MEMÓRIA NO BRASIL E O PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

6 - A PROPRIEDADE PRIVADA E SUA FUNÇÃO NA CONSTRUÇÃO DAS GARANTIAS DE LIBERDADE

7- A TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DEMOCRATIZADOR DO DIREITO À EDUCAÇÃO NOS TEMPOS DA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19

8 - A TUTELA DO DIREITO DE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE HUMANA

9 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: VIDA E MORTE EM CASOS DE TETRAPLEGIA

10 - DIREITO À PRIVACIDADE: GESTÃO PREVENTIVA DA EXPOSIÇÃO VOLUNTÁRIA DO SUJEITO NA ERA DA INFORMAÇÃO

11 - DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA COMO EFETIVAÇÃO DO ART. 1º, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

12 - DIREITOS HUMANOS VERSUS DIREITO PENAL DO INIMIGO: É POSSÍVEL NEGAR A DIGNIDADE HUMANA?

13 - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA COM SEGURANÇA E EFICIÊNCIA – UM DIREITO FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS?

14 - INTERFACE ENTRE SEGURANÇA PÚBLICA E SEGURANÇA PRIVADA NO BRASIL: CONCORRÊNCIA OU COMPLEMENTARIEDADE.

15 - LEI Nº 13.010/2014 E A INTERVENÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÕES FAMILIARES

16 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DISCURSO DE ÓDIO: CONTRAPONTO ENTRE A PRIMEIRA EMENDA NORTE-AMERICANA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

17 - MANDADO DE INJUNÇÃO: ALCANCE PRÁTICO DA SUA APLICAÇÃO

18 - NOVOS DIREITOS – O DIREITO DE ACESSO À INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL

19 - O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO DE RONALD DWORKIN E A DIGNIDADE HUMANA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

20 - PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ACESSO À SAÚDE PÚBLICA PARA PESSOAS VULNERÁVEIS

21 - UMA ANÁLISE DOS VOTOS DA ADPF Nº 54 COMO UM REFLEXO DA ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF

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 pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil.

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

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP

Nota técnica: O artigo intitulado “Mandado de injunção: alcance prático da sua aplicação” foi indicado pelo Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DISCURSO DE ÓDIO: CONTRAPONTO
ENTRE A PRIMEIRA EMENDA NORTE-AMERICANA E A CONSTITUIÇÃO
BRASILEIRA**

**FREEDOM OF EXPRESSION VERSUS HATE SPEECH: COUNTERPOINT
BETWEEN FIRST AMERICAN AMENDMENT AND BRAZILIAN CONSTITUTION**

Alessandra Abrahão Costa ¹
Milton Mendes Reis Neto ²

Resumo

O presente artigo tem por objetivo apontar os limites e as possibilidades da manifestação liberdade de expressão nos Estados Unidos da América e no Brasil, de acordo com as respectivas Constituições. A pesquisa busca demonstrar como a cultura liberal norte-americana influenciou as decisões da Suprema Corte estadunidense, na prevalência da liberdade de expressão e na proteção aos discursos de ódio. Enquanto no Brasil, o direito à liberdade de se expressar sofre limitações em amparo à dignidade humana e na proteção de outros direitos constitucionais. Por meio do método dedutivo, procura-se evidenciar o alcance da liberdade de expressão nos dois países.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Primeira emenda, Artigo quinto, Discurso de ódio, Caso *ellwanger*

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to point out the limits and possibilities of freedom of expression in the United States of America and Brazil, according to their respective Constitutions. The research seeks to demonstrate how American liberal culture has influenced US Supreme Court rulings on the prevalence of free speech and the protection of hate speech. While in Brazil, the right to freedom of expression suffers from some limitations in the defense of human dignity and the protection of other constitutional rights. Through the deductive method, we seek to highlight the scope of freedom of expression in both countries.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of expression, First amendment, Article 5^o, Hate speech, *Ellwager* case

¹ Mestranda em Instituições Sociais, Direito e Democracia, pela Universidade FUMEC. Bolsista FAPEMIG.

² Mestrando em Sociologia, pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista CAPES.

1. INTRODUÇÃO

A livre manifestação do pensamento precede a liberdade de expressão. É direito fundamental para manutenção de democracias liberais, marcadas pela diversidade cultural, pelo pluralismo, pelo debate de ideias e discursos antagônicos.

No Brasil, a liberdade de expressão é considerada um direito de personalidade, assegurado pelo artigo quinto da Constituição da República Federativa de 1988, por conseguinte, indisponível e inato. No entanto, nas constituições anteriores, o conceito e a defesa da liberdade de expressão oscilavam em conformidade com a política dominante à época de cada governo.

Em contrapartida, nos Estados Unidos da América, o direito à liberdade de expressão está protegido pela Primeira Emenda da Carta Constitucional, ratificada em 1791. Desde então, a Suprema Corte norte-americana tem consolidado jurisprudência em defesa da liberdade de expressão, ainda que para isso as opiniões mais odiosas estejam protegidas.

O objetivo do presente artigo é apontar as limitações do direito à liberdade de expressão, tanto nos Estados Unidos da América quanto no Brasil, de acordo com as respectivas constituições. Para isso, a pesquisa busca demonstrar como a Cultura Liberal norte-americana influenciou nas decisões da Suprema Corte na prevalência da liberdade de expressão e da proteção aos discursos de ódio em detrimento de outros direitos, inclusive do direito à igualdade e do combate ao racismo. Enquanto no Brasil, o constitucionalismo assenta algumas limitações da liberdade de expressão em defesa da dignidade da pessoa humana.

Por meio do método dedutivo, objetiva-se evidenciar o alcance da liberdade de expressão nas decisões da Suprema Corte nos dois países. A pesquisa bibliográfica baseia-se em abordagem crítica-reflexiva quanto ao tema.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os Estados Unidos da América apresentam um complexo modelo para avaliação dos casos envolvendo a liberdade de expressão, enquanto direito assegurado pela Constituição norte-americana, de 1787.

A garantia da liberdade de expressão, nos Estados Unidos da América, foi incorporada à Constituição na Primeira Emenda, ratificada em 1791. Por meio texto constitucional, o Congresso é impedido de infringir seis direitos fundamentais: não é

permitido estabelecer uma religião oficial; proibir o livre exercício da religião; limitar a liberdade de expressão; restringir a liberdade de imprensa; reprimir o direito de livre associação pacífica e ater o direito de fazer petições ao governo com intuito de reparar agravos.

O teor da Primeira Emenda é extremamente amplo e abstrato. É um princípio moral de decência e justiça. É o cerne da Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos EUA e guardião da democracia.

A Primeira Emenda, por exemplo, reconhece um princípio moral - o princípio de que é errado que o governo censure ou controle o que os cidadãos individuais dizem ou publicam - e o incorpora ao direito norte-americano. Assim, toda vez que surge uma questão constitucional nova ou controversa - a de saber, por exemplo, se a Primeira Emenda autoriza que se elaborem leis contra a pornografia -, as pessoas encarregadas de formar uma opinião sobre o assunto devem decidir qual a melhor maneira de compreender aquele princípio moral abstrato. Devem decidir se o fundamento verdadeiro do princípio moral de condenação da censura, na forma em que esse princípio foi incorporado ao direito norte-americano, se aplica também ao caso da pornografia. (DWORKIN, 2006, p. 2).

A despeito do caráter abstrato do direito à liberdade de expressão, a Suprema Corte norte-americana construiu um extenso arsenal teórico jurisprudencial, que começou a ser formulado na segunda década do século XX. Esse maior grau de sofisticação, em comparação com outras Cortes Superiores, envolve fatores de aspecto temporal, como os mecanismos do *judicial review* e elementos próprios da *common law*, que estimula a criação de parâmetros e premissas por parte dos julgadores. (MENDONÇA TERRA, 2016).

São mais de duzentos anos de jurisdição constitucional democrática, construída por juízes, políticos, acadêmicos e cidadãos em geral, em constantes tentativas de “elaborar os mais elementares problemas da condição humana por meio de um modelo que poderia ser chamado de *razão pública reflexiva*” (BINENBOJM, 2009, p. 228).

O direito constitucional norte-americano lida fundamentalmente com seus próprios conceitos, teorias e limites. Mesmo com a experiência bicentenária, existe uma eterna discussão quanto à legitimidade das decisões judiciais.

Qualquer boa decisão constitucional envolve inevitavelmente uma justificativa de sua própria razão de existir, é dizer, uma discussão sobre o que ela deveria ser, pois o que ela é remanesce sempre uma questão em aberto. Daí que uma decisão do tribunal constitucional é apenas momentaneamente a última voz da razão neste inconcluso debate - um debate "necessariamente sem garantidores e sem fim", para tomar de empréstimo a imagem utilizada por Claude Lefort. A legitimidade do sistema reside na existência mesma do próprio debate racional, na possibilidade da sua renovação contínua, ainda que ele seja desprovido de certezas e de acesso garantido ao certo, ao justo e ao verdadeiro. (BINENBOJM, 2009, p. 228).

A doutrina da liberdade de expressão nos Estados Unidos tem matiz liberal. A proibição de infringir os direitos às liberdades consagradas na Primeira Emenda não é consentida apenas ao Congresso. O Estado, incluindo o Poder Judiciário, não pode discriminar discursos. A democracia avança na proporção em que os discursos possam ser livres, ainda que o governo discorde de suas ideias.

Com efeito, em *Texas versus Johnson*, numa decisão de cinco votos contra quatro, a Suprema Corte, em 1989, entendeu que a lei texana que proibia a queima de bandeiras norte-americanas envolvia uma limitação de conteúdo (*content-based*) à liberdade de expressão. O Senhor Johnson não poderia ser condenado por ter ateadado fogo à bandeira estadunidense na Convenção do Partido Republicano, como um ato simbólico contra as políticas adotadas por Ronald Reagan. Para o Tribunal, a lei não se dirigia a proteger a integridade física da bandeira, mas reprimia manifestações políticas que se utilizavam desse tipo de expressão na defesa de suas ideias. (*Texas v. Johnson*, 491 U.S 397 (1989) *apud* MENDONÇA TERRA, 2016).

Por outro lado, cerca de vinte anos antes, a mesma Corte Suprema manteve a condenação do Senhor O' Brien, por ter queimado o documento de registro que o identificava como um homem apto a servir o exército, em demonstração pública contra a Guerra do Vietnã. (*United States v. O' Brien*, 391 U.S. 367 (1968) *apud* MENDONÇA TERRA, 2016).

Embora sejam aparentemente controversas, as duas decisões foram baseadas no mesmo critério para avaliar a constitucionalidade das leis: a restrição de conteúdo. “A distinção entre restrições que afetam o conteúdo do discurso (*content-based*) e aquelas que são neutras em relação ao conteúdo (*content neutral*) é o principal fundamento da doutrina e jurisprudência norte-americana sobre liberdade de expressão”. (MENDONÇA TERRA, 2016).

Em *United States v. O'Brien*, por sua vez, a Suprema Corte entendeu que a lei que proibia a queima de documentos de identificação tinha finalidades não-relacionadas com a supressão de determinados tipos de discurso (tais como, por exemplo, o interesse estatal em manter a possibilidade de identificação das pessoas), sendo, portanto, neutra em sua restrição à liberdade de expressão. (MENDONÇA TERRA, 2016, p. 169).

Ainda que a Primeira Emenda proporcione amplas proteções à liberdade de expressão, essa proteção não é absoluta. As restrições podem existir envolvendo a neutralidade do conteúdo, ou seja, delimitações de tempo, lugar e modo do exercício da liberdade de

expressão. No entanto, essa limitação não pode ser baseada no conteúdo do discurso ou no ponto de vista do orador.

Por outro lado, há também uma importante distinção entre as formas de regulação estatal desta liberdade: são mais facilmente aceitas as restrições ligadas ao “tempo, lugar e forma” da manifestação, que sejam neutras em relação ao seu conteúdo, mas há um controle muito mais rigoroso das limitações atinentes ao teor do discurso, que se torna ainda rígido e quase invariavelmente fatal quando a regulação baseia-se em discordância relativa ao “ponto de vista” do agente. (SARMENTO, 2006).

A dogmática norte-americana de liberdade de expressão diferencia a limitação baseada no conteúdo do discurso da regulação baseada no ponto de vista. Com exatidão, a restrição baseada no conteúdo é gênero, do qual é espécie a relacionada ao ponto de vista. Ao citar a limitação baseada no conteúdo, em regra, é uma restrição que não discrimina diferentes pontos de vista.

Seria o caso, por exemplo, de uma lei que proibisse manifestações políticas de funcionários públicos. Qualquer manifestação, ligada a qualquer corrente ou ideologia, estaria vedada. Já a restrição baseada em ponto de vista implica, pelo contrário, em discriminação relativa à posição adotada pelo agente. Retomando o exemplo anterior, seria o caso de uma norma que vedasse manifestações políticas dos funcionários do Estado em favor do socialismo, mas que permitisse a defesa de outras ideologias. (SARMENTO, 2006).

A Suprema Corte tem um papel muito ativo acerca das decisões envolvendo a liberdade de expressão e as liberdades que dela decorrem: a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa. É marcante a atuação dos magistrados na declaração de inconstitucionalidade das leis, pois não há na Constituição Norte-americana artigos que confirmem à Suprema Corte o controle de constitucionalidade das leis criadas pelo Parlamento. (RAMOS; OLIVEIRA JUNIOR, 2014).

A autonomia do indivíduo em poder se expressar livremente, sem medo de retaliações, produz uma melhor governabilidade. Os responsáveis pela elaboração da Constituição estadunidense acreditaram que ao proibir os cidadãos de falarem sobre determinados assuntos, é uma maneira de obrigá-los a discutirem tais temas secretamente. O objetivo da Primeira Emenda é produzir uma sociedade transparente e estável.

2. 1. A PROTEÇÃO AO DISCURSO DE ÓDIO

O dever do Estado norte-americano ao adotar uma postura neutra em relação às diferentes ideias presentes na sociedade pode ocasionar a difusão dos “discursos de ódio”: caracterizados como atos de comunicação que incitem ou inferiorizem determinada pessoa ou determinado grupo, em razão de características étnicas, religiosas ou de nacionalidade.

Os Estados Unidos firmaram entendimento jurisprudencial, ao longo do tempo, em que as restrições ao *hate speech* (discurso de ódio) delimitam as manifestações políticas fundamentadas na perspectiva do manifestante. Portanto, em regra, são inconstitucionais, ainda que algumas opiniões sejam abjetas, desprezíveis e perigosas. (SARMENTO, 2006).

Uma decisão importante que revela a posição da Corte é referente ao caso *R.A.V. versus City of Saint Paul* (1992), em Minnesota. Alguns adolescentes foram condenados por invadirem o quintal de uma família afrodescendente e montarem uma cruz com pedaços de madeira. A cruz foi erguida e queimada no jardim familiar (o crucifixo em chamas é identidade da Ku Klux Klan)¹. Apesar de condenados em âmbito estadual, a Suprema Corte reverteu a sentença e declarou como inconstitucional a Lei do Estado de Minnesota. O argumento foi que o Governo não poderia regular categorias de discurso com base em hostilidades ou favoritismos.

Não obstante, a Suprema Corte norte-americana invalidou a condenação, por entender inconstitucional a lei em questão, mesmo na exegese restritiva adotada pelo Tribunal de Minnesota. Numa decisão tomada por 5 votos a 4 e redigida pelo Justice Scalia, a Corte afirmou que seria lícito ao Estado proibir e penalizar o uso de *fighting words*, mas não fazê-lo de forma parcial, como no caso, visando a atingir apenas determinadas ideias ou concepções repudiadas pela maioria da sociedade. **Segundo o Tribunal, o legislador na hipótese em questão pretendia atingir apenas as manifestações de intolerância racial, religiosa ou de gênero, violando, com isso, o seu dever de neutralidade em relação aos diversos pontos de vista existentes na sociedade.** Nas palavras de Scalia, para a lei em discussão, “*cartazes contendo algumas palavras – ofensas raciais odiosas, por exemplo – seriam proibidas para os proponentes de todos os pontos de vista. Mas ‘fighting words’ que por si só não invocassem raça, cor, credo, religião ou gênero – afirmações sobre a mãe de alguém, por exemplo – poderiam aparentemente ser usadas à vontade nos cartazes daqueles que defendessem a tolerância e a igualdade raciais, de cor, etc., mas não poderiam ser usadas pelos seus oponentes*”. Isto, segundo a Corte, bastaria para caracterizar a inconstitucionalidade da norma, já que “*St. Paul não tem o poder de autorizar um lado do debate a lutar livre e requerer que o outro lado siga as regras de etiqueta do Marquês de Queensbury*”. (SARMENTO, 2006, grifo nosso).

¹ Ku Klux Klan, também conhecida como “KKK”, é uma organização fundada após a Guerra Civil americana (1861-1865), no estado de Tennessee, por seis ex-oficiais confederados. O movimento começou como entidade fraternal relativamente inofensiva, mas, em 1872, foi reconhecida como grupo terrorista e banida dos Estados Unidos. O grupo se utilizava da imprensa, da violência e da intimidação para restaurar a supremacia da raça branca nos estados do Sul. Nos primeiros anos após a guerra, durante a Reconstrução, a Klan limitou suas atividades a assediar escravos negros recém-libertados. Mas, enquanto a Reconstrução continuava, a Klan começou a visar negros economicamente independentes ou politicamente ativos, e homens negros que pareciam perseguir mulheres brancas. Entre 1868 e 1871, o linchamento de mais de 400 negros no Sul foi atribuída à Klan. Depois de um compromisso político, em 1876, com o fim da Reconstrução, a proteção do governo federal para os negros terminou, os estados do sul introduziram leis que resultaram em segregação e, como consequência, o número de membros da Klan diminuiu. Nos anos de 1920, a Klan tinha entre três a seis milhões de membros. Era um dos maiores movimentos sociais da história dos Estados Unidos. Dessa vez, sua doutrina misturava os sentimentos de nacionalismo e xenofobia, tinha como alvo os católicos, judeus e negros. Uma cruz em chamas se tornou o símbolo da organização. (SELEPAK; SUTHERLAND, 2012).

Os discursos de ódio, ainda que repugnantes, estão protegidos pela liberdade de expressão e normalmente, prevalecem sobre os interesses contrapostos da dignidade, da honra e da privacidade. “Nos Estados Unidos, o discurso do ódio é visto integralmente como uma forma de discurso, e não de conduta, apesar do fato de que tal discurso possa ser verdadeiramente doloroso para outros” (BRUGGER, 2007, p. 118).

O debate constitucional se concentra na possibilidade de que ao banir o discurso intolerante, as ideologias de ódio se propaguem de formas mais perigosas, que incitem à violência e ações furtivas e dissimuladas. Outrossim, o discurso de ódio pode ocasionar na prática de atos ilícitos, e ainda assim estar protegido pela liberdade de expressão. Há uma linha tênue entre os discursos de ódio e os crimes de ódio.

Em 1969, no julgamento do caso *Brandenburg versus Ohio*, a Suprema Corte reverteu a decisão que havia condenado um líder da Ku Klux Klan pelo delito de apologia ao crime. Brandenburg promoveu um encontro da entidade e convidou um repórter para transmitir o evento ao público. Na ocasião, as pessoas apareciam encapuzadas, queimando crucifixos e proferindo palavras de ordem contra negros e judeus. A lei do Estado de Ohio foi considerada inconstitucional por punir a defesa de uma ideia, o que seria incompatível com a liberdade de expressão. “A linha traçada pela Corte distinguiu a defesa de ideias racistas – protegidas pela liberdade de expressão – da incitação à prática de atos violentos – não protegida” (SARMENTO, 2006, p. 214).

O entendimento jurisprudencial que se firmou ao longo do tempo foi de que, como as restrições ao *hate speech* envolvem limitações ao discurso político baseadas no ponto de vista do manifestante, elas são, em regra, inconstitucionais. Assim, nem a difusão das posições racistas mais radicais e hediondas pode ser proibida ou penalizada. Isto porque, entende-se que o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes idéias 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 *fighting words*. (SARMENTO, 2006).

Existe uma defesa quase incondicional ao discurso de ódio, que muito se difere da proteção ao direito à liberdade de expressão em outras sociedades democráticas, inclusive a brasileira, como será demonstrado.

Nos Estados Unidos, a prática judiciária e os críticos já têm longa tradição e experiência no que diz respeito ao tema do ativismo judicial, sendo sua teoria e prática um manancial para quem quer se debruçar sobre o tema. No entanto, é

importante, ao traçar paralelos e trazer a experiência e a literatura estadunidenses à realidade brasileira, ter em conta que o ativismo que se tem verificado no Brasil até o momento difere daquele que se verifica nos EUA, ao menos em um aspecto fundamental: lá, algumas decisões da Suprema Corte que restringem direitos fundamentais são apontadas como ativistas, ao passo que, no Brasil, praticamente se formou um senso comum de que o Supremo Tribunal Federal apenas é ativista para amplificar direitos fundamentais. (ARAÚJO, 2018, p. 133 e 134).

Mediante o Direito Constitucional americano, o Estado não é visto como uma entidade necessária para promover a igualdade entre os povos e proteger os mais fracos da opressão dos mais fortes. Ao contrário, o Estado é tido como adversário dos direitos. Soma-se a isso o otimismo em face do mercado. Em matéria de liberdade de expressão, a jurisprudência tem se mostrado altamente libertária. Qualquer iniciativa estatal na seara do debate público e na discussão de ideias é tida como suspeita, mesmo quando o intuito é ampliar a participação dos segmentos excluídos. (SARMENTO, 2006).

A igualdade, os direitos à honra, à privacidade e à dignidade quase não aparecem nas decisões da Suprema Corte norte-americana. Pouco se falou em relação ao combate ao racismo. Pelo que se pode observar, a Primeira Emenda possui maior valor constitucional do que a Décima Quarta Emenda, pela qual todas as pessoas nascidas e naturalizadas são consideradas cidadãs estadunidenses. É como se prevalecesse o axioma de Voltaire: ainda que não haja concordância entre as opiniões, prevalece o direito de serem ditas.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL

No Brasil, a defesa da liberdade de expressão vibrou conforme a política dominante. Essa oscilação é ainda mais evidente no período compreendido entre 1964 até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Constantemente, o Supremo Tribunal Federal se manifesta acerca de questões que envolvem a liberdade de expressão, a livre manifestação do pensamento e a livre imprensa. É válido fazer um retrospecto cronológico de como o assunto foi tratado nas constituições anteriores a 1988.

Na primeira carta constitucional brasileira, conhecida como Constituição Política do Império do Brasil, promulgada em 1824, estava prevista a possibilidade de responsabilização pelos abusos cometidos no exercício do direito à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte (...)

IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publica-los pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar. (BRASIL, 1824).

Foi na Constituição de 1891, primeiro diploma constitucional republicano do país, também chamada de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que o anonimato passou a ser vedado.

Na Era Vargas, a Constituição de 1934, na tentativa de “organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico” (BRASIL, 1934), previa alguns limites ao exercício da liberdade de expressão.

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

9. Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social. (BRASIL, 1934).

Há determinada censura quanto aos espetáculos e diversões públicas. Além da responsabilização legal pelos abusos cometidos, o anonimato era vedado. Sem embargo, era assegurado o direito de resposta por parte daquele que se sentisse ofendido com alguma manifestação do pensamento de outro.

Com o temor de uma “infiltração comunista”, a Constituição de 1937 limitava o direito do cidadão de manifestar o seu pensamento, praticamente nas mesmas linhas da lei suprema anterior.

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o **direito à liberdade**, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

15. todo cidadão **tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.**

A lei pode prescrever: a) **com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa**, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) **medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes**, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) **providências destinadas à proteção do interesse público**, bem-estar do povo e segurança do Estado. (BRASIL, 1937, grifo nosso).

Ainda de acordo com a Constituição de 1937, a imprensa estava regulamentada por lei especial. Exercia função de caráter público e nenhum jornal poderia se recusar a inserir comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei. De mais a mais, a responsabilização daqueles que cometessem abusos era passível de pena de prisão contra o diretor responsável e deveria ser aplicada a pena pecuniária à empresa.

A quarta Carta Constitucional Republicana, promulgada em 1946, após a queda do Estado Novo, buscava a retomada dos valores liberais e procurou restabelecer os princípios de um regime democrático. No entanto, em relação à garantia da liberdade de expressão, manteve os dizeres da Constituição de 1934 e inovou ao acrescentar a vedação às propagandas que refletissem preconceitos de raça e de classe.

No regime militar, a outorgada Constituição de 1967 ampliou a liberdade de manifestação de convicção política ou filosófica. Contudo, nesse mesmo ano, foi sancionada a Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, que regulamentava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. A chamada “Lei de Imprensa” vigorou até abril de 2009, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pela incompatibilidade do diploma legal com a Constituição da República de 1988.

Depois de mais de 20 anos de repressão e autoritarismo, o Brasil vislumbrava a chance de reerguer os ideais democráticos e ampliar a liberdade e o pensamento crítico dos indivíduos.

Na aludida Constituição de 1937, era assegurado ao cidadão o direito de manifestar livremente seu pensamento, nos limites prescritos em lei. Vargas reconhecia a importância dos meios de comunicação como formadores da opinião pública. Por esse motivo, criou o DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda), que era diretamente subordinado à Presidência da República, cuja função foi controlar e exercer a propaganda e a censura, e mensalmente entregar uma lista com temas apresentados como proibidos (MOLINA, 1997).

Após a década de 1930, o Estado se impôs antes mesmo que a Nação se instaurasse, o que poderia ser considerado como marco de independência. Talvez por esse motivo a relação presidente/Estado e presidente/pai/salvador é tão presente e fixa no senso comum da população (MOLINA, 1997).

Assim, no Brasil, o Estado é a instituição propulsora de mudança, mas ao mesmo tempo, responsável pela passagem "harmoniosa" de uma sociedade rural oligárquica para uma sociedade urbano industrial. **Esta sociedade, no pensamento destes**

intelectuais, deve ser hierarquizada e não igualitária, pois, é a igualdade de oportunidades (já que os indivíduos são naturalmente desiguais) que possibilitará a instauração de uma sociedade moderna. (MOLINA, 1997, grifo nosso).

Entre os anos 1945 e 1964, o Brasil buscou reestruturar a democracia. Era a quarta república constituída desde o Império e ficou conhecida como “República Liberal”, caracterizada pela amplitude dos debates públicos e pelo desenvolvimento de direitos sociais. Os dezenove anos foram um conciso hiato entre dois momentos ditatoriais.

Em outubro 1956, durante o governo de Juscelino Kubitschek, o Executivo apresentou ao Congresso Nacional, o projeto de Lei de Imprensa, mas não chegou a ser votado. Apesar disso, o debate a seu respeito ocupou as páginas dos principais jornais, por mais de dois meses, e mobilizou como “aspecto central da luta política, a atribuição de sentidos à própria democracia e ao papel nela desempenhado pela imprensa” (BIROLI, 2004). A defesa da regulamentação tinha como alicerce a manutenção da ordem da pública.

A censura governamental à imprensa é, nesse mesmo terreno das formulações presentes na tradição liberal, vista como a negação da capacidade de discernimento dos indivíduos, de seu estatuto como sujeitos de opinião, como leitores ou como votantes, implicando uma ameaça à própria concepção de soberania popular que ancora a de democracia. (BIROLI, 2004).

A disputa entre ditadura e liberdade se acirra nos anos que sucederam 1964. Em fevereiro de 1967, foi sancionada a Lei de Imprensa, que regulamentava a liberdade de informação jornalística.

Ao longo desses anos, os atos de exceção emergiram a necessidade de uma nova constituição. O presidente Castelo Branco encaminhou ao Congresso Nacional um projeto, debatido entre dezembro de 1966 e janeiro de 1967, que daria ensejo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. (COSTELA, 1970).

Um dia antes de entrar em vigor, a Lei de Imprensa sofreu alterações na matéria em decorrência do Decreto-lei 314, de 13 de março de 1967. A chamada Lei de Segurança Nacional definiu os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social.

Dentre os dispositivos, estava prevista a pena de detenção, de seis meses a dois anos, para quem divulgasse, por meio de publicidade, notícias falsas, tendenciosas ou deturpadas, de modo a colocar em perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil (Decreto-Lei nº. 314, de 1967, art. 14).

Dois anos depois, nova Lei de Segurança Nacional foi promulgada por meio do Decreto-lei 510, agravando o cenário de represália existente.

Não obstante, em 1968, há mais de 50 anos, foi assinado o Ato Institucional nº. 5. O AI-5 conferiu ao presidente da República poderes para imposição de censura prévia sobre os meios de comunicação, sob a justificativa de ser “necessário à defesa da Revolução”.

Tal Ato marcou o nível mais extremo que chegou o autoritarismo no Brasil. Assim, a liberdade de expressão, embora assegurada no texto constitucional, era uma letra-morta, sem valia, um preceito que não se cumpriu.

O quadro perdurou até 1978, com a revogação do AI-5, por meio de Emenda Constitucional nº 11², durante o governo de Ernesto Geisel. Voltava a vigorar, então, a Constituição em conjunto com a Lei de Imprensa.

Embora de modo gradativo, o espírito democrático ganhava força, o que culminou na eleição de Tancredo Neves, primeiro Presidente após mais de vinte anos de regime ditatorial, ainda que pelo voto indireto. No entanto, Tancredo não chegou a ser empossado, pois faleceu antes da posse.

Assumiu o cargo José Sarney com a missão de revogar as leis autoritárias e aprovar uma nova Constituição pelo Congresso Nacional. A atual Carta Constitucional instaurou o Estado Democrático de Direito, em cinco de outubro de 1988.

A reabertura democrática expôs o evidente desencontro da Lei de Imprensa com os princípios e preceitos constitucionais assegurados na Constituição de 1988, vez que é confirmado a todos os cidadãos o direito à livre manifestação do pensamento.

3.1 A LEI DE IMPRENSA E A TENTATIVA DE LIMITAR A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Promulgada no dia 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil reacendeu a esperança da instituição do Estado Democrático de Direito. Destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e preceituando a liberdade, a igualdade

² Promulgação da Emenda Constitucional nº 11, em 13 de outubro de 1978, aprovada em maioria pelo Congresso Nacional, revogava os atos institucionais e complementares, no que contrariassem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estavam excluídos de apreciação judicial (Emenda Constitucional nº 11, de outubro de 1978, art. 3º). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm.

e a justiça como valores supremos de uma sociedade aberta. Definida, desde logo, no preâmbulo constitucional, como uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (BRASIL, 1988).

No primeiro capítulo, o artigo quinto da Constituição lista os direitos e deveres individuais e coletivos, de modo a garantir a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

De modo simultâneo, a Carta Constitucional tratava da liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento de forma mais liberal, aparentemente sem limitações, e também assegurava o direito de resposta, a indenização por dano moral, material ou à imagem, além da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Essa liberdade de manifestação do pensamento é, antes de tudo, dirigida ao Estado, de modo a impossibilitar qualquer medida restritiva aos discursos não aprovados pelo governo. Não há forma de censura que encontre respaldo constitucional, ainda que haja risco significativo de dano. Assim, a limitação só se revela legítima quando o discurso tiver a intenção e o potencial de causar ações ilícitas (MACHADO, 2013 *apud* NOVELINO, 2018).

Por serem considerados princípios, tanto a liberdade de manifestação do pensamento como a liberdade de expressão, podem colidir com outros direitos fundamentais de terceiros, tais como a honra, a imagem, direito à intimidade e à vida privada (CR, art. 5º, X). Motivo pelo qual é preciso identificar quem emitiu o juízo, a fim de que seja viabilizada eventual responsabilização nos casos de manifestação abusiva (NOVELINO, 2018).

Destaca-se o significado de “princípio”, em virtude da subdivisão das normas do ordenamento jurídico brasileiro em princípios e regras. Princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados (BARROSO, 2004).

Designam, portanto, "estados ideais", sem especificar a conduta a ser seguida. A atividade do intérprete aqui será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar. E mais: em uma ordem democrática, princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato (BARROSO, 2004).

Mesmo que existam restrições constitucionais e infraconstitucionais que limitem o direito à liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento, é proibido qualquer tipo de censura prévia ao exercício da liberdade de informação jornalística, expressão sinônima de liberdade de imprensa.

Em abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal declarou incompatibilidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) com a Constituição de República de 1988.

Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130.

Contudo, os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação e o ministro Marco Aurélio, pela improcedência.³

³ STF – ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto (30.04.2009): “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobre tutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongado das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar a responsabilidade penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo *a posteriori*, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre o pensamento crítico e a imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou

Para o ministro Menezes Direito, a imprensa é a única instituição “dotada de flexibilidade para publicar as mazelas do Executivo”, sendo reservada a outras instituições a tarefa de tomar atitudes a partir dessas descobertas (STF, 2009). Ainda de acordo com o Magistrado, não existe lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas.

É inegável que exista uma permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão. No entanto, a democracia depende, necessariamente, da informação. “Quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias” (STF, 2009).

Na oportunidade, a Ministra Cármen Lúcia acrescentou que o direito tem “mecanismos para cortar e repudiar todos os abusos que eventualmente ocorram em nome da liberdade de imprensa” (STF, 2009).

A magistrada também ponderou que o fundamento constitucional é o da democracia e que não há qualquer contraposição entre a liberdade de expressão e de imprensa com o valor da dignidade da pessoa humana. Ao contrário, uma imprensa livre reforça o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em seu voto pela revogação total da Lei de Imprensa, o ministro Celso de Mello afirma que “nada é mais nocivo e perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão e pensamento” (STF, 2009).

Informar e buscar informação, opinar e criticar são direitos que se encontram incorporados ao sistema constitucional em vigor no Brasil, salientou Celso de Mello. Nesse sentido, prosseguiu o ministro, as críticas dos meios de comunicação social dirigidas às autoridades - citou como exemplo -, por mais dura que sejam, não podem sofrer limitações arbitrárias. Essas críticas, quando emitidas com base no interesse público, não se traduzem em abuso de liberdade de expressão, e dessa forma não devem ser suscetíveis de punição. Essa liberdade é, na verdade, um dos pilares da democracia brasileira (STF, 2009).

Entretanto, se nem mesmo o direito à vida é absoluto, pois encontra limites na própria legislação e na Constituição, a liberdade de expressão também não haveria de ser. Para se garantir a liberdade dos indivíduos é preciso limitá-la. Há aparente incongruência, mas

oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da Lei nº. 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação.”

assim a sociedade aberta torna-se cada vez mais plural e a fim de atingir a igualdade material dos cidadãos.

3. 2. CASO ELLWANGER: UMA ANTINOMIA ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O RACISMO?

Siegfried Ellwanger, escritor e editor, condenado em instância recursal pelo crime de antissemitismo e pela publicação, venda e distribuição de matéria antissemita. Em setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal, por oito votos a três, confirmou a condenação pelo crime de racismo.

Na oportunidade, dois pontos cruciais foram debatidos. A defesa de Ellwanger alegava que a discriminação antissemita não teria conotação racial, pois os judeus não são uma raça. Sensivelmente, o Plenário do Tribunal entendeu que a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social, vez que não há subdivisões na espécie humana (STF, 2004).

Para a Corte Suprema, o crime de racismo se evidencia pela simples utilização de estigmas e atenta contra os princípios de organização da sociedade humana, baseada na respeitabilidade e na dignidade. A edição e a publicação de obras escritas com ideias antissemitas resgatam a credibilidade da concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto (STF, 2004).

A segunda questão discutida foi sobre um eventual conflito entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão e a prática do crime de racismo. O Supremo Tribunal convencionou que, como qualquer outro direito individual, a liberdade de expressão não é absoluta, podendo ser afastada quando ultrapassar seus limites morais e jurídicos, como no caso de manifestações de conteúdo imoral que se caracterizam ilícitos penais. De acordo com a jurisprudência firmada, o texto constitucional edificou o racismo como crime inafiançável e imprescritível, pois não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão em face da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Na direção contrária da corrente majoritária e utilizando-se de mais de setenta laudas, o Ministro Marco Aurélio votou em defesa do direito à liberdade de expressão. Segundo ele, o livreiro pretendeu fazer uma revisão histórica, uma narrativa pessoal dos acontecimentos. "Há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à

tiranía imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto. As pessoas simplesmente não são obrigadas a pensar da mesma maneira" (STF, 2004).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal mais uma vez colocou em pauta o conflito entre racismo e liberdade, agora envolvendo a liberdade religiosa, que pode ser considerada uma modalidade da liberdade de expressão. A Corte Suprema enquadró a homofobia e a transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa.

Um dos pontos formulados na tese é a repressão penal à prática de homotransfobia não alcança, nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discursos de ódio (STF, 2019).

A liberdade de expressão é tratada com maior restrição. O discurso de ódio é considerado manifestação do pensamento com perspectivas de calar grupos minoritários, passa a ser repudiado pelo ordenamento jurídico, como forma de garantir a expressão das minorias e do exercício da cidadania. (FREITAS; CASTRO, 2013).

Em verdade, trata-se o discurso do ódio de uma variável da Liberdade do Pensamento e, como tal, como apenas sentimento de rejeição ou ódio não externado, não tem interesse para o mundo jurídico. Entretanto, quando manifesto, o discurso do ódio repercute como expressão do pensamento e, de acordo com Jeremy Waldron (2010), passa a gerar efeitos nocivos que poderão perdurar no tempo de acordo com o veículo de transmissão utilizado. (FREITAS; CASTRO, 2013).

No Brasil, definir os limites da liberdade de expressão em contraposição com outros direitos de igual hierarquia jurídica é questão constitucional de grande relevância. A liberdade de expressão não é absoluta e nem possui um maior grau de importância frente aos outros direitos.

O direito de se expressar é um dos pilares da democracia. A troca de ideias, o direito à informação, a livre imprensa e a liberdade de manifestação do pensamento são primordiais para que a sociedade avance e para que não haja abusos do Estado. Em governos totalitários e autoritários há ausência da liberdade de se manifestar e as informações são limitadas ao critério e interesse dos governantes.

É um paradoxo: para que haja direitos, é preciso que sejam limitados, mas essas limitações não podem ser ilimitadas.

4. CONCLUSÃO

A liberdade de expressão, ao lado das outras liberdades, forma a aura da dignidade da pessoa humana. A liberdade é valor essencial ao ser humano, tão importante quanto a vida, mas quando tutelada pelo ordenamento jurídico, contrapõe-se com a legalidade. O sujeito possui livre-arbítrio para escolher seu modo de viver, ser e decidir até que encontre alguma lei ou imposição legal que o detenha, e isso significa limitar a liberdade, segundo preceitos éticos, morais, legais e até mesmo constitucionais.

A antinomia entre princípios não é novidade nos ordenamentos jurídicos democráticos. Por mais abstratos e abertos que sejam os conteúdos dos princípios, podem coexistir e serem aplicados com critérios de proporcionalidade e razoabilidade, conforme a necessidade e a concretude do caso. A questão é uso do direito da liberdade de expressão sem restrições, justificando, os discursos odiosos e discriminatórios, bem como a prática de outros atos ilícitos, que podem significar a exclusão social de grupos minoritários e o detrimento do direito à igualdade.

O discurso de ódio, também chamado de *hate speech*, é expressão do pensamento que desqualifica, humilha e discrimina indivíduos e grupos sociais, com o intuito de inferiorizá-los. Aceitar as opiniões intolerantes de forma irrestrita é ir de encontro com os direitos individuais do ofendido. Isso é claramente adverso aos ideais democráticos.

Nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é protegida pela Primeira Emenda da Constituição Norte-americana. Pelo texto constitucional, é vedado ao Congresso legislar de modo a impor limites à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa. O artigo com definições amplas e abstratas permite que a Suprema Corte seja protagonista do constitucionalismo estadunidense e decida sistematicamente protegendo os discursos de ódio em prejuízo de outros de direito.

Na concepção brasileira, a Constituição assegura a liberdade de expressão como direito fundamental, com expressa vedação ao anonimato a fim de evitar a verbalização sem a devida responsabilidade. Não obstante, assim como os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão não é absoluta, tampouco possui maior hierarquia frente aos outros direitos igualmente constitucionais. Contrariamente, encontra limitações dentro da própria Constituição e restrições infralegais.

Entende-se que o discurso de ódio constitui um dos polêmicos aspectos da liberdade de expressão, pois entra em conflito com outros direitos assegurados pela Constituição, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Surge a reflexão de que até que ponto os discursos odiosos devem ser tolerados e defendidos, sob a égide da liberdade de expressão, ainda que signifique a falta de expressão de grupos minoritários.

Ao passo que é primordial reconhecer a relevância da liberdade de expressão enquanto formadora do conceito de dignidade humana, também é preciso decidir o que pode e o que não deve ser expresso como forma de manter os fundamentos democráticos e a evolução de uma sociedade aberta e plural.

REFERÊNCIAS:

ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56088.

BARROSO, Luis 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 09 de julho de 2019.

BINENBOJM, Gustavo. Duzentos anos de jurisdição constitucional: As lições de Marbury v. Madison. In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BIROLI, Flávia. **Liberdade de imprensa: margens e definições para a democracia durante o governo de Juscelino Kubistchek (1956-1960)**. Revista Brasileira de História. São Paulo, v. 24, nº 47, p. 213-240. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbh/v24n47/a09v2447.pdf>>. Acesso em 11 de julho de 2019.

BRASIL, Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 07 de julho de 2019.

BRASIL, Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 08 de julho de 2019.

BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 08 de julho de 2019.

BRASIL, Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 08 de julho de 2019.

BRASIL, Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 08 de julho de 2019.

BRASIL, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 08 de julho de 2019.

BRASIL, Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, 1967. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em 08 de julho de 2019.

BRASIL. Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 dez. de 1968. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em 08 de julho de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em 06 de julho de 2019.

BRASIL. Decreto n. 314, de 13 de março de 1967. Dispõe sobre crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0314.htm>. Acesso em 08 de julho de 2019.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e Americano. *In: Revista de Direito Público*, vol. 1, nº 15, 2007.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. [s.d.]. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em 09 de agosto de 2019.

COSTELA, Antonio Fernando. **O controle da informação no Brasil; evolução histórica da legislação brasileira de imprensa**. Petrópolis: Vozes, 1970. 156 p.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: uma leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cippola. SP: Martins Fontes. 2006.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão.

Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 66, p. 327-355, Julho de 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552013000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05 de agosto de 2019.

MENDONÇA TERRA, F. Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte-americano. **Universitas Jus**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 163–187, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5102/unijus.v27i1.3551>>. Acesso em: 30 de julho de 2019.

MOLINA, Ana Heloísa. Fenômeno Getúlio Vargas: Estado, discursos e propagandas. *História & Ensino (UEL)*, Londrina, v. 03, p. 95-112, 1997.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz. Características do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um Paralelo com o Recente Ativismo Judicial da Suprema Corte Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 204, p. 25-42, out/dez 2014.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SELEPAK, A.; SUTHERLAND, J. The Ku Klux Klan, Conservative Politics and Religion: Taking Extremism to the Political Mainstream. **Politics, Religion & Ideology**, [s. l.], v. 13, n. 1, p. 75–98, 2012. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=94381326&lang=pt-br&site=ehost-live>>. Acesso em 08 de agosto de 2019.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: ADO 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DJ: 28/06/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em 05 de agosto de 2019.

STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 130. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DJ: 30/04/2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>>. Acesso em 12 de julho de 2019.

STF. HABEAS CORPUS: HC 8242-4/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DJ: 19/03/2004. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms>. Acesso em 05 de agosto de 2019.

UNITED STATES (1968), Supreme Court. **U.S. Reports: Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444**. Library of Congress. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep395444/>. Acesso em 02 de agosto de 2019.