

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

Bernardo Augusto Arantes Dias

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE
MULTICULTURAL BRASILEIRA

UBERLÂNDIA – MG

2021

Bernardo Augusto Arantes Dias

**OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE
MULTICULTURAL BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito à aquisição do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Regina de Magalhães da Silva Loureiro

UBERLÂNDIA – MG

2021

BERNARDO AUGUSTO ARANTES DIAS

**OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE
MULTICULTURAL BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito à aquisição do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Regina de Magalhães da Silva Loureiro

Uberlândia, __ de _____ de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Cláudia Regina de Magalhães da Silva Loureiro, UFU/MG

Prof. Dr. Humberto Bersani, UFU/MG

Profa. Dra. Luciana Silva Reis, UFU/MG

DEDICATÓRIA

A todas as pessoas, para que tenham consciência do poder de suas palavras ou opiniões, estas, quando usadas sabiamente, têm o poder de mudar vidas, derrubar muros e apaziguar conflitos. Mas se usadas sem escrúpulos, poderão sepultar sonhos, afastar pessoas e desencadear guerras.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a minha mãe Érika e ao meu pai Cláudio, pois, sem a presença e apoio destes, jamais teria a oportunidade de chegar até esta etapa. Aos meus irmãos, Cláudio Filho e Lívia, por sempre me incentivarem a alcançar meus sonhos. Ao meu querido sobrinho Camilo, nascido no decorrer deste projeto, sendo fonte constante de inspiração e acalento.

Também sou grato às amizades que me foram apresentadas no decorrer desta graduação, notadamente, as minhas futuras associadas, Camila, Giovanna, Isabela, Raíssa e Vanessa, no escritório Cidinha Reis.

À minha querida orientadora, Dra. Cláudia Regina de Magalhães Loureiro, sempre disposta a ensinar e a auxiliar, de modo que, sem ela não teria sido possível a conclusão deste trabalho e a finalização de mais uma etapa.

Por fim, agradeço a todos os meus professores da graduação em direito na Universidade Federal de Uberlândia, estes compartilharam, ao longo de meus cinco anos, seus saberes e lições, indispensáveis para a minha formação, enquanto profissional, aluno e pessoa.

“Se não formos capazes de viver inteiramente como pessoas, ao menos, façamos tudo para não viver inteiramente como animais.”

José Saramago

RESUMO

A crescente difusão de ideias discriminatórias e lesivas ao ser humano tem suscitado, cada vez mais, a necessidade de se compreender os limites da liberdade de expressão. Nesse cenário, o Brasil cumpre um papel peculiar, dada a sua natureza primordialmente multicultural. Todavia, falar de liberdade de expressão, de seus limites e do discurso de ódio não significa abordar apenas referidos elementos, mas implica necessariamente adentrar no âmbito de inúmeras outros fatores, como por exemplo, igualdade, dignidade, cultura e política. Assim, este trabalho, por meio da análise e síntese, buscará identificar e explicitar os contornos da livre manifestação de pensamento no Brasil, tendo como cenário o fenômeno do discurso de ódio.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Restrições à direitos fundamentais. Brasil. Multiculturalismo. Igualdade. Dignidade.

ABSTRACT

The growing diffusion of discriminatory ideas that are harmful to human beings has increasingly raised the need to understand the freedom of expression limits. In this scenario, Brazil fulfills a peculiar role, because its primarily multicultural nature. However, talking about freedom of expression, its limits and hate speech does not mean addressing only those elements, but necessarily implies entering into the scope of several other factors, such as equality, dignity, culture and politics. Thus, this work, through analysis and synthesis, aims to identify and explain the contours of the free expression of thought in Brazil, against the backdrop of the phenomenon of hate speech.

Key-words: Freedom of expression. Hate Speech. Fundamental rights restrictions. Brazil. Multiculturalism. Equality. Dignity.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CIEDR	Convenção Internacional para a Erradicação de todas as formas de Discriminação Racial
EUA	Estados Unidos da América
n.	Número
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	13
2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	15
2.3 O CONTEXTO POLÍTICO, CULTURAL E SOCIAL COMO ELEMENTOS CONFORMADORES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	18
2.4 A IMPORTÂNCIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARA A ESTRUTURAÇÃO E MANUTENÇÃO DAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS	23
3 QUANDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO CEDE LUGAR AO DISCURSO DE ÓDIO	26
3.1 DISCURSO DE ÓDIO: IMPRECISÕES CONCEITUAIS.....	29
3.2 INTERDEPENDÊNCIA ENTRE DIREITOS: LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE	33
3.2.1 <i>O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</i>	34
3.2.2 <i>O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE</i>	40
3.3 RESTRINGIR OU NÃO RESTRINGIR: DISCUSSÕES JUSFILOSÓFICAS.....	47
4 OS LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVAS TEÓRICAS REFERENTES À RELATIVIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	53
4.1 A RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO A TEORIA INTERNA	57
4.2 A RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO A TEORIA EXTERNA	60
4.3 OS LIMITES ÀS RESTRIÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONDIÇÕES JURÍDICAS À RELATIVIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	63
5 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO: PERSPECTIVAS JURÍDICAS DO DIREITO INTERNACIONAL E DO DIREITO COMPARADO	66
5.1 A SOCIEDADE LIBERTÁRIA NORTE-AMERICANA	67
5.1.1 <i>A SUPREMA CORTE NORTE AMERICANA: PRECEDENTES JURÍDICOS</i>	73
5.2 A ALEMANHA COMUNITÁRIA	75
5.2.1 <i>O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO: JURISPRUDÊNCIAS EM MATÉRIA DE DISCURSO DE ÓDIO</i>	77
5.3 O DISCURSO DE ÓDIO SOB A ABORDAGEM JURÍDICA INTERNACIONAL ...	80
6 O BRASIL MULTICULTURAL	84
6.1 OS LIMITES LEGAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	87

6.2 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA EM SEDE DE DISCURSO DE ÓDIO: O CASO ELLWANGER.....	90
7 CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS.....	97

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito consiste em uma configuração dos sistemas estatais por meio da qual, os Estados e os cidadãos atuam conjuntamente, nos limites do que prescrevem os valores e as normas jurídicas fundantes de determinada sociedade. Trata-se de configuração governamental de ampla aderência na contemporaneidade, tendo em vista a enorme proteção e segurança garantida por essa estrutura aos indivíduos submetidos a esse modelo organizacional, notadamente no que concerne à pessoa humana e aos direitos dela decorrentes. Todavia, se é certo que tal sistema assegura diversos valores e direitos dos seres humanos, por outro, mas não tão claro como a primeira premissa, esses mesmos direitos não só foram fundamentais para o surgimento dessa forma institucional, como são elementos imprescindíveis para a sua manutenção.

Dentre esses direitos responsáveis pela sistematização atual dos inúmeros Estados, bem como pela sua conservação, a liberdade de expressão detém lugar de destaque. Isso porque, para além da sua dimensão subjetiva, marcada pela possibilidade de vazão às ideias, pensamentos e ações do ser humano individualmente considerado, ela também se desdobra segundo um plano objetivo, o que significa dizer que referido direito assume facetas coletivas, comunitárias e estruturantes do regime estatal.¹ Contudo, em que pese a importância dessa garantia para as democracias, atualmente, o seu uso tem servido, em muitos casos, como abrigo e justificativa às manifestações de ódio e discursos ofensivos dirigidos, principalmente, contra os seguimentos minoritários e mais vulneráveis da sociedade pelos mais variados motivos, o que, conseqüentemente, acarreta uma situação de conflito entre direitos fundamentais. Tudo isso, ganha maiores proporções à medida que o processo de globalização se intensifica e as novas formas de comunicação se popularizam em todo o mundo.²

Assim, a crescente difusão de ideias discriminatórias e lesivas ao ser humano tem suscitado, cada vez mais, a necessidade de se compreender os limites da liberdade de expressão e amplitude de seu âmbito protetivo, a fim de determinar se o discurso de ódio estaria abrangido por esse direito fundamental ou se tais narrativas não passariam de exercícios ilegítimos da livre expressão, portanto, passíveis de restrições. Nesse cenário, o Brasil cumpre um papel peculiar, dada a sua natureza primordialmente multicultural, o estudo desse fenômeno nesse país pode

¹ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 10.

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations strategy and plan of action on hate speech**. [s.l.], 2019, p. 1.

refletir de forma pormenorizada o que vem ocorrendo em âmbito global. Desse modo, ainda que exista diferenças culturais, políticas e sociais que torne diversas as formas dos países lidarem com a problemática levantada, entender como uma nação símbolo em diversidade cultural lida com a delimitação e restrição da expressão e como o judiciário e o poder público brasileiro, de uma maneira geral, respondem frente ao discurso de ódio, importará na possibilidade de se aferir parâmetros jurídicos de ponderação entre a liberdade de uns e o reconhecimento de outros.

Todavia, falar de liberdade de expressão, de seus limites e do discurso de ódio não significa abordar apenas referidos elementos, mas implica necessariamente adentrar no âmbito de inúmeras outros fatores, como por exemplo, igualdade, dignidade, cultura, política, dentre outros. Dessa maneira, a complexidade da temática e a grande quantidade de institutos envolvidos nela tornam inviável o seu estudo como um todo, exigindo-se a segmentação da unidade em partes, de modo a proporcionar um maior entendimento das questões envolvidas, para, só após esse procedimento, se chegar a uma conclusão plena da situação. Por isso, a análise e síntese representam o método científico mais acertado em face dos fins aqui colimados. Logo, fazendo uso da referida metodologia, se propôs a repartição da temática em três partes, a primeira delas refletindo um repertório teórico acerca do objeto estudado, a segunda buscando contrastar a situação brasileira com o direito comparado e, finalmente, aprofunda-se no cenário brasileiro, propriamente dito.

Nesse sentido, no primeiro capítulo deste trabalho será esboçado um panorama geral acerca da liberdade de expressão, a sua importância e os fatores que incidem sobre a sua interpretação e desenvoltura no ordenamento jurídico. Mais adiante, no segundo capítulo, far-se-á uma breve leitura do fenômeno do discurso de ódio, destacando a problemática em que se encontra circunscrito e explicitando as correntes teóricas favoráveis e contrárias à sua limitação. Já no capítulo três, haverá uma discussão relacionada as teorias voltadas para a restrição dos direitos fundamentais, a fim de se compreender, no plano teórico, quais as implicações e os requisitos à efetivação de intervenções no âmago da livre manifestação do pensamento.

Na segunda parte do estudo proposto, representada pelo capítulo quatro, serão tecidas análises sobre o comportamento da liberdade de expressão no direito comparado. De forma específica, buscou-se compreender qual a relação entre essa garantia e o discurso de ódio nos Estados Unidos da América e na Alemanha, procurando promover um ambiente propício ao posterior destaque da temática em território nacional. Ademais, foram explicitados os parâmetros internacionais, notadamente aqueles definidos pelas Nações Unidas, em matéria de

discurso de ódio, tendo em vista os inúmeros tratados, convenções e acordos tutelados por essa entidade e ratificados pelo Brasil.

Por fim, no último capítulo, foram traçadas as perspectivas para o exercício da liberdade de expressão, segundo os parâmetros legais brasileiros, assinalando, de forma sintética, quais os principais dispositivos constitucionais regulamentadores dessa garantia, bem como seus desdobramentos na esfera criminal e cível. Ademais, foram abordados os argumentos fundamentais levantados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em julgamento do renomado caso Ellwanger em que, foram discutidas se as formas de manifestações antissemitas encontrariam proteção na garantia fundamental à livre expressão, ou, de modo diverso, configurariam o crime de racismo, tipificado no Artigo 20 da Lei n. 7.716 de 1989. Desta análise, se extraiu conclusões a respeito do comportamento da liberdade de expressão no Brasil, bem como as respostas e tendências brasileiras ao lidar com essas categorias lesivas de discurso.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Quando se pensa em liberdade de expressão, rapidamente, é feita uma relação com a proteção dos sujeitos em externar seus pensamentos ou opiniões, seja por meio de palavras, atos ou quaisquer outros meios difusores. Porém, a delimitação conceitual desse direito não é tão simples quanto parece, aliás, a própria diversidade de nomenclaturas dadas a essa garantia e utilizadas nos diferentes segmentos jurídicos reflete, por si só, a imprecisão e a insegurança jurídica que circundam o tema.³ Assim, resumi-la a uma noção tão superficial quanto a explanada acima não se coaduna com o verdadeiro significado e proporção que essa salvaguarda detém, especialmente, com relação aos seus titulares no atual cenário dos ordenamentos jurídicos.

Nesse contexto, tem-se considerado a livre expressão como um conjunto de direitos e garantias de ordem comunicativa, a despeito da perspectiva unitária que comumente recai sobre ela. Desse modo, pode-se compreendê-la segundo duas visões complementares, quais sejam, a liberdade de expressão em sentido amplo, entendida como a comunicação propriamente dita, e a liberdade de expressão em sentido estrito, que reflete os diversos desdobramentos oriundos dessa comunicação, tal como a opinião, a criação artística, os inventos científicos, a imprensa,

³ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 43.

dentre outros.⁴ Por isso, diz-se que ela constitui um direito primário, pois a partir da sua fundamentalidade decorrem a essência e a justificativa de diversas garantias como a liberdade de consciência e a liberdade de crença.⁵

Atenta a amplitude guardada no cerne dessa garantia, Fernanda Carolina Tôrres destaca o necessário cuidado para não se restringir inapropriadamente o âmbito protetivo de tal direito:

Dessa maneira, é correto dizer que, conexos e intrínsecos à liberdade de expressão, encontram-se também outros direitos, como o direito de informar e de ser informado, o direito de resposta, o direito de réplica política, a liberdade de reunião, a liberdade religiosa etc. Por conseguinte, a concepção de liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível, desde que resguardada a operacionalidade do direito.⁶

Para além dessas discussões conceituais supracitadas, ainda convém ressaltar a dimensão dual própria dos direitos fundamentais e que, por isso, também se encontra presente na livre expressão. Dita dualidade é responsável por conferir aos direitos fundamentais uma perspectiva subjetiva e, ao mesmo tempo, objetiva, o que faz com que ela assuma feições valorativas de uma comunidade, não estando restrita à estrutura de direito subjetivo inerente aos sujeitos individualmente considerados. De outro modo, sob o aspecto subjetivo, os direitos fundamentais traduzem a possibilidade de seus titulares exigirem a tutela jurisdicional para assegurar o cumprimento daquilo que prescrevem tais garantias.⁷ Ao passo que, mencionados direitos objetivamente considerados devem expressar, mais do que prerrogativas inerentes a seus titulares individuais, valores sociais e comunitários que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, de modo a gerar responsabilidades de natureza conjunta dos indivíduos integrantes da sociedade na qual estão consagrados.⁸

Ademais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, tais garantias sob a ótica objetiva ainda implicam na “eficácia dirigente que estes (inclusive os que exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais”.⁹ Dessa maneira, a liberdade de

⁴ MACHADO, 2002 apud NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 316.

⁵ MACHADO, 2002 apud NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 316.

⁶ TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 63.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 160.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 151.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.152.

expressão, como um direito fundamental, acaba por exigir mais do que uma abstenção do Estado nas intervenções lesivas à esfera individual, a título do que propõe a primeira dimensão dos direitos fundamentais, demandando uma postura estatal positiva. É justamente por isso que, atualmente, se reconhece a reconfiguração de tal liberdade, de modo que, embora surgida ao abrigo dessa configuração dimensional, não deixou de acompanhar as novas dimensões que surgiram, posteriormente.¹⁰

Nesse sentido, mencionando Jónatas Machado, Carlo José Napolitano e Tatiana Stroppa discorrem:

A despeito da condição liberal acima indicada, a liberdade de expressão do pensamento também pode ser classificada, ainda de acordo com Jónatas Machado, como direito de segunda geração, ao lado dos direitos econômicos, sociais e culturais, direitos que requerem “capacidade de prestação do Estado” e que impactam o “âmbito da liberdade de expressão”, obrigando a uma nova interpretação ou “reinterpretação dos direitos, liberdades e garantias como direitos sociais em sentido amplo”, fornecendo “coordenadas normativo-institucionais à luz das quais deve ser equacionada, compreendida e delimitada a intervenção do Estado na disciplina das liberdades comunicativas”, compreendendo-se que “o conhecimento é poder e em que a informação é um bem de primeira necessidade”, demandando, desse modo, políticas públicas específicas para a comunicação social, em especial.¹¹

Apesar de todo o exposto, nem sempre a liberdade de expressão ostentou posição jurídica privilegiada e, tampouco, uma estrutura tão refinada, própria das atuais teorias legitimadoras dos direitos e garantias constitucionais. Sendo certo que, para se chegar ao atual status conferido pelas ordens constitucionais e democráticas contemporâneas, muitas foram as lutas e as construções jurídicas, políticas e filosóficas feitas entorno dessa salvaguarda tão importante para a concretização da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos dependentes dela.

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No âmbito do direito, é praticamente um consenso que a liberdade de expressão e os direitos fundamentais, como um todo, se consagraram a partir de suas enunciações em dois importantes documentos jurídicos: a Declaração de Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, esta última ocorrida no decorrer da Revolução

¹⁰ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 15.

¹¹ MACHADO, 2002 apud NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 317.

Francesa.¹² Em que pese a importância de mencionadas declarações para a estruturação e popularização das garantias inerentes aos seres humanos, tal fato não exclui a relevância de períodos históricos anteriores como elementos paradigmáticos para que se pudesse chegar, gradualmente, as atuais configurações em termos humanitários.

Assim, já na antiguidade clássica, é possível reconhecer a importância e o valor que a comunicação e as ideias ostentavam no âmago da sociedade grega, a exemplo da existência da politeia.¹³ Por outro lado, ainda nesse período histórico, o surgimento do cristianismo trouxe às sociedades um novo olhar sobre o ser humano, mais pautado pelas noções de dignidade e igualdade, o que, posteriormente, viria a refletir nas correntes jusnaturalista. Mais tarde, durante a Idade Média, iniciam-se a construção de fundamentos de caráter jus filosóficos legitimadores da figura do homem como sujeito digno e da distinção entre as ordens jurídicas positiva e natural, tendo São Tomás de Aquino como um dos principais nomes nesse domínio.¹⁴

Ainda durante a Idade Média, há o aparecimento de alguns direitos e deveres direcionados a uma parcela específica da sociedade inglesa, por meio da instauração da Magna Charta Libertatum pelo Rei João Sem-Terra, no ano de 1215, o que, todavia, não representa garantias de cunho fundamental, senão um de seus precedentes, haja vista a natureza limitada e não universal guardada por esse documento. Nesse sentido:

Desde já, há que descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses ‘direitos’ e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificavam a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo. [...] Ainda assim, não impende negligenciar a importância desses pactos, de modo especial as liberdades constantes na Magna Charta, para ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições, ainda mais quando é justamente no seu já referido art. 39 que a melhor doutrina – contrariando a ainda prestigiada tese de Georg Jellinek, no sentido de que a liberdade religiosa teria sido o primeiro direito fundamental – vê a origem destes direitos na liberdade de locomoção e sua proteção contra prisão arbitrária, por constituir o pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades, inclusive da liberdade de culto e religião.¹⁵

¹² NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 316.

¹³ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 48.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 38.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 41.

Com a introdução da idade moderna e do modelo absolutista, de inspiração em algumas correntes contratualistas, tem-se a concentração de poderes nas mãos dos monarcas, favorecendo o seu exercício arbitrário e, conseqüentemente, a prática de atos lesivos aos indivíduos pertencentes a sociedade. Contudo, se por um lado referido período esteve amplamente marcado por práticas abusivas dos governantes, por outro, foi justamente nesse contexto que se desenvolveram uma enorme variedade de pensadores inclinados à tutela do homem e de alguns de seus direitos, valendo citar alguns famosos autores, a título de exemplificação, Locke, Hobbes, Rousseau, Tomas Paine e Kant.¹⁶ Portanto, durante essa fase histórica se encontram as profundas raízes da constitucionalização dos direitos fundamentais, “pois um dos ingredientes da passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito foi a preocupação em estabelecer limites ao poder discricionário do soberano em relação às pessoas que integram a sociedade”.¹⁷

Nesse período, também se desenvolveu na Inglaterra, outros dois documentos essenciais para a posterior positivação dos direitos humanos, a lei de Habeas Corpus e o Bill of Rights de 1689, este último amplamente ligado à liberdade religiosa, tendo em vista o agitado contexto de conflitos e reformas religiosas pelo qual passava a Europa.¹⁸ Dessa forma, em meio a todos essas fontes histórico-jurídicas que se legitimou o processo de positivação dos direitos humanos, notadamente a liberdade de expressão, segundo a instituição da Declaração de Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, supracitadas. Mas a história da livre expressão não acaba aí, tampouco a dos demais direitos inerentes ao ser humano, na verdade, é a partir desses dois marcos, bem como da independência dos Estados Unidos e da inserção da primeira emenda em sua Constituição no ano de 1794 que os procedimentos de proteção à liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais passam a se tornar, cada vez mais, sofisticados.¹⁹

Para Norberto Bobbio, pode-se falar em quatro fases de estruturação dos direitos fundamentais, sendo que, as duas primeiras delas, positivação e generalização, compreendem aos marcos mencionados acima, haja vista que através deles iniciou-se o processo de incorporação desses direitos nas constituições e documentos jurídicos das nações, sob

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 40.

¹⁷ LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr. 2004, p. 55.

¹⁸ LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr. 2004, p. 54.

¹⁹ BOBBIO, 1992, p.49/65 apud NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 316.

dimensões igualitárias. Ao passo que, a dimensão de internacionalização aparece, sobretudo, após a segunda guerra mundial, com a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos do Homem de 1948, quando há a necessidade de se ratificar universalmente os direitos humanos, em face das atrocidades cometidas em nome das ideologias totalitárias e eugenistas. Por fim, está em curso a fase de especificação, através dela os direitos e garantias fundamentais passam a se voltar de forma particularizada para cada um de seus titulares.²⁰

Como se pode ver, o caminho para o reconhecimento da liberdade de expressão como valor indispensável a um Estado Democrático de Direito foi longo e necessário, em que pese as inúmeras nuances, conflitos e lesões ao ser humano que surgiram no decorrer dele. Aliás, todo esse percurso repleto acontecimentos, muitos dos quais extremamente hostis, serve para ressaltar ainda mais a importância, essencialidade e imprescindibilidade que as garantias fundamentais, notadamente a expressão, assumem no atual contexto das sociedades, o que acaba por justificar todo o rigor e as formalidades existentes quando se fala em possíveis restrições a esse direito.

Para além dessas constatações, a diversidade de noções e a constante variabilidade de intensidade assumidas por esse direito ao longo da história, segundo os diferentes critérios adotados pela humanidade, ainda acabam por refletir uma peculiaridade própria dessa garantia, a sua compreensão e delimitação encontram-se amplamente vinculadas ao contexto político, cultural e social apreendidos em uma dada região, durante um período tempo definido, o que faz dela um valor em constante processo de transformação.

2.3 O CONTEXTO POLÍTICO, CULTURAL E SOCIAL COMO ELEMENTOS CONFORMADORES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Sob a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, a liberdade de expressão traduz-se em uma dimensão valorativa carregada pelas concepções políticas, culturais e sociais que circulam e predominam em um determinado tempo e espaço. Portanto, sendo compreendida como um valor, a livre expressão encontra-se apta a sofrer inúmeras modificações em seu entendimento à medida que a cultura, a política e a própria sociedade sofrem mudanças no decorrer do tempo. Por outro lado, como não há uma singularidade no que diz respeito aos acontecimentos desencadeadores de tais mutações, apesar do atual contexto de aproximação e

²⁰ LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr. 2004, p. 55/56.

ligação das nações em razão da globalização, tem-se a conformação de diversas concepções acerca da livre expressão em diferentes territórios, dentro de um mesmo contexto histórico.

Dessa forma, a despeito da dita universalidade dos direitos fundamentais e, logicamente, da liberdade aqui tratada, a prática tem demonstrado que essa garantia não é tão uniforme como se aparenta ou se pretende muitos dos documentos jurídicos internacionais.²¹ Nesse sentido, a compreensão desse direito e de suas delimitações exige uma consideração acerca do contexto e das “condições individuais de cada caso, tais como condições locais, históricas, culturais e de tensões políticas”.²² Boaventura de Sousa Santos destaca bem esse contraste entre a universalidade dos direitos humanos e as particularidades assumidas por eles em cada território nacional:

A política dos direitos humanos é, basicamente, uma política cultural. Tanto assim é que poderemos mesmo pensar os direitos humanos como sinal de regresso do cultural, e até mesmo do religioso, em finais de século. Ora, falar de cultura e religião é falar de diferença, de fronteiras, de particularismos. Como poderão os direitos humanos ser uma política simultaneamente cultural e global?²³

Mas esse aspecto inerente a essa garantia e de outras contidas no ordenamento não ocorre por acaso, o próprio sistema jurídico, a fim de assegurar sua coesão e estabilidade, demanda a existência de mandamentos abertos e flexíveis aptos a conferirem sentido e direção à interpretação e aplicação do direito. De outra forma, é justamente por ostentar a condição de princípio que a liberdade de expressão, juntamente dos demais direitos fundamentais, sofre influência de fatores externos ao direito e, conseqüentemente, apresenta um grau de transmutação mais acentuado.²⁴ A propósito, a própria constituição, como um documento de registro e salvaguarda dos direitos fundamentais, pode ser entendida como um sinal de influência política sobre o mundo jurídico.²⁵

Todavia, tais constatações não têm a presunção de romper com as proposições a respeito da incomunicabilidade dos sistemas jurídicos, em face dos demais complexos que norteiam a sociedade, a exemplo do que propõe a tradicional corrente dos teóricos de direito. Pelo contrário, busca-se com isso, apenas, reconhecer e reforçar um fenômeno muito comum e

²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Annual report of the United Nations high commissioner for human rights**. [s.l.], 2013, p. 3.

²² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Annual report of the United Nations High commissioner for human rights**. [s.l.], 2013, p. 4, tradução nossa.

²³ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, jun. 1997, p. 13.

²⁴ TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 63.

²⁵ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 56.

restrito à esfera constitucional, qual seja, o encontro entre os sistemas jurídico e político.²⁶ Dessa forma, segundo entende Luhmann, “o Direito é um sistema operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto”²⁷, significando que, embora ele não admita influências externas na sua aplicação, há a incidência direta de fatores alheios sobre os seus processos de criação, alteração e extinção.²⁸

Contudo, o mencionado autor ainda vai além ao elencar a Constituição como uma exceção a regra do sistema fechado, identificando-a como um sistema parcialmente aberto, nos seguintes termos:

Com efeito, se as normas jurídicas são exclusivamente regidas pelo código do lícito/ilícito, e o direito é um sistema operacionalmente fechado, o mesmo não se pode dizer da Constituição, pelo singelo fato de que ela não é mera norma, não integra apenas o sistema jurídico: faz parte, também, do sistema político. Nesse sentido, a Constituição pode ser entendida como um sistema (parcialmente) aberto: em termos políticos serve como uma estabilização jurídica das ‘regras do jogo’; em termos jurídicos, serve como ‘abertura cognitiva’ política de legitimação do sistema jurídico e possibilidade de imposição fática do Direito. (...) a jurisdição especificamente constitucional precisa estar preparada para enfrentar também questões baseadas nos códigos de poder/não poder, maioria/minoria, até mesmo para cumprir a função de resguardar as regras democráticas, com proteção dos direitos fundamentais das minorias, sem desrespeitar a legitimidade das pretensões das majorias (...) ²⁹

Aliás, esses processos de reinvenção por influência a elementos externos ao complexo jurídico são mais corriqueiros do que se possa imaginar, havendo variados exemplos no direito comparado. A título de ilustração, tem-se o caso dos Estados Unidos da América (EUA), de modo que, atualmente, nenhum outro país é tão reconhecido pela amplitude protetiva conferida à liberdade de expressão como aquele, havendo quem considere quase absoluta a tutela por eles ofertada a esse direito. Porém, a história dessa nação demonstra que, nem sempre a proteção dessa garantia foi tão ampla, na verdade, trata-se de conduta popularizada, sobretudo, a partir do século XX, antes disso, as restrições à livre expressão eram mais frequentes e aceitas.³⁰

²⁶ LUHMANN, Niklas, 1985, p. 67 apud CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 44.

²⁷ LUHMANN, Niklas, 1985, p. 67 apud CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 37.

²⁸ LUHMANN, Niklas, 1985, p. 67 apud CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 38.

²⁹ LUHMANN, Niklas, 1985, p. 67 apud CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 42, 43 e 44.

³⁰ FADEL, Anna Laura Maneschy. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?**: Uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldron a partir da herança do liberalismo de john stuart mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 48 e 49.

Ademais, as próprias justificativas à ampla proteção desse direito fundamental no ordenamento norte-americano encontra amparo em correntes político filosóficas mais recepcionadas por essa sociedade, como o liberalismo utilitário.³¹

De lado totalmente oposto, há a situação da Alemanha que, em virtude de seu passado nebuloso, marcado pelos horrores do nazismo e do holocausto, adota uma postura mais cautelosa em face da liberdade de expressão. Assim, por influência das correntes ideológicas comunitárias as quais pregam o bem comum e a superação do individualismo, em prol da sociedade e dos interesses gerais, essa nação reconhece de forma mais acurada os limites intrínsecos à livre expressão, principalmente, quando esta é utilizada para a propagação de ideias anti-democráticas e tendenciosas ao nazifascismo e ao negacionismo das práticas genocidas ocorridas durante a segunda guerra mundial.³²

Sem embargo, não é necessário buscar exemplos tão longe, o próprio Brasil demonstra, conforme suas peculiaridades, a ocorrência desse fenômeno em seu cenário jurídico. Não é por outro motivo que, muitos têm considerado a proteção dada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) como uma forma de resposta à censura e às restrições sofridas por esse direito no período da ditadura militar. Essa posição se destaca ainda mais quando se analisa a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130, responsável pelo juízo de não recepção da antiga lei de imprensa pela CF/88. Dessa maneira, através da mencionada decisão, entendeu-se pela inexistência de identificação entre a lei em questão, originária do regime ditatorial, e a nova ordem democrática instaurada a partir da nova Constituição Federal.³³

Ocorre que, muito mais do que uma demonstração da ruptura entre um período e outro, a ADPF n. 130 representa uma nova forma de olhar para a liberdade de expressão, segundo os parâmetros fornecidos pelo novo contexto social pelo qual passa o Brasil, o que levou o Ministro Carlos Ayres Britto a considerá-la como uma espécie de sobredireito, qualificando-a acima de diversas outras garantias constitucionalmente consagradas, de modo a demonstrar os receios advindos do período histórico anterior.³⁴ Apesar disso, essa posição não é unânime, para

³¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 89 e 90.

³² CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 71 e 147.

³³ TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 66 e 67.

³⁴ TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 65.

o Ministro Joaquim Barbosa, nada impede que o Estado intervenha nessas liberdades favoravelmente, devendo se considerar sempre uma pluralidade de fatores justificantes como “a peculiaridade da história do país, a maneira como a sociedade é organizada, o modo de interação entre grupos sociais dominantes e grupos sociais minoritários, tudo pode influir na questão da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa”.³⁵

Corroborando esse entendimento sobre a intersecção entre sistemas, Fernanda Carolina Tôrres destaca:

Essa delimitação interpretativa posterior de um direito fundamental não se dá apenas como um problema metódico de subsunção lógica, ela reflete uma questão política indicadora de relações sociais de domínio e de sujeição. Em outras palavras, a extensão que o Supremo Tribunal Federal reconhece para um direito fundamental não é uma decisão estritamente jurídica, mas também política, pois se baseia na construção histórica desse direito. Isso é patente no que se refere à liberdade de expressão.³⁶

Em contrapartida, a não unanimidade entre os ministros no julgamento dessa temática revelou uma outra perspectiva a respeito das influências ocasionadas pelos pensamentos dominantes quanto à liberdade de expressão. Se por um lado é incontestável a relação entre o contexto ditatorial e a nova abordagem jurídica frente à garantia em questão, por outro, há que se mencionar a inexistência de um padrão político filosófico definido como forma de justificativa às abordagens realizadas entorno desse direito, no Brasil. Na verdade o que se tem nesse país, a despeito do que ocorre nos EUA e na Alemanha, é justamente um misto de ideologias, muitas vezes até contrárias umas as outras, responsáveis por nortear a visão acerca dos princípios constitucionais.³⁷

Portanto, a liberdade de expressão, como princípio constitucional, apresenta-se como uma garantia extremamente maleável, a forma como ela aparece positivada nos ordenamentos jurídicos denota a existência de um liame entre o direito e os demais elementos de identidade social, como por exemplo a cultura e a política. Desse modo, compreender a sua extensão e a forma como ela é manejada significa, em partes, entender o contexto social em que está inserida. Isto não quer dizer que não exista um limite legítimo em relação ao que se entende abrangido,

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adpf nº 130. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF 30 abr. de 2009. **Dje**. Brasília, 06 nov. 2009, p. 110.

³⁶ TÔRRES, Fernanda Carolina, O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 65.

³⁷ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 177.

ou não, por ela, tampouco retira a sua importância e imprescindibilidade para à consecução dos ideais democráticos.

2.4 A IMPORTÂNCIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARA A ESTRUTURAÇÃO E MANUTENÇÃO DAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

Conforme já visto, os direitos fundamentais, dentre eles a liberdade de expressão, ostentam uma dupla dimensão, marcada pela existência de uma perspectiva objetiva e outra subjetiva. Dessa sistemática decorre o que a doutrina convencionou chamar de multifuncionalidade dos direitos fundamentais, assim, essas garantias constitucionais assumiriam na ordem jurídica múltiplas funções e não somente a de direitos subjetivos.³⁸ Destarte, estando a livre expressão ao abrigo da fundamentalidade atribuída pela Constituição Federal, nela também recai inúmeros encargos, revelando a sua proeminência no âmbito dos Estados que se pretendam democráticos.

Nesse sentido, buscando explicitar os argumentos e justificativas que tornam a liberdade de expressão uma garantia essencial, os estudiosos costumam dividi-los em dois grupos, conforme os efeitos por ela gerados atinja a coletividade ou o seu titular individualmente considerado. No primeiro caso, dando ênfase a um olhar objetivo, tem-se a corrente ideológica instrumental para quem essa garantia assume extrema relevância para a manutenção das democracias, uma vez que destaca seus efeitos sob o aspecto comunitário. Por outro lado, a corrente substantiva ou constitutiva adota uma postura subjetiva diante da liberdade de expressão, focando na sua dimensão valorativa e própria de sua essência, ou seja, essa garantia passa a ser vista como uma medida para a realização pessoal de seu titular.³⁹

De um modo geral, Roque de Barros Laraia elucida bem, como a comunicação contribui para o processo de formação da identidade dos sujeitos, ao mesmo tempo em que beneficia seus semelhantes:

É interessante observar que não falta ao chimpanzé a mesma capacidade de observação e invenção, faltando-lhe porém a possibilidade de comunicação. Assim sendo, cada observação realizada por um indivíduo chimpanzé não beneficia a sua espécie, pois nasce e acaba com ele. No caso humano, ocorre exatamente o contrário: toda a experiência de um indivíduo é transmitida aos demais, criando assim um interminável processo de acumulação. Assim sendo, a comunicação é um processo

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 161 e 162.

³⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 55.

cultural. Mais explicitamente, a linguagem humana é um produto da cultura, mas não existiria cultura se o homem não tivesse a possibilidade de desenvolver um sistema articulado de comunicação oral.⁴⁰

Vale salientar que, do ponto de vista substantivo, essa garantia fundamental está interligada à dignidade da pessoa humana, uma vez que torna-se indispensável à realização do ser humano, enquanto indivíduo sociável.⁴¹ Ademais, a expressão de ideias e sentimentos, seja por palavras, pela arte ou qualquer outro meio, representa parte daquele que a emite e, portanto, constitui símbolo de sua identidade, de modo que, a sua inexistência ou restrição refletiria na incompletude de seu titular, lesando a sua personalidade. Mais do que isso, um indivíduo livre significa um ser autônomo, apto a abraçar as ideologias que mais sejam adequadas ao seu estilo de vida, segundo o seu discernimento.⁴²

Já no que concerne à instrumentalidade da liberdade de expressão, esta, ao possibilitar a livre circulação de informações, permitiria aos sujeitos, enquanto cidadãos, usufruir na forma mais plena possível de suas prerrogativas e responsabilidades à medida que o acesso à informação, propiciado por esse ambiente de trocas, lhes permitiria chegar a um conteúdo das opiniões e noções mais acertado. Nesse cenário, destaca-se John Stuart Mill, pensador liberal para quem o tráfego de opiniões e ideias sem impedimentos resultaria na construção de um mercado de ideias, a partir do qual o encontro com a verdade passaria a configurar um ideal atingível pelos cidadãos, o que, em última análise, traria inúmeros benefícios para as democracias.⁴³

Por esse ângulo, assegurar esse direito corresponderia à garantia de exercício do autogoverno, característica essencial das democracias, tendo em vista que, os cidadãos estariam livres para debater as questões políticas e participar, ainda que indiretamente, dos processos decisórios que envolvam a coletividade. Essa participação, para além dos debates e do exercício consciente dos direitos políticos, se mostra uma importante aliada no desenvolvimento social, pois permitiria aos sujeitos evocar suas reivindicações e necessidades para o centro das discussões, bem como discordar, criticar e fiscalizar as posições e medidas até então adotadas pelo poder público no exercício de suas funções.⁴⁴

Ademais, as benesses desse direito não acabam por aí, somado a tudo isso ainda é comum atribuir a essa garantia a aptidão para conferir maior estabilidade ao regime democrático

⁴⁰ LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p. 52.

⁴¹ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 79.

⁴² SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 37 e 38.

⁴³ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 59, 60 e 61.

⁴⁴ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 67,68 e 76.

a medida em que exige de seus integrantes uma maior tolerância à pluralidade de pensamentos e crenças e cria um terreno fértil ao intercâmbio cultural, ideológico, social, dentre outros.⁴⁵ Tal fenômeno confere à liberdade de expressão um papel imperativo no combate à discriminação e ao ódio, posto que, através dela, as minorias marginalizadas ganham espaço e voz para romper com as falácias, estigmas e estereótipos impostos a elas.⁴⁶

Aliás, a despeito das funções aqui listadas, não se pode olvidar que a liberdade de expressão, como um direito fundamental assegurado constitucionalmente, ainda mantém sua clássica finalidade de instrumento limitativo do poder estatal, mesmo na contemporaneidade. Não é por outra razão que Ingo Wolfgang Sarlet dipôs:

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, nesse sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou Hans-P. Schneider, podem ser considerados, nesse sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. Além disso, como já havia sido objeto de previsão expressa na declaração de direitos da ex-colônia inglesa da Virgínia (1776), os direitos fundamentais passaram a ser simultaneamente a base e o fundamento (*basis and foundation of government*), afirmando, assim, a ideia de um Estado que, no exercício de seu poder, está condicionado aos limites fixados na sua Constituição.⁴⁷

Malgrado as considerações acima expostas, é certo que nem todos enxergam alguns desses argumentos como exemplos irrefutáveis da primordialidade da livre expressão. É nesse contexto que surge algumas críticas, principalmente, quanto à imagem do mercado de ideias e ao alcance da verdade. Isto porque tais justificativas tendem a sugestionar a existência de conhecimentos absolutos e incontestáveis, o que não exprime uma realidade universal, já que, muitos dos saberes são construções realizadas ao longo do tempo e suscetíveis de transposição a qualquer momento. Além disso, a suposição da existência de verdades absolutas resultaria em um futuro e perigoso processo de estagnação em que, chegando-se a conhecimentos e ideologias inquestionáveis, não haveria razão para contestá-las.⁴⁸

⁴⁵ TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. *Revista de Informação Legislativa*, [S.L.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 62.

⁴⁶ AMNESTY INTERNATIONAL, *Written contribution to the thematic discussion on racist hate speech and freedom of opinion and expression organized by the United Nations committee on elimination of racial discrimination*, [s.l.], 2012, p. 1.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 60.

⁴⁸ ANDRADE, André. *Liberdade de expressão em tempos de cólera*. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 66 e 67.

Alguns críticos vão além e sustentam a perversidade de justificativas atreladas à liberdade de expressão como uma forma de exercício e promoção da tolerância, pois essa proposição não leva em conta a desproporcionalidade entre aquilo que as minorias estigmatizadas devem suportar em comparação com o encargo reservado às maiorias. Como se pode evidenciar na hipótese aventada, aqueles que, em razão da cor da pele, da orientação sexual, do sexo, da nacionalidade ou de qualquer outra característica apta a colocá-lo em situação de vulnerabilidade, naturalmente, já estaria em uma condição extremamente vultosa para si, em termos de tolerância, quando confrontado aos custos e sacrifícios que seriam exigidos de quem não detém nenhum desses status vistos socialmente como pejorativos.⁴⁹

Não obstante a esses contrapontos, vale destacar que, tais juízos de oposição não têm a pretensão de esvaziar a importância nutrida pelo direito à liberdade de expressão, mas tão somente procuram chamar a atenção para o fato de que essa garantia não deve ser preservada em nome de toda e qualquer justificativa. Antes de tudo, é necessário uma análise das circunstâncias e dos valores em jogo. Assim sendo, se é certo que referida garantia ostenta lugar de destaque no Estado Democrático de Direito, dada a sua relevância, não é menos correto que o seu exercício desmedido pode gerar consequências contrárias aos objetivos de uma sociedade democrática, colocando em risco a sua manutenção.

3 QUANDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO CEDE LUGAR AO DISCURSO DE ÓDIO

Como se sabe, a necessidade de se assegurar diferentes pensamentos e opiniões, em um contexto marcado por um processo retraído de pluralização e pelo exercício arbitrário do poder, levou as sociedades do passado ao reconhecimento da liberdade de expressão como uma arma indispensável ao combate da tirania estatal e à construção de nações mais justas, sobretudo, com a popularização da democracia como regime político.⁵⁰ Todavia, sendo a mutabilidade um fenômeno comum no direito especialmente em face de normas jurídicas de conteúdo, predominantemente, principiológico, como é o caso da livre expressão, surge uma nova problemática no que toca essa garantia, agora, não mais relacionada de forma específica a sua escassez, senão ao seu excesso. Dessa forma, o dilema envolvendo o direito em voga se

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 40.

⁵⁰ FADEL, Anna Laura Maneschy. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?**: Uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldrón a partir da herança do liberalismo de john stuart mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 21.

reconfigurou, para além da tradicional preocupação envolvendo o livre fluxo de opiniões, ideias e pensamentos, a contemporaneidade tem mostrado que, o exercício desmedido da liberdade de expressão também pode representar um estorvo, notadamente, nas hipóteses em que dá voz a manifestações de ódio.⁵¹

Nesse sentido, Anna Laura Maneschy Fadel expressa de forma clara os novos conflitos que têm permeado a temática:

A configuração sobre a liberdade mudou e isso deve ser levado em conta. Atualmente, a preocupação sobre o exercício da liberdade de expressão volta-se para os efeitos de que esse discurso seja potencialmente ofensivo ou danoso tanto para as demais liberdades quanto para a individualidade de seus alvos em sua interpretação.⁵²

Esse cenário revela que, nem mesmo as garantias mais essenciais aos indivíduos e à comunidade estão isentas de inquirição acerca de sua abrangência e da vinculação dos sujeitos as suas disposições. Afinal, os direitos fundamentais, inclusive a liberdade de expressão, não são absolutos, de modo que, a existência concomitante desses valores na ordem jurídica exige a possibilidade de que, uns cedam espaço aos outros, à medida que os elementos peculiares a cada circunstância assim o reclamem.⁵³ Não é por outra razão que não se fala em hierarquia entre essas espécies jurídicas, na verdade, estas devem ser manuseadas de forma sistêmica, sempre respeitando o princípio da unidade constitucional.⁵⁴

É justamente nesse ponto em que reside grande parte das controvérsias envolvendo o discurso de ódio, embora a livre expressão seja uma garantia das ordens democráticas contemporâneas, o exercício dessa forma de manifestação, muitas vezes, acaba por lesar inúmeros direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como por exemplo a igualdade, a honra e a dignidade da pessoa humana. Destarte, sendo certo a inexistência de direitos ilimitados, cumpre aos juristas a árdua tarefa de identificar quais os valores deverão prevalecer nas situações reais, o que está longe de ser um trabalho simples.

Somado a isso, ainda há o reconhecimento dos deveres estatais de proteção, provenientes da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, como agregador de

⁵¹ FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 8.

⁵² FADEL, Anna Laura Maneschy. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?**: Uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldron a partir da herança do liberalismo de john stuart mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 22.

⁵³ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p.18.

⁵⁴ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 56.

complexidade a essa situação. Isso porque, referida função supera a velha perspectiva dos direitos fundamentais como proteção à atuação do Estado, para determinar a este o dever de zelo dessas garantias até mesmo nas relações entre particulares ou com outros Estados. Tal circunstância encontra justificativa na concentração do exercício da força pelo Estado, bem como pela inadmissão da autotutela pelo direito, como regra geral.⁵⁵

Outrossim, também não se pode negar o peso dos deveres fundamentais sobre o problema das manifestações odiosas, embora não sejam comumente lembrados, eles atribuem aos cidadãos a necessidade de respeito às garantias constitucionalmente asseguradas, inclusive em suas relações com outros sujeitos. Através dessas figuras jurídicas, os direitos fundamentais estão condicionados a deveres que devem ser seguidos e respeitados por seus titulares. Tamanha é a sua qualidade que, esse instituto, inerente à ordem constitucional e, mais especificamente, aos direitos fundamentais, ostenta poder para legitimar restrições aos direitos.⁵⁶

Daniel Sarmento, considerando esses pontos, exemplifica como a questão envolvendo o discurso de ódio é mais complexa do que parece, uma vez que o preconceito é um fenômeno extremamente presente nas sociedades e atrelado as suas estruturas, nos seguintes termos:

Quando foi lançado o filme ‘Guerra nas Estrelas Episódio 1: A Ameaça Fantasma’, algumas lideranças do movimento negro nos Estados Unidos protestaram. Acharam que o filme tinha um conteúdo racista, porque o seu personagem Jah Jah Binks – um ET desengonçado e trapalhão, com longas antenas dependuradas – lembraria os negros do movimento rastafári, com suas gíngas e tranças características, e que teria por isso os ridicularizado. Este exemplo caricatural mostra que, a rigor, é possível ver preconceito em toda a parte. Nenhuma obra artística ou literária resiste incólume ao escrutínio de algum militante desconstrutivista, que nela procure encontrar significados latentes ou símbolos ocultos de racismo, sexismo, homofobia ou alguma outra forma de opressão ou preconceito. Mas o pior não é isso. Exageros à parte, talvez estes caçadores do vício tenham a sua dose de razão. Afinal, vivemos todos numa sociedade impregnada pelo preconceito, cujas práticas sociais tendem a reproduzir e reforçar as suas estruturas de hierarquia e dominação. Assim, como seres enraizados, somos todos de alguma maneira racistas, machistas e homofóbicos, ainda que às vezes sem saber. Por isso, grande parte dos nossos atos expressivos certamente contém, ainda que de maneira velada, os traços destas nossas pré-compreensões desigualitárias. Portanto, se o Estado fosse censurar e reprimir cada ato comunicativo que contivesse rastros de preconceito e intolerância contra grupos estigmatizados, não sobraria quase nada. O resultado seria uma sociedade amordaçada (...)⁵⁷

Conforme se nota, a problemática envolvendo o discurso de ódio é muito mais profunda do que se possa exprimir, ela coloca em voga uma das garantias mais caras às democracias,

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 154 e 155.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 234 e 235.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 52 e 53.

tendo em conta todo o caminho travado pelas sociedades à consecução da liberdade de expressão, demandando zelo em seu manejo, sob pena de se exercer restrições indevidas e, conseqüentemente, causar prejuízos inestimáveis à sociedade. Mas esse problema não se inicia aí, na verdade, o próprio conceito de discurso de ódio é considerado fonte de inúmeras tribulações, haja vista a imprecisão e as controvérsias envolvendo o seu conteúdo, o que, por si só, já agrava as discussões circunjacentes a essas formas de manifestações.⁵⁸

3.1 DISCURSO DE ÓDIO: IMPRECISÕES CONCEITUAIS

Compreender e buscar uma resposta pertinente ao fenômeno do discurso de ódio significa, inicialmente, reconhecer a inexistência de um consenso quanto ao conteúdo e à descrição dessa forma de manifestação. A sua delimitação ainda é muito imprecisa e condiciona-se as diferentes experiências jurídicas, históricas e culturais responsáveis pela formação das inúmeras sociedades que compõem a ordem mundial. De outra forma, a despeito de suas influências diretas sobre o universo jurídico, esse evento constitui, antes de tudo, um fenômeno social e, portanto, reflete as peculiaridades de cada sociedade. Mas é importante frisar, mesmo dentro de uma determinada localidade, há divergências entre a definição desse discurso.⁵⁹

Segundo David O. Brink, o discurso de ódio consiste em “uma expressão que desdenha e vexe o seu alvo em razão da raça, do gênero, da orientação sexual ou de outra forma de associação a um grupo”.⁶⁰ Seguindo essa mesma linha, Thiago Dias ainda acrescenta como critérios definidores dessas modalidades expressivas, a natureza discursiva predominante do ato, o pertencimento do alvo aos grupos estigmatizados da sociedade e o potencial ofensivo da ação, excludente das vítimas e convidativo ao público.⁶¹ Já Winfried Brugger destaca que, para além dos elementos já mencionados, as manifestações de ódio são caracterizadas preponderantemente pelo uso da palavra e pode se desdobrar tanto em insultos quanto no convencimento das demais pessoas sobre a veracidade e primazia das ideias ofensivas.⁶²

⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations strategy and plan of action on hate speech**. [s.l.], 2019, p. 2.

⁵⁹ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 143 e 144.

⁶⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.); BRINK, David O. et al., **Liberdade de expressão no século XXI**. Belo Horizonte, Delrey, 2016, p. 46.

⁶¹ OLIVA, Thiago Dias, 2015 apud NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 324.

⁶² BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Tradução de Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. **Revista Direito Público**, [S.L.], v. 4, n. 15, p. 117-136, jan. 2007, p.118.

Esses exemplos supracitados revelam que, a maior parte das conceituações fornecidas por diferentes estudiosos procuram enfatizar o caráter discriminatório de determinado grupo ou indivíduo com base em aspectos de identidade, a fim de inferiorizá-los e, ao mesmo tempo, enaltecer a figura do emissor. Mas tais elementos, longe de se pretender efetuar aqui quaisquer críticas, são insuficientes, senão abstratos por demais, já que, dentro da noção de grupos ou de indivíduos, não se sabe quais exatamente estariam abarcados. Ademais, resta incerto se as manifestações aludidas só compreenderiam aquelas ocorridas de forma verbal ou se, de outro modo, também abarcariam expressões escritas ou representadas, por exemplo.⁶³ Há ainda quem vá mais longe, demonstrando que, em que pese a presença do termo ódio na nomenclatura, essas formas de expressão independem de motivação ou intenção odiosa por seus emissores.⁶⁴

Talvez, uma das concepções mais completas e esclarecedoras, no que concerne à temática, é aquela fornecida pela Organização das Nações Unidas (ONU). De acordo com o entendimento dessa entidade, o discurso de ódio é um fenômeno marcado por três elementos principais. O primeiro desses elementos, a comunicação, está relacionado ao meio pelo qual esse fenômeno ganha vida, desse modo, para esse órgão, não há qualquer distinção quanto aos meios empregados para as manifestações de intolerância. Seja através da linguagem falada, da escrita, da arte, de símbolos ou até mesmo de gestos, todos esses atos configuram formas de expressão e, portanto, são passíveis de veicular mensagens coléricas.⁶⁵

Complementarmente à comunicação, as Nações Unidas elencam a forma como o discurso é expressado como componente intrínseco à modalidade discursiva em questão. Assim, ainda que não materialize um sentimento de ódio, propriamente dito, essas mensagens sempre carregam alguma forma grave de ofensa apta a humilhar os indivíduos e, em casos extremos, incitar a sociedade a adotar as mesmas posturas do emissor. Por fim, há o conteúdo dessas manifestações que, sempre carregará um fator identitário vinculativo das vítimas aos grupos vulneráveis da sociedade, como por exemplo, o gênero, a cor, a etnia, a nacionalidade, a religião, o sexo, a orientação sexual. Para a ONU, a interpretação a ser dada a esse terceiro elemento deve ser a mais ampla, englobando até mesmo a condição dos refugiados, dos indígenas e dos portadores de HIV, mas adverte, não basta a presença de um elemento de

⁶³ NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 324.

⁶⁴ ANDRADE, André. op. cit., p. 148.

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations strategy and plan of action on hate speech**. [s.l.], 2020, p. 10.

identidade, é necessário que esse fator reflita um processo de estigma social marcado historicamente.⁶⁶

Além disso, essa organização garantista ainda destaca a presença de três níveis de discurso de ódio abrangidos na sua visão conceitual a respeito desse fenômeno, um superior, um intermediário e, por fim, um inferior, aludindo a uma espécie de pirâmide. Nesse sentido, no nível superior estariam contidas as manifestações mais graves de ódio, abarcando as práticas de incitação ao genocídio e à discriminação com base nos critérios de identidade mencionados acima. Nesse contexto, entende-se a prática de incitamento como o discurso apto a estimular práticas infracionais violentas e lesivas às vítimas, seja fisicamente ou psicologicamente, configurando um risco iminente à integridade delas. Portanto, a ocorrência desse grau de expressão depende necessariamente de uma relação triangular, representada pela presença de três sujeitos, o emissor da mensagem odiosa, o público instigado a aderir a postura do emitente e as vítimas destinatárias da repulsa.⁶⁷

De outro modo, o nível intermediário representaria as práticas expressivas cujo o conteúdo intolerante não sejam lesivos ao ponto de estimular terceiros a práticas de ódio, mas sejam agressivas suficiente para causar danos à democracia e aos seus cidadãos. Nesse caso, ao contrário do que ocorre no grau mais elevado, em que há um consenso indiscutível pela necessária restrição ao discurso, no nível intermediário, seria aceitável a restrição ao discurso atendido alguns requisitos específicos, como a devida previsão legal, a indispensabilidade da medida e um justo motivo para tal.⁶⁸ Diferentemente ocorre na categoria inferior desses discursos, dado o seu teor consideravelmente ameno em relação aos graus mencionados anteriormente, não se aconselha medidas restritivas quanto a eles. Nesse âmbito, estariam os discursos meramente ofensivos, muitos dos quais resultantes da desinformação, a blasfêmia e a negação de fatos históricos ligados a questões envolvendo ódio, discriminação, preconceito e intolerância, por exemplo.⁶⁹

Essas diferentes concepções a respeito do discurso de ódio, em um panorama de grandes imprecisões e inseguranças quanto ao seu conteúdo, revelam a extrema importância e necessidade de delimitações referentes à abrangência conceitual desse fenômeno. A sua

⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations strategy and plan of action on hate speech.** [s.l.], 2020, p. 11.

⁶⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations strategy and plan of action on hate speech.** [s.l.], 2020, p. 12 e 13.

⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations strategy and plan of action on hate speech.** [s.l.], 2020, p. 14.

⁶⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations strategy and plan of action on hate speech.** [s.l.], 2020, p. 14 e 15.

definição não pode estar condicionada a “concepções politicamente corretas, sob pena de minar a abertura e a pluralidade exigidas pelo regime democrático”.⁷⁰ Mais do que isso, a prática tem demonstrado que, a falta de clareza relativa às terminologias e conceituações do discurso de ódio causa efeitos adversos ao exercício da liberdade de expressão e, conseqüentemente, da cidadania. Assim, quando tais imprecisões não acarretam o temor em exercer a livre expressão, elas poderão dar voz a concepções distorcidas e dissonantes do real significado desse fenômeno.⁷¹ Nesse sentido, a Anistia Internacional ilustra essa questão:

One Rwandan human rights activist said, ‘Genocide ideology is a form of intimidation. If you dare to criticize what is not going well, it’s genocide ideology. Civil society and the population prefer to shut up.’ As one representative of an international NGO working in Rwanda said, ‘Genocide ideology leads to general self-censorship.’ Another said, ‘The population has to shut up, otherwise you risk being accused of genocide ideology’.⁷²

Por isso, o estabelecimento de um conceito preciso acerca do discurso de ódio constitui fator indispensável para compreendê-lo e, por conseguinte, identificar se a sua ocorrência estaria albergada pela garantia da livre expressão. Em que pese todas essas considerações, as discussões envolvendo essas manifestações inescrupulosas não devem se tornar reféns de suas incertezas conceituais, tampouco se encerrarem aí, uma vez que, estas são apenas uma ínfima parcela do problema. Na verdade, as conseqüências dessas formas de expressão podem se revelar ainda mais devastadoras, à medida que nega o reconhecimento à igualdade dos sujeitos e, assim, fere a dignidade da pessoa humana, fundamento para a realização dos direitos fundamentais.⁷³

⁷⁰ NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 324.

⁷¹ AMNESTY INTERNATIONAL, **Written contribution to the thematic discussion on racist hate speech and freedom of opinion and expression organized by the United Nations committee on elimination of racial discrimination**, [s.l.], 2012, p. 6.

⁷² Um ativista de direitos humanos ruandês disse, ‘ideologia genocida é uma forma de intimidação. Se você se atrever a criticar o que não está indo bem, é ideologia genocida. A sociedade e a população civil preferem se calar.’ Como um representante de uma ONG internacional em Ruanda disse, ‘Ideologia genocida leva à autocensura.’ Um outro disse, ‘A população tem que se calar, ou corre o risco de ser acusado de ideologia genocida’ Cf. AMNESTY INTERNATIONAL, 2010, p. 27 apud AMNESTY INTERNATIONAL, **Written contribution to the thematic discussion on racist hate speech and freedom of opinion and expression organized by the United Nations committee on elimination of racial discrimination**, [s.l.], 2012, p. 6.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 71.

3.2 INTERDEPENDÊNCIA ENTRE DIREITOS: LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE

No plano jurídico, as manifestações carregadas de mensagem odiosa suscitam inestimáveis controvérsias, já que tendem a ignorar e subverter toda sistemática sobre a qual estão postos os direitos e as garantias fundamentais. Não obstante a interdependência e a relação convergente próprias dessas prerrogativas inerentes ao ser humano, a intolerância e o ódio acabam por favorecer um choque entre a liberdade e a igualdade, ao mesmo tempo em que coloca em prova a dignidade da pessoa humana, valor amplamente reconhecido e difundido nos ordenamentos da contemporaneidade.

É certo que todos os direitos fundamentais estão conectados uns aos outros e a sua aplicação e efetividade se interpenetram constantemente,⁷⁴ formando um verdadeiro sistema de princípios e regras o qual demanda de seus intérpretes uma compreensão global e comunitária e, ao mesmo tempo, exige a superação de uma perspectiva isolada e individualmente considerada dessas prerrogativas.⁷⁵ Com a liberdade e a igualdade essa premissa não é diversa, tanto uma quanta a outra nutrem entre si um vínculo de subordinação e devem assegurar sua mútua aplicação e efetividade, segundo critérios de justiça social. De maneira mais profunda, liberdade e igualdade são valores conexos ao fim de quase todos os direitos fundamentais, qual seja, a dignidade da pessoa humana, portanto, nem uma, nem a outra devem deixar de ser consideradas como pressupostos a um Estado Democrático de Direito que se pretenda duradouro e saudável.⁷⁶

Contudo, a lógica dos discursos de ódio parece desmerecer essa condição de coexistência harmônica entre tais princípio à medida que busca amparo na livre expressão como forma de legitimar condutas denegatórias da isonomia entre os sujeitos de direito.⁷⁷ Mesmo inexistindo garantias fundamentais absolutas, nem mesmo a dignidade da pessoa humana escapa a essa regra,⁷⁸ e sendo a colisão de princípios um fenômeno jurídico de ordem natural⁷⁹,

⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Annual report of the United Nations high commissioner for human rights**, [s.l.], 2013, p. 7.

⁷⁵ TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 63.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 110.

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 3.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 14 e 15.

⁷⁹ TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 63.

não há como negar o caráter potencial dessas modalidades de expressão para facilitar e inflamar esse encontro destrutivo entre direitos, o que tem despertado calorosos debates acerca da existência, ou não, de um princípio prevalente.⁸⁰

Não se trata de uma escolha simples, tanto liberdade quanto igualdade são prerrogativas inerentes às bases de uma democracia e sua amplitude serve como parâmetro para a aferição da estabilidade da ordem. Nas palavras de Bobbio:

Liberdade e igualdade são os valores que servem de fundamento à democracia. Entre as muitas definições possíveis de democracia, uma delas - a que leva em conta não só as regras do jogo, mas também os princípios inspiradores - é a definição segundo a qual a democracia é não tanto uma sociedade de livres e iguais (porque, como disse, tal sociedade é apenas um ideal-limite), mas uma sociedade regulada de tal modo que os indivíduos que a compõem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência. A maior ou menor democraticidade de um regime se mede precisamente pela maior ou menor liberdade de que desfrutam os cidadãos e pela maior ou menor igualdade que existe entre eles.⁸¹

Conforme se afere, a configuração do direito como um sistema ordenado de regras e princípios requer uma perspectiva mais inclusiva e realista do fenômeno da intolerância, não se mantendo adstrito às noções de livre expressão, mas acoplando a ela os ideais de igualdade e dignidade, tão pertinentes e importantes para as sociedades atuais. Assim sendo, para uma abordagem mais completa dessas modalidades discursivas impõe-se, primeiramente, a necessária compreensão das dimensões da dignidade da pessoa humana, bem como seus respectivos efeitos sobre os demais valores regentes da ordem jurídica.

3.2.1 O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Apresentada ao universo jurídico a partir do século XX, a dignidade da pessoa humana ganhou importantes relevos após os catastróficos acontecimentos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial. Os horrores do holocausto, da eugenia e das políticas expansionistas levaram a ordem mundial a reconhecer e ratificar a dignidade como um valor impreterível ao ser humano e ao seu bem estar.⁸² Portanto, é justamente nesse ambiente marcado por medidas segregacionistas, discriminatórios e genocidas que esse princípio encontra sua razão de ser e se

⁸⁰ ⁸⁰ NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DISCURSO DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 324.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 4.

⁸² REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 10.

consagra diretriz essencial às relações entre seres humanos, o que denota sua grande proximidade às bases de uma ideologia igualitária.

Apesar de sua importância, as concepções envolvendo dignidade são diversas, não há um consenso entre o seu conteúdo e a sua conceituação é frequentemente definida como vazia. Para Antônio Junqueira de Azevedo, esse princípio fundamental encontra-se intimamente ligado ao diálogo, à liberdade e à igualdade.⁸³ Já segundo Jeremy Waldron, a dignidade da pessoa humana estaria condicionada à ideia de status sociais sendo que, a existência de diferentes degraus de importância entre os sujeitos de direito configuraria uma violação a esse preceito.⁸⁴ Por sua vez, Barroso destaca que, no âmbito do direito brasileiro, ela “é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles”.⁸⁵

Por outro lado, quanto aos conteúdos estruturantes do valor em menção, embora não haja um acordo doutrinário sobre a sua aceção, Daniel Sarmento parece apontar para uma direção valiosa, sobretudo quando se tem o discurso de ódio como cenário à aplicação da dignidade. De acordo com esse jurista, o princípio fundamental à dignidade da pessoa humana pode ser desdobrado em quatro principais elementos: valor intrínseco da pessoa, autonomia, reconhecimento e mínimo existencial.⁸⁶ Nesse sentido, convém destacar os três primeiros conteúdos, a fim de clarificar a relação entre dignidade e intolerância, bem como o seu papel nesse contexto.

Sob o sentido de valor intrínseco, a dignidade da pessoa humana determina que, todos os indivíduos sejam tratados de forma íntegra e respeitosa, unicamente por ostentarem a condição de seres humanos.⁸⁷ Por meio desse desdobramento, os mais variados direitos fundamentais são reconhecidos como extensão daquela, o que implica em imperativos a serem cumpridos na esfera pública e privada, a exemplo do tratamento igualitário, do respeito à honra e da proteção à integridade moral das pessoas.⁸⁸ Todavia, as manifestações de ódio

⁸³ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 1997, p. 116.

⁸⁴ WALDRON, Jeremy, 2011 apud FADEL, Anna Laura Maneschy. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?:** Uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldron a partir da herança do liberalismo de john stuart mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 67.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 14.

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 106.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 36.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 23.

representariam um empecilho à concretização desse ideal, simplesmente por suas mensagens traduzirem uma dissensão quanto à dignidade e aos direitos decorrentes de suas vítimas.

Alguns pensadores ainda vão mais longe, ao destacar os prejuízos coletivos acarretados pelos discursos negacionistas aos valores de determinados grupos sociais, conforme menciona Anna Laura Fadel, explicitando uma metáfora proposta por Jeremy Waldron:

Ao continuar a explorar como seria uma sociedade bem-ordenada, salienta que há um *environmental good* (bem do meio-ambiente) a ser desejado, como um direito a um meio ambiente sadio. Isto quer dizer que se deve prezar por uma ‘ecologia’ de respeito, dignidade e garantidora de segurança. Waldron cria uma analogia referente ao uso de filtros no exaustor dos automóveis para o controle de emissão de gases. Ele relata que se é de comum conhecimento que os automóveis são poluentes, é obrigação de todo proprietário de veículos utilizar o filtro exaustor. Essa obrigação não decorre de que a emissão de apenas um carro cause a morte de alguém, mas porque a acumulação de milhões de carros (e a emissão que eles todos produzem) vai contribuir para que a atmosfera se transforme, cada vez mais, em tóxica. (...) Isto é, o Estado deverá intervir para impedir que as ideias consideradas odiosas possam se propagar no ambiente público.⁸⁹

Do ponto de vista da autonomia, a dignidade da pessoa humana pressupõe o respeito às escolhas de vida dos seres humanos, o que reflete diretamente na impossibilidade de intervenções imotivadas nos credos, nas ideologias de vida, na esfera íntima, no plano profissional ou em qualquer outra área indispensável à formação da identidade e personalidade dos cidadãos. Ademais, tal desdobramento ainda abrange diretamente as noções concernentes à cidadania, uma vez que tutela a participação dos sujeitos nas decisões políticas essenciais aos interesses da sociedade.⁹⁰ Mas esse valor encontra nos direitos de terceiros um limite legítimo a sua efetividade, dessa maneira, aos indivíduos é dado a prerrogativa de gozar de suas decisões e atitudes livre de obstáculos, desde que estas não representem uma subversão às garantias das demais pessoas.⁹¹

Como consequência, não é incomum esbarrar em correntes responsáveis por advogar a dupla lesão à autonomia dos grupos alvos do discurso de ódio, primeiro porque agride a sua identidade, segundo por descredibilizar a participação dessas minorias no espaço democrático. Em síntese, a intolerância retira de suas vítimas a sensação de segurança em expor suas preferências, em tomar suas decisões e em cooperar com as deliberações públicas, essenciais

⁸⁹ WALDRON, Jeremy, 2012 apud FADEL, Anna Laura Maneschky. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?**: Uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldron a partir da herança do liberalismo de john stuart mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 59 e 60.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 24.

⁹¹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 163.

aos regimes democráticos.⁹² Por outro lado, é necessário cautela para que a dignidade como autonomia não se prenda à proteção de infâmias, escondidas sob o pretexto da livre expressão, sacrificando as camadas mais vulneráveis da sociedade nesse processo.⁹³

Daniel Sarmiento exemplifica esse necessário cuidado dos intérpretes ao manusear o conteúdo da dignidade em questão da seguinte forma:

Um indivíduo homofóbico pode se sentir extremamente incomodado, até enojado, com as demonstrações de afeto de um casal homossexual feitas na sua presença. A ação deste casal, porém, não lhe causa qualquer ‘dano’. Dano tampouco é toda frustração de um interesse pessoal, ainda que legítimo. A tristeza justificada de um noivo abandonado não é razão legítima para limitar a liberdade existencial de sua noiva de desmanchar a relação. Na verdade, a ideia de dano tem um sentido normativo: o dano é uma violação a um direito. Nem o homofóbico, nem o noivo abandonado tinham um direito a que suas preferências em relação a conduta alheia se realizassem. Mais uma pessoa tem o direito, por exemplo, de que outra não a agrida física ou moralmente, de que não ponha em risco a sua segurança ou saúde, de que não a prive dos seus bens.⁹⁴

Por fim, o reconhecimento também constitui elemento intrínseco à dignidade da pessoa humana, já que, tão importante como a forma pela qual o ser humano se enxerga, também é o reconhecimento destinado a ele por seus semelhantes, afinal, “o ser humano é ser de relação, e não um átomo isolado”, nas palavras de Daniel Sarmiento.⁹⁵ De sua aprovação e aceitação no universo social decorre inúmeras consequências benéficas, tais como, a realização de sua identidade e autonomia, a superação de discriminações, a pluralização de vozes no ambiente público. Em contraposição, o desprezo, próprio das manifestações odiosas, priva seus alvos do acesso aos seus bens jurídicos e os coloca em uma situação de inferioridade e desrespeito, contrariamente ao que deveria lhes ser assegurado.⁹⁶

Essa perspectiva do referido princípio fundamental salienta a imprescindibilidade da ideia de inclusão das diversidades culturais, sociais e ideológicas nas sociedades contemporâneas, em detrimento da resistência perpetrada pelos grupos hegemônicos. Portanto, fiscalizar o discurso de ódio e incentivar a intolerância corresponderiam a deveres vitais do

⁹² Anna Laura Maneschky. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?: Uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldron a partir da herança do liberalismo de john stuart mill.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 62.

⁹³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 149.

⁹⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 183 e 184.

⁹⁵ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 270.

⁹⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 293.

Estado,⁹⁷ desde que sempre respeite critérios de justiça e proporção, para que a garantia à dignidade em face da intolerância não ceda lugar a posturas autoritárias e controversas, pois, neste caso, estar-se-ia pretendendo combater aquela com mais ignorância, o que aparenta ser extremamente ineficaz.⁹⁸

De outro modo, Luís Roberto Barroso acrescenta à dignidade da pessoa humana outra importante noção integrativa de seu conteúdo, marcada por uma perspectiva mais coletiva desse princípio, trata-se da ideia de valor comunitário. Por meio deste, essa garantia superaria seus aspectos individualizados para ganhar relevos sociais, tutelando não apenas o indivíduo em si, mas toda a comunidade. Assim, atribui-se a esse importante valor o condão de restringir o exercício demasiado e lesivo de algumas garantias individuais, como forma de resguardar terceiros e a sociedade de um modo geral.⁹⁹

Mas independente das diferentes faces conformadoras da dignidade da pessoa humana, não se deve olvidar que, todas elas compartilham de suas diversas funções e, por isso, são essenciais aos desígnios democráticos. Nesse sentido, para além de suas finalidades fundamentadoras e justificantes do Estado Democrático de Direito, desse valor também emanam diretivas hermenêuticas e ponderativas, guiando “os processos de interpretação, aplicação e integração do Direito”.¹⁰⁰ Contudo, sua importância não se esvai aí, na verdade, por meio da dignidade, atribui-se lógica ao dever de atuação dos Estados e não somente a sua abstenção em face de ingerências sobre os particulares, dessa maneira, ao poder público recai a obrigação de assegurar a plena concretização desse valor.¹⁰¹

Aliás, é justamente em razão do reconhecimento de um dever estatal positivo em face de seus cidadãos que se atribui à dignidade outra importante função relativa à limitação dos direitos fundamentais e à restrição de tais limites. Em outras palavras, incumbe a esse preceito fundamental servir de parâmetro para intervenções nas demais garantias tuteladas pela ordem jurídica, bem como determinar até que ponto tais interferências podem ser consideradas

⁹⁷ FADEL, Anna Laura Maneschy. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?:** Uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldron a partir da herança do liberalismo de john stuart mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 48.

⁹⁸ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 289.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 27 e 28.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 92.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 107.

legítimas e, portanto, não lesivas aos seus titulares.¹⁰² Isso porque, em uma ordem construída sob as bases dos mais variados princípios, a coexistência harmônica deles dependerá inevitavelmente de fatores capazes de delimitar o âmbito de tais valores e indicar os caminhos mais acertados para as suas concretizações.¹⁰³

Por isso, ao se falar em discurso de ódio, a dignidade da pessoa humana assume papel primordial, pois dificilmente haverá vítimas que escapem ilesas aos danos causados por essa forma de expressão, dessa maneira, cumpre aquele preceito a tarefa de auxiliar os juristas na adoção das medidas e direções mais adequadas ao problema. Todavia, muitos ignoram tais constatações sob o argumento de que recairia sobre esse princípio aspectos meramente retóricos e moralistas.¹⁰⁴ Para estes, a amplitude e abstração guardadas no âmago da dignidade refletem a possibilidade de seu uso independente da corrente que se pretenda defender, dessa forma, não importaria se se almeja a defesa do discurso de ódio ou o seu repúdio, qualquer que seja a posição adotada sempre haverá lugar para a incidência desse valor como justificativa.¹⁰⁵

Ademais, os críticos desse princípio ainda alegam o seu uso como forma de ratificar ideologias religiosas, moralistas e paternalistas no plano jurídico, criando um direito tendencioso, imparcial e, em última instância, autoritário.¹⁰⁶ Para eles, a própria ideia de restrição a direitos individuais em nome da dignidade, como ocorre com a liberdade de expressão no caso da intolerância, representaria uma contradição e arbitrariedade, visto que, se a autonomia corresponde a um dos conteúdos da dignidade, então, retirar dos cidadãos seu direito à expressar suas convicções e valores pessoais, ainda que nefastos, também configuraria forma de violar esse preceito regente e diretivo da hermenêutica jurídica.¹⁰⁷

Em que pese tais posição avessa à dignidade, ela não deve prevalecer, afinal, conforme já mencionado, essa garantia não surgiu sem uma razão, mas, pelo contrário, constituiu uma medida às faces mais obscuras e tenebrosas do homem. Desse modo, em resposta aos que tecem desacordo frente a esse princípio, Barroso destaca:

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 108.

¹⁰³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 95 e 96.

¹⁰⁴ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 184.

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 22.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 19.

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 186 e 189.

Nada obstante, na medida em que a dignidade humana se tornou uma categoria jurídica, é preciso dotá-la de conteúdos mínimos, que deem unidade e objetividade à sua interpretação e aplicação. Do contrário, ela se transformaria em uma embalagem para qualquer produto, um mero artifício retórico, sujeito a manipulações diversas. A primeira tarefa que se impõe é afastá-la de doutrinas abrangentes, totalizadoras, que expressem uma visão unitária do mundo, como as religiões ou as ideologias cerradas. A perdição da ideia de dignidade seria sua utilização para legitimar posições moralistas ou perfeccionistas, com sua intolerância e seu autoritarismo. Como consequência, na determinação dos conteúdos mínimos da dignidade, deve-se fazer uma opção, em primeiro lugar, pela laicidade. O foco, portanto, não pode ser uma visão judaica, cristã, muçulmana, hindu ou confucionista. Salvo, naturalmente, quanto aos pontos em que todas as grandes religiões compartilhem valores comuns. Em segundo lugar, a dignidade deve ser delineada com o máximo de neutralidade política possível, com elementos que possam ser compartilhado por liberais, conservadores ou socialistas. Por certo, é importante, em relação a múltiplas implicações da dignidade, a existência de um regime democrático. Por fim, o ideal é que esses conteúdos básicos da dignidade sejam universalizáveis, multiculturais, de modo a poderem ser compartilhados e desejados por toda a família humana. Aqui, será inevitável algum grau de ambição civilizatória, para reformar práticas e costumes de violência, opressão sexual e tirania. Conquistas a serem feitas, naturalmente, no plano das idéias e do espírito, com paciência e perseverança.¹⁰⁸

Enfim, a dignidade da pessoa humana constitui valor inestimável à garantia das ordens constitucionais e democráticas da contemporaneidade, bem como para os seus cidadãos. A despeito das incertezas e abstrações que a circundam, não se pode contestar o seu papel legítimo como diretriz e parâmetro para os demais direitos fundamentais, inclusive para a liberdade de expressão. Assim sendo, a sua relação com a intolerância deve ser, antes de mais nada, a garantia de proteção aos grupos sociais alvos dessas formas de manifestações, seja por restrições legítimas à expressão ou através de outras medidas que visem desconstruir e enfraquecer esses discursos vexatórios.¹⁰⁹ No entanto, essa tarefa não recai apenas sobre esse preceito fundamental, senão a outro também importante valor condutor das relações sociais no mundo atual e, indiscutivelmente, violado pela propagação do ódio, trata-se do princípio da isonomia.

3.2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

A fundamentação e a preservação das sociedades democráticas encontram-se amplamente relacionada à participação popular em seus processos de decisão e organização, o que é assegurado pela garantia institucional da liberdade de expressão, como princípio

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 19 e 20.

¹⁰⁹ TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 77.

fundamental positivado nos ordenamentos jurídicos. Contudo, o bom funcionamento dessa forma de governo não depende somente da presença e comunicação de seus cidadãos, é necessário, antes de tudo, que a todos se faça ouvir na mesma proporção, o que torna a igualdade outro valor indeclinável às democracias. Assim, liberdade e igualdade são, em medidas equivalentes, valores insubstituíveis aos modelos participativos de Estado, condicionando a durabilidade destes à existência de reciprocidade entre elas.¹¹⁰

Essa equivalência não significa, porém, a necessária simetria entre os conteúdos desses valores, afinal, igualdade e liberdade não se confundem. Tanto é verdade que, enquanto a liberdade traduz uma condição necessária aos sujeitos como seres humanos, a igualdade é um pressuposto aos indivíduos quando socialmente considerados, de modo que, esta encontra-se ligada indiscutivelmente a um elemento complementar. Em outras palavras, quem é igual, o é em relação a alguém ou a alguma coisa, nunca simplesmente será, tal não ocorre em relação à liberdade, pois esta última representa tão somente a condição daquele que é livre.¹¹¹

Longe de se ater a essas noções conceituais, é certo que, a demanda por sociedades politicamente ativas ensejou a necessidade de se assegurar a todos os indivíduos um tratamento igualitário e sem distinções quanto às suas qualidades, assim, consubstanciou-se a paridade em face das leis, comumente intitulada de igualdade formal.¹¹² Esta dimensão da isonomia está presente nos primeiros documentos garantidores dos direitos fundamentais e perdura até os dias atuais nos mais variados ordenamentos. Em suma, seu valor reflete a adequação das normas aos seus destinatários e não obrigatoriamente destes a ela, ao contrário do que possa parecer.¹¹³

Todavia, essa dimensão do direito à igualdade não parece satisfazer as exigências sociais das democracias contemporâneas, na realidade, ela peca por se estruturar unicamente sobre uma imagem universal e abstrata do ser humano, se omitindo quanto à diversidade e às diferenças peculiares a cada pessoa.¹¹⁴ De outro modo, a igualdade formal, originária do período moderno, está assentada sobre as circunstâncias e ideologias próprias desse contexto histórico, assim, por de trás de seu viés inclusivo e protetor, esconde-se a imagem enraizada do homem branco, heterossexual, cristão, saudável e financeiramente estruturado¹¹⁵, refletindo sua incapacidade

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 8.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 12 e 13.

¹¹² BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 9.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. [s.l.]: Malheiros, 2017, p. 9.

¹¹⁴ TORRES, Marcelo Monteiro. Direito fundamental à diferença. **Revista Eletrônica do Ceaf**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 1-23, fev. 2012, p. 10.

¹¹⁵ BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados?. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 51, n. 204, out. 2014, p. 99 e 100.

para acompanhar as evoluções valorativas, culturais, sociais e políticas, sobretudo em relação àquelas ligadas ao reconhecimento das diferenças entre os sujeitos e, mais profundamente, da existência de vulnerabilidades provenientes das relações humanas travadas ao longo da história.¹¹⁶

Essa deficiência apresentada no âmago da concepção tradicional de isonomia pode ser retratada, de forma mais clara, da seguinte forma:

Ao processo de vulnerabilização de diversos indivíduos e grupos humanos subjaz um discurso de desumanização ou de relativização da humanidade. Assim que negros, índios, mulheres, homossexuais, não cristãos e outros experimentam muito mais obstáculos no acesso a seus direitos humanos que indivíduos e grupos que se adequam aos padrões dominantes. Isso porque ‘o que determinou a sua inferioridade foi um discurso de gradação e hierarquização da humanidade, que sobrevive até hoje. Ou seja, para justificar que alguns não tinham direitos, antes foi necessário afirmar que eles não eram seres humanos integrais’.¹¹⁷

Isto não quer dizer que a igualdade olhada por um viés formalista é negativa ou inadequada, ela foi e continua sendo extremamente necessária às sociedades, principalmente, como forma de impedir ações arbitrárias e abusivas por parte do Estado. Contudo, a sua presença não é mais suficiente para atender as novas demandas sociais surgidas a partir da ascensão de ideais mais humanitários e comprometidas com a dignidade dos seres humanos. A essa noção clássica da isonomia, deve-se acrescentar uma dimensão mais fidedigna às condições as quais estão submetidas toda a sociedade, considerando suas imperfeições, admitindo a presença de suas diferenças e aderindo aos planos de superação daquelas discriminações assinaladas por um teor pejorativo.¹¹⁸

Por essa razão, juntamente com a igualdade formal, deve se fazer presente a concepção material desse princípio, pois esta, rente ao preceito fundamental da dignidade, reconhece não só as distinções concretas entre os seres humanos, mas evoca os deveres de supressão das desigualdades e discriminações lesivas aos integrantes da sociedade, bem como a atuação estatal tendente à abolição dos óbices à concretização desse direito.¹¹⁹ Assim, fala-se em

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 49 e 50.

¹¹⁷ BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados?. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 51, n. 204, out. 2014, p. 100.

¹¹⁸ BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro**. 2018. 129 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018, p. 55.

¹¹⁹ TORRES, Marcelo Monteiro. Direito fundamental à diferença. **Revista Eletrônica do Ceaf**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 1-23, fev. 2012, p. 10.

igualdade como sinônimo de justiça¹²⁰, tendo em vista a sua caracterização como direito às diferenças¹²¹, traduzido na máxima, “tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual”.¹²²

Esse ponto é crucial para a compreensão das relações travadas entre liberdade de expressão e igualdade, especialmente quando se aborda os problemas decorrentes do discurso de ódio. Isso porque a intolerância inerente a essa forma de manifestação, quase sempre, se presta a negar um status igualitário a suas vítimas, amplificando os fenômenos da discriminação e do preconceito nas suas mais variadas formas. De um lado, o ódio fere a igualdade material, pois reconhece as diferenças entre as pessoas não como algo natural ou positivo, mas como critério de subjugação e menosprezo, de outro, se contrapõe a sua dimensão formal, uma vez que, dado seu caráter repressivo e autoritário, não reconhece aos seus alvos sequer a dignidade necessária para que recebam os mesmos tratamentos legais.¹²³

Assim, sendo a discriminação um fenômeno originário a partir de ações ou omissões, intencionais ou não, aptas a suscitar uma distinção imotivada, segundo critérios de sexo, cor, nacionalidade, orientação sexual, etc, torna-se incontestável o liame existente entre o discurso de ódio e as práticas discriminatórias, ainda que estas ocorram de maneiras indiretas. Dessa forma, a despeito da essencialidade da livre expressão, o seu uso para fomentação da intolerância e do ódio sempre atingirá, de alguma forma, os grupos marginalizados da sociedade e, em última análise, o princípio da isonomia. Mesmo quando a proteção dos vulneráveis sob a égide do direito fundamental à igualdade possa representar os riscos de um paternalismo estatal, não se deve olvidar que, até os posicionamentos neutros ou absenteístas podem legitimar ou reforçar o ódio, o que pode ser considerado ainda mais grave, já que ao Estado recai o ônus de proteger seus cidadãos.¹²⁴

Para Daniel Sarmento, não há dúvidas quanto à lesividade da intolerância tanto para os seus alvos, como também para toda a sociedade:

Em ambiente social muito machista, por exemplo, é quase impossível que uma mulher chegue a formular o plano de vida de se tornar uma política influente ou de manter uma vida sexual com muitos parceiros e poucos compromissos. Em sociedades racistas, as pessoas negras nem chegam, no mais das vezes, a alimentar projetos

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 14.

¹²¹ TORRES, Marcelo Monteiro. Direito fundamental à diferença. **Revista Eletrônica do Ceaf**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 1-23, fev. 2012, p. 15.

¹²² BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 20.

¹²³ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 179 e 180.

¹²⁴ BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados?. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 51, n. 204, out. 2014, p. 95 a 99.

profissionais muito ambiciosos, porque a socialização no ambiente preconceituoso lhes inculca a crença de que esse é um sonho impossível e ilegítimo, e de que devem se ajustar ao papel subalterno que sua sociedade lhes destinou. Em cultura homofóbica, um percentual maior de pessoas homossexuais tende a reprimir seus desejos e afetos, e estes indivíduos podem até alimentar a esperança de encontrar suposta ‘cura gay’, para se livrarem de culpas ou estigmas. As pessoas tendem a adaptar as suas escolhas e preferências ao ambiente, por mais injusto que este seja. Os que aventuram a ser outsiders, desafiando costumes e preconceitos enraizados, encontram, no mais das vezes, o desprezo e desrespeito na sociedade, o que torna o ônus de se insurgir contra o ethos dominante muito elevado. Esses são entraves para a liberdade tão graves como a pobreza econômica. Não há razão para o discurso progressista de liberdade positiva voltar-se contra a falta de condições econômicas para o seu exercício, mas ao mesmo tempo conformar-se com ambiências culturais que asfixiam igualmente a autonomia pessoal.¹²⁵

Ademais, o autor supracitado ainda destaca a importância de uma postura estatal conivente com os valores de reconhecimento e proteção das parcelas estigmatizadas da sociedade e destaca a importância de se buscar um equilíbrio entre liberdade e igualdade:

Se o exercício efetivo da liberdade por pessoas concretas é fortemente condicionado pela atmosfera cultural em que elas estão inseridas, como se assentou acima, parece-me evidente que um Estado que valorize a autonomia individual não deve se manter indiferente em relação à cultura vigente. Pelo contrário, ele pode e deve fomentar o enraizamento social de cosmovisões baseadas na liberdade e igualdade em detrimento de outras, de teor mais autoritário e hierárquico. Um indivíduo não pode ser proibido de acreditar, por exemplo, que mulheres e homens têm papéis ‘naturalmente’ diferentes na sociedade e de viver de acordo com esta crença. Desde que não pratique atos que configurem discriminação de gênero, esse indivíduo pode orientar a sua vida pessoal por essa convicção: procurar amigos que comunguem dos mesmos valores, evitar ambientes sociais mais arejados, etc. Ele tem o direito moral de fazê-lo, de adotar essa compreensão pobre e deturpada, de errar feio em sua vida, desde que não lese direitos de terceiros. Mas o Estado não deve se manter neutro na disputa entre compreensões de mundo sexista e igualitárias. Ele pode – deve – preferir as segundas e favorece-las, por exemplo, na definição dos currículos escolares, nas suas políticas públicas, nos seus atos simbólicos. Deve fazê-lo para que a sociedade como um todo se torne um espaço mais propício para que pessoas reais e concretas possam vivenciar a sua liberdade, num ambiente cultural que não as oprima ou estigmatize.¹²⁶

Com isso, pretende-se demonstrar que, as ideias de tolerância, igualdade, liberdade, dignidade e diversidade mantêm entre si um vínculo pleno de reciprocidade, uma deve alimentar necessariamente a outra. Ainda que o direito ao erro seja uma realidade assegurada a todos, o seu exercício não pode representar um fardo para os demais integrantes da sociedade, sobretudo quando estes já carregam alguma forma de estigma sobre suas identidades. Aliás, a demanda cada vez mais crescente pela participação e inclusão dos diferentes sujeitos nas democracias contemporâneas, especialmente em um mundo cada vez mais globalizado, opõe-

¹²⁵ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 174.

¹²⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 194 e 195.

se a quaisquer tentativas de legitimação do ódio,¹²⁷ se assim não o fosse, estar-se-ia a flertar com o extermínio, o último nível da exclusão.¹²⁸

Mas esse problema não é tão simples como tende a parecer, pois a variedade de formas pela qual a liberdade de expressão pode se efetivar e seus mais diversos conteúdos, muitas vezes, suscitam diferentes conclusões sobre as maneiras de lidar com as manifestações de ódio. Dessa maneira, não é tão incomum se defrontar com uma proteção mais elevada aquele direito quando, em face da igualdade, a sua propagação assuma feições religiosas ou artística.¹²⁹ Porém, esta nem sempre será a realidade, o que se busca nestes casos envolvendo ódio, arte e religião consiste em uma separação entre as violações direcionadas a um grupo ou indivíduo em específico, daquelas cujo alvo não é diretamente as pessoas, senão seus credos, por exemplo.¹³⁰

Na primeira hipótese, tem-se uma forma de expressão odiosa altamente propensa a sofrer uma coibição jurídica, tendo em vista sua predisposição para ferir a igualdade e a dignidade das pessoas. No segundo caso, contudo, o desfecho parece ser diverso, pois “não se deve proteger a reputação de Jesus Cristo, do Papa, de Maomé, da Bíblia, do Torá, dos santos, mas a difamação feita por meio das características do grupo”,¹³¹ já que, a cada um é dada a liberdade para escolha de suas crenças, não se admitindo a imposição das sacralidades particulares de uns sobre as dos outros.¹³²

Por outro lado, a tese envolvendo livre expressão, igualdade e intolerância também se complexifica à medida que ganha destaque diferentes percepções atinentes aos laços envolvendo os mencionados princípios. Isto porque, alguns pensadores enxergam na garantia do sufrágio universal e da participação política o cerne do princípio da isonomia.¹³³ Nesta perspectiva, ao se considerar essas formas inescrupulosas de manifestação, liberdade e

¹²⁷ TORRES, Marcelo Monteiro. Direito fundamental à diferença. *Revista Eletrônica do Ceaf*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 1-23, fev. 2012, p. 14, 19 e 20.

¹²⁸ CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 7., 1995, Rio de Janeiro. **A construção multicultural da igualdade e da diferença**. Coimbra: Oficina do Ces, 1999, p. 4.

¹²⁹ DIMOULIS, D., CRISTOPOULOS, D. O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – REC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, 2009, p. 10 e 13.

¹³⁰ FADEL, Anna Laura Maneschy. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?**: Uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldron a partir da herança do liberalismo de john stuart mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 73.

¹³¹ FADEL, Anna Laura Maneschy. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?**: Uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldron a partir da herança do liberalismo de john stuart mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 73.

¹³² FADEL, Anna Laura Maneschy. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?**: Uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldron a partir da herança do liberalismo de john stuart mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 75.

¹³³ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 8 e 9.

igualdade não devem ser vistas como forças antagônicas, contrariamente ao que possa parecer, em verdade, elas seriam complementares, tendo em vista que, a garantia de uma democracia legítima dependeria da igual participação de todos na vontade política, o que incluiria até mesmo aquelas ideias mais perniciosas.¹³⁴

Por conseguinte, essa corrente de pensadores advoga que, não seria o discurso de ódio responsável por lesar suas vítimas, mas, contrariamente, seriam as tentativas de restrição à intolerância que ocasionariam um dano aos seus interlocutores. Em síntese, a mera manifestação de uma opinião discriminatória não teria o condão por si só de impedir os seus alvos de acessarem os seus bens jurídicos, diversamente, as restrições às expressões odiosas, pela própria natureza do ato, implicariam obrigatoriamente em um óbice aos seus emissores de participarem dos debates públicos, configurando uma lesão ao direito de todos interagirem igualmente no ambiente democrático.¹³⁵

Como se nota, mesmo em face das diretrizes e apontamentos dados pelo princípio da isonomia, ainda assim, subsiste inúmeras controvérsias acerca das limitações à liberdade de expressão, especialmente, quando esta assume as feições do ódio. A oposição de perspectivas entorno da igualdade como remédio às discussões envolvendo a intolerância demandam um olhar sensível e cauteloso, sobretudo, quando esse valor se inclina à tutela de posições opressoras e nocivas, em detrimento das camadas mais frágeis da sociedade. Não se trata de uma simples colisão de direitos, tampouco de fomentar posturas paternalistas, superprotetoras ou privilegiadas aos segmentos estigmatizados, mas de se reconhecer, para além da existência de sujeitos por trás dos princípios e garantias fundamentais, a vulnerabilidade incontestável de determinados grupos sociais, de tal modo que, as suas vidas não devem se tornar, mais uma vez, critério de barganha à consecução das democracias. Contudo, tais apontamentos representam apenas uma exígua parcela de uma discussão que se estende para além do universo jurídico, como se verá adiante.

¹³⁴ FADEL, Anna Laura Maneschky. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?**: Uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldron a partir da herança do liberalismo de john stuart mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 107, 108 e 129.

¹³⁵ FADEL, Anna Laura Maneschky. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?**: Uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldron a partir da herança do liberalismo de john stuart mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 115.

3.3 RESTRINGIR OU NÃO RESTRINGIR: DISCUSSÕES JUSFILOSÓFICAS

Longe de se resumir a uma problemática própria ao universo jurídico, o discurso de ódio, como fenômeno preponderantemente social, gera repercussões nas mais variadas áreas da sociedade, o que implica em uma pluralidade de proposições quanto a sua legitimidade e aceitação no âmbito dos debates públicos. A despeito dos clássicos argumentos legais sobre o seu caráter lesivo à igualdade e à dignidade, muitas vezes considerados meramente retóricos,¹³⁶ as discussões acerca dessa modalidade expressiva ganham contornos ainda mais intensos e amplos à medida que a liberdade de expressão assume caráter gradativamente privilegiado na ordem jurídica. Isso não quer dizer a existência de hierarquias entre direitos fundamentais, ao contrário do que possa parecer, mas que as possibilidades de restrição a essa garantia dependerão de justificativas cada vez mais fortes e elaboradas.¹³⁷

Em um primeiro momento, muitos adeptos de teorias contrárias às restrições ao ódio têm reconhecido a unidade das ideias independentemente do conteúdo que carregam em si, não havendo razão para falar em restrições a opiniões ou formas de expressão. Isso porque, ainda que estas não sejam moralmente aceitas ou consideradas racionais, elas não deixariam de ser manifestações próprias dos seres humanos e, portanto, encontrar-se-iam ao abrigo da liberdade de expressão.¹³⁸ Em outras palavras, não importa se as posições exteriorizadas pelos indivíduos são antipáticas ou intolerantes,¹³⁹ tampouco se são desprovidas de valor social relevante ao debate público,¹⁴⁰ ainda assim, elas estariam protegidas por essa garantia fundamental, já que esta, em regra, não faz distinção quanto ao teor das mensagens propagadas.

Para os defensores dessa perspectiva, cogitar restringir determinados pensamentos simplesmente por serem moralmente reprováveis coloca em ameaça a circulação de ideias no espaço público e, dessa forma, prejudica as democracias. Mais do que isso, cria-se a possibilidade de ideologias inquestionáveis, o que não é, de forma alguma, produtivo às sociedades.¹⁴¹ Por isso, a neutralidade estatal é vislumbrada como um requisito indispensável ao livre fluxo de ideias e à conservação dos ideais democráticos, não sendo assim, corre-se o risco de condicionar o debate público, exclusivamente, às ideologias majoritárias e

¹³⁶ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 183 a 187.

¹³⁷ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 56 e 57.

¹³⁸ NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 322 e 323.

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 3.

¹⁴⁰ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 188.

¹⁴¹ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 196 e 197.

politicamente corretas.¹⁴² Robert Post foi além, demonstrando que, não é o Estado quem deve, por meio de uma postura paternalista, indicar qual a concepção mais acertada e humanamente adequada, senão os próprios sujeitos, a partir de suas constatações no âmbito dos debates públicos.¹⁴³

Aliás, segundo advogam os partidários da plena expressão, deixar ao Estado a prerrogativa de regular as manifestações de ódio representaria a possibilidade de legitimar condutas arbitrárias albergadas sob a conveniente figura do interesse público.¹⁴⁴ Nesse sentido, a Assembleia Geral das Nações Unidas dispôs sobre o tema:

Its vagueness and the lack of consensus around its meaning can be abused to enable infringements on a wide range of lawful expression. Many Governments use “hate speech”, similar to the way in which they use “fake news”, to attack political enemies, non-believers, dissenters and critics. However, the phrase’s weakness (“it’s just speech”) also seems to inhibit Governments and companies from addressing genuine harms, such as the kind resulting from speech that incites violence or discrimination against the vulnerable or the silencing of the marginalized.¹⁴⁵

Isso não significa que o discurso de ódio, protegido pela garantia da livre expressão, não admita em nenhuma hipótese restrições. Na verdade, os adeptos dessa corrente apenas defendem que tais ingerências devam ocorrer apenas nas situações em que forem indispensáveis para a manutenção da integridade física de suas vítimas e preservação da sociedade.¹⁴⁶ De forma mais clara, o Estado só deveria intervir no âmbito protetivo da liberdade de expressão quando esta, através das manifestações odiosas, causar um dano objetivo, aferível e de natureza física ou econômica, não havendo espaço para digressões a respeito de efeitos emocionais ou de prejuízos incertos.¹⁴⁷

¹⁴² SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 4.

¹⁴³ POST, Robert, 1994 apud SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 35 e 36.

¹⁴⁴ TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, [s.l.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 72 e 73.

¹⁴⁵ A imprecisão e falta de consenso entorno do seu significado podem ser usadas para permitir violações em uma ampla gama de expressões legais. Muitos governos usam ‘hate speech’ de forma similar ao modo como usam ‘notícias falsas’, para atacar inimigos políticos, incrédulos, dissidentes e críticos. Porém, a fraqueza da frase (‘é apenas discurso’) também parece inibir o governo e companhias de abordarem danos genuínos, como os resultantes da incitação à violência, discriminação contra vulneráveis ou o silenciamento dos marginalizados Cf. UNITED NATIONS, **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression.**, [s.l.], 2019, p. 4.

¹⁴⁶ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 16.

¹⁴⁷ FADEL, Anna Laura Maneschy. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?: Uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldrón a partir da herança do liberalismo de john stuart mill**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 26.

Contudo, esses argumentos não parecem convencer a todos, tendo em vista que, a liberdade de expressão não constitui o único valor condicionante da atuação estatal, mas tão somente um deles,¹⁴⁸ desse modo, não haveria razão para que a postura do Estado esteja pautada unicamente pela proteção dessa garantia e, em última análise, do discurso do ódio, sobretudo quando este é tido como desprovido de qualquer forma de valor social.¹⁴⁹ Seja dito de passagem, o próprio reconhecimento de deveres de proteção do Estado, emanados da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, atribui a necessária tutela por essa entidade das mais variadas garantias constitucionais sob ataque de particulares ou dela mesma.¹⁵⁰

Nesse sentido, a ONU alerta para a possibilidade da abstenção estatal, no que se refere ao controle dessa modalidade discursiva, transmitir uma mensagem de indiferença e negligência diante das formas de discriminação e do sofrimento de suas vítimas, o que estaria totalmente contrário ao dever de tutela aos interesses de seus nacionais.¹⁵¹ Em vista disso, diversamente do que entendem os grupos contrários às restrições ao discurso de ódio, aqueles que defendem a necessária limitação dessas manifestações reforçam a imprescindível atuação preventiva e repressiva do Estado na proteção dos direitos agredidos pela exasperação da livre expressão.¹⁵² Assim, uma atuação estatal ativa não deve ser entendida como paternalismo desmotivado, muito menos como censura ou doutrinação estatal, mas, pelo contrário, a sua ocorrência denota a configuração de um mecanismo insubstituível ao processo de proteção da “integridade do próprio discurso público, que, para poder desempenhar o seu papel numa democracia marcada pelo pluralismo, deve estar estruturado sobre regras que assegurem o reconhecimento da igual dignidade de todos os seus participantes”.¹⁵³

Todavia, lidar com o discurso de ódio não representa apenas uma tentativa de proteger a plenitude do debate público, para além disso, também constitui uma forma de retificar outras graves situações correlatas a essa forma de expressão, a exemplo do terrorismo, dos conflitos armados, do feminicídio e da homofobia. Em síntese, o combate à intolerância, seja através de restrições ou de políticas públicas, representa uma forma de impedir que esse fenômeno assumam proporções críticas e irremediáveis como já ocorrera no passado na África do Sul, através do

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 60.

¹⁴⁹ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 180.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 154 e 155.

¹⁵¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations strategy and plan of action on hate speech**. [s.l.], 2019, p. 1.

¹⁵² SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 41.

¹⁵³ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 36.

Apartheid, e, mais recentemente, na França, por meio do episódio que ficara conhecido como massacre do Charlie Hebdo.¹⁵⁴

Por outro lado, um olhar mais profundo para essas formas de discurso revela que, o seu potencial para inviabilizar os espaços democráticos de debate constitui elemento intrínseco ao ódio, uma vez que, muitas ideias defendidas por este, naturalmente, são contrárias ao ideal libertário democrático e tendem a segregar indivíduos em grupos, negando a eles o mesmo reconhecimento dado aos demais.¹⁵⁵ Essa problemática traduz o que Karl Popper chamou de paradoxo da intolerância, segundo essa máxima, há de se ter cautela quando se fala em tolerar o intolerante, pois pode ser que se esteja cultivando uma arma contra a própria democracia.¹⁵⁶ Daniel Sarmento clarifica essa questão:

(...) posições incompatíveis com as bases fundamentais de uma sociedade democrática não devem ser toleradas, para evitar-se o risco de que a democracia se converta numa empreitada suicida. Para esta posição, o banimento do espaço público de ideias radicalmente antidemocráticas, como as subjacentes ao hate speech, não violaria a democracia, mas seria antes uma forma de protegê-la contra os seus adversários. O que aqui justifica a restrição é o temor de que os inimigos da democracia possam usar-se das franquias democráticas, como a liberdade de expressão, para chegarem ao poder e depois aboli-las. Mas, na nossa opinião, não é o risco de falência completa do sistema democrático a melhor justificativa para restrições pontuais à liberdade de expressão, como a proibição do hate speech, pelo menos em contextos políticos de democracias maduras, em que as chances reais de tomada do poder por adversários dos seus princípios elementares são muito remotas. Se adotarmos uma concepção deliberativa de democracia, que a conceba não como uma mera forma de governo da maioria, ou de agregação e cômputo dos interesses individuais de cidadãos egoístas e autocentrados, mas como um complexo processo político voltado ao entendimento, pelo qual pessoas livres e iguais procuram tomar decisões coletivas que favoreçam ao bem comum, buscando o equacionamento de diferenças e desacordos através do diálogo, veremos que o hate speech só prejudica o funcionamento do processo democrático.¹⁵⁷

Isso tudo demonstra a vasta predisposição dessas formas discursivas em incutir em suas vítimas o silêncio e o temor, quando não provoca nestas uma reação tão violenta quanto as mensagens coléricas que lhes foram destinadas.¹⁵⁸ Em todo o caso, qualquer que seja a consequência dessa intolerância, toda a sociedade sempre sairá prejudicada, já que, na primeira hipótese não só a vítima deixará de contribuir com a sua opinião no espaço público, como toda

¹⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations strategy and plan of action on hate speech**. [s.l.], 2019, p. 1.

¹⁵⁵ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 17.

¹⁵⁶ POPPER, Karl, 1996 apud REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 17.

¹⁵⁷ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"**. Rio de Janeiro, 2016, p. 33.

¹⁵⁸ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 183.

sociedade deixará de ter acesso a ela, enquanto no segundo caso, colocar-se-ia em risco toda a ordem social e a integridade humana com mais violência sendo disseminada no ambiente.¹⁵⁹ Nas palavras de Daniel Sarmiento, não é equivocada “a afirmação de que a liberação do hate speech, no cômputo geral, produz menos discurso do que a sua restrição”¹⁶⁰ e sequer suas limitações deveriam ser vistas tão negativamente como o é, afinal, tais limitações “têm um efeito duplice sobre a autonomia individual e a capacidade de auto-realização de falantes e ouvintes, pois ao mesmo tempo em que as restringe, ela de alguma maneira também as garante e promove”.¹⁶¹

E os prejuízos do discurso de ódio não se encerram aí, além da sua capacidade para causar danos coletivos, ele ainda atinge a esfera pessoal de suas vítimas à medida que nega a estas seu direito à igualdade, à honra, à identidade e, conseqüentemente, a uma vida digna.¹⁶² Esses ataques, na maioria das vezes, desencadeiam uma série de problemas psicológicos e conflitos identitários em suas vítimas, pertencentes a grupos historicamente estigmatizados, o que já as tornam mais sensíveis às agressões. Conforme destaca André Andrade, as manifestações de ódio não se igualam às ofensas comuns as quais todos estão suscetíveis de serem vítimas, pois aquelas são “potencialmente mais graves e ainda mais prejudiciais à saúde mental ou psicológica de integrantes do grupo, por se referir a suas características identitárias.”¹⁶³ Mesmo se se considerar que a aquiescência da sociedade a essas formas de discurso seja baixa, o mesmo ainda coopera para a perpetuação dos estigmas, rótulos e estereótipos que gravitam sobre as vítimas da intolerância.¹⁶⁴

Assim, se dos direitos fundamentais são emanados comandos imperativos de atuação estatal para a garantia de sua proteção e promoção, da ideia de deveres fundamentais decorre a obrigatoriedade de uma participação ativa e harmônica pelos cidadãos, o que inclui necessariamente o respeito mútuo entre os sujeitos de direito integrantes de uma dada sociedade. Vista dessa forma, a ideia de restrição ao discurso de ódio não parece tão lesiva e equivocada, na realidade, a verdadeira ingenuidade se encontra na crença de um Estado

¹⁵⁹ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 33 e 34.

¹⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 34.

¹⁶¹ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 38.

¹⁶² LIMA, Allan da Silva. **A liberdade de expressão e o discurso de ódio: uma análise sobre os direitos fundamentais e seus conflitos**. 2018. 59 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 9.

¹⁶³ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 180 e 181.

¹⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 41 e 42.

Democrático de Direito sustentado exclusivamente pela concessão de prerrogativas ilimitadas, quando a sua manutenção depende imprescindivelmente de encargos responsáveis por dar equilíbrio ao sistema e permitirem a coexistência entre os direitos fundamentais.¹⁶⁵

Em que pese tais perspectivas, estas não parecem suficientes para o convencimento daqueles que defendem a irrestrita liberdade de expressão, para eles, combater intolerância com restrições ao pensamento constitui medida profundamente contraditória, visto que, em última instância, não configuraria nada mais do que responder ao intolerante com mais intolerância.¹⁶⁶ Ademais, nesse processo de limitação, correr-se-ia o risco de enfatizar as ideias a serem combatidas, inclusive criando a figura de “mártires, fomentando com isso os fenômenos do preconceito e da intolerância, ao invés de combatê-los”.¹⁶⁷ De outro modo, ainda que tais ingerências no âmbito protetivo da livre expressão não acarrete a incitação a tais opiniões corrosivas, estas continuariam a se propagar de forma sorrateira entre aqueles que com elas compactuam.¹⁶⁸ E também advertem para a possibilidade de se estar criando um “precedente” a ser usado até mesmo contra as vítimas do discurso de ódio.¹⁶⁹

Do exposto, nota-se a inexistência de respostas simples ao fenômeno do discurso de ódio, tendo em vista os valores que o permeiam, sejam aqueles responsáveis por conferir-lhe legitimidade ou outros cuja importância a seus titulares demande uma proteção mais acirrada e, portanto, exijam uma limitação às ideias e condutas de seus emissores. Se de um lado, situa-se uma garantia essencial para a proliferação de informações e a consequente manutenção e evolução das democracias, de outro estão princípios constitucionais indispensáveis ao bom convívio entre cidadãos diferentes e à harmonia entre a diversidade de culturas, ideologias e etnias que conformam uma sociedade. Talvez, a melhor solução não seja uma escolha definitiva entre uma ou outra garantia, mas uma análise consciente dos elementos envolvidos em cada situação, a partir das ferramentas fornecidas pelo direito para tal, afinal, um dos objetivos precípuos da ciência jurídica é, justamente, o apaziguamento de conflitos.¹⁷⁰

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 235 a 239.

¹⁶⁶ ANDRADE, André. *Liberdade de expressão em tempos de cólera*. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 180 a 182.

¹⁶⁷ SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Rio de Janeiro, 2016, p. 43.

¹⁶⁸ ANDRADE, André. *Liberdade de expressão em tempos de cólera*. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 195 e 199.

¹⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Rio de Janeiro, 2016, p. 43.

¹⁷⁰ SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Rio de Janeiro, 2016, p. 53.

4 OS LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVAS TEÓRICAS REFERENTES À RELATIVIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Uma vez que não resta dúvidas quanto à natureza relativa dos direitos fundamentais segundo as mais diversas doutrinas jurídicas,¹⁷¹ afigura-se perfeitamente pertinente a constatação de que o seu conteúdo jurídico está apto a sofrer intervenções estatais sem que estas sejam consideradas juridicamente ilegítimas ou reprováveis.¹⁷² No plano do direito, a compreensão da ordem legal conforme um sistema e a demanda pela harmonização dos seus preceitos e valores fundantes expressam uma dupla justificativa à possibilidade de ingerências no seio das garantias constitucionais, de um lado, busca-se a superação de uma visão estritamente individualizada das proteções conferidas aos seres humanos,¹⁷³ de outro, é viabilizado o convívio social entre os inúmeros titulares dos direitos.¹⁷⁴

Especificamente no Brasil, a enorme gama de valores e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados já provoca indícios atinentes à condição limitada dessas garantias.¹⁷⁵ Isso porque, a existência conjunta dessa variedade de prerrogativas dadas ao ser humano depende de uma clara delimitação de seus contornos, o que só é exequível se se reconhecer a finitude dessas prerrogativas constitucionais. Nesse sentido, fala-se em suporte fático, como parâmetro para aferição da abrangência protetora e dos limites pertencentes aos princípios consagrados nos ordenamentos jurídicos.¹⁷⁶ Em outros termos, o suporte fático compreende a conjunção entre as ideias de âmbito de proteção, do destinatário contra quem se impõe a proteção e, por fim, da fundamentação constitucional pertinente, sendo esta última indispensável às restrições que se pretendam legítimas.¹⁷⁷

No tocante à noção concernente ao âmbito de proteção, deve-se entender abrangido nela os bens jurídicos a serem tutelados pela norma definidora do direito fundamental, bem como a extensão desta. A sua investigação pode se dar tanto por meio de uma perspectiva ampla ou restrita, o que significa dizer que, na primeira hipótese, a exclusão de fatos e circunstâncias do

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 405.

¹⁷² SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *RDE: revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006, p. 15 e 16.

¹⁷³ GRANDE, Djenifer Cristine; MARTINS, Ricardo Muciato. Direitos da personalidade frente à liberdade de expressão: ponderação dos direitos. *Akrópolis*, Umuarama, v. 26, n. 2, p. 121-134, jul. 2018, p. 126.

¹⁷⁴ ANDRADE, André. *Liberdade de expressão em tempos de cólera*. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 99.

¹⁷⁵ ANDRADE, André. *Liberdade de expressão em tempos de cólera*. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 100.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 404.

¹⁷⁷ SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *RDE: revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006, p. 29 e 30.

amparo conferido pelas garantias fundamentais ocorre diante de restrições impostas a posteriori sobre ela, enquanto, no segundo caso, seria mais apropriado falar-se em uma exclusão *prima facie* de determinadas situações dos contornos protetivos de um direito fundamental. Ilustrando essa questão, ao se analisar a liberdade de expressão, é possível encontrar em sua circunscrição “o direito do indivíduo de se manifestar, transparecer suas ideologias, cultura, crença e religião, mediante palavras, escritos, imagens ou qualquer outro meio de propalação”,¹⁷⁸ contudo, esta não comporta, por exemplo, o dever com a verdade ou com a retidão quando sua materialização ocorre estritamente sobre a forma de opinião.¹⁷⁹

Por outro lado, em que pese o fenômeno da limitação aos direitos fundamentais e suas condições no Brasil não se encontrarem exaustivamente disciplinadas pela constituição,¹⁸⁰ é unânime entre os juristas que, a fiscalização e o controle dessas garantias não devem se manter sob os caprichos do poder público, sendo incontestável a existência de determinados requisitos a serem seguidos na operacionalização dessas restrições. Assim, para que tais intervenções no âmbito protetivo dos princípios constitucionais sejam válidas, antes de mais nada, é preciso que a própria Constituição Federal ratifique essa possibilidade, seja de forma direta ou indiretamente por meio da reserva de lei, valendo ressaltar que, em qualquer das hipóteses, sempre será imperioso uma justa fundamentação.¹⁸¹

Portanto, as intervenções estatais restritivas do âmbito protetivo dos direitos fundamentais encontram-se obrigatoriamente condicionadas a existência de disposição expressa na constituição indicando as especificidades das limitações impostas, ou, de modo diverso, da presença de dispositivos delegando ao legislador ordinário a possibilidade de efetuar tais interferências. Neste segundo caso, costuma-se fazer a distinção entre as reservas de lei simples e as qualificadas, de modo que, aquelas ocorrerão sempre que a constituição federal não explicitar os parâmetros das restrições a serem impostas, deixando os legisladores mais livres para o exercício deste encargo. Já com relação às reservas legais qualificadas, estas

¹⁷⁸ GRANDE, Djenifer Cristine; MARTINS, Ricardo Muciato. Direitos da personalidade frente à liberdade de expressão: ponderação dos direitos. **Akrópolis**, Umuarama, v. 26, n. 2, p. 121-134, jul. 2018, p. 126.

¹⁷⁹ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 71.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 405.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 410.

estreitam o raio de atuação e criatividade dos legisladores à proporção que indicam critérios e requisitos a serem seguidos no ato de restrição aos direitos fundamentais.¹⁸²

Todas essas constatações demonstram que a definição do suporte fático e de suas possíveis restrições no âmbito principiológico não são tão previsíveis como ocorre em relação as regras,¹⁸³ aliás, em face da liberdade de expressão, a fixação de seu âmbito protetivo e a regulamentação de seus limites ganham proporções ainda mais específicas e complexas, conforme esta garantia se desdobra em uma dimensão substancial e em outra instrumental. Não é sem razão que, segundo Gilmar Mendes, no tocante a primeira dessas dimensões expressas nas locuções constantes no Art. 5, IV e IX da Constituição Federal, falta anuência ao legislador ordinário para intervenções limitativas nesta esfera, o que não ocorre em relação à extensão instrumental dessa garantia disposta no Art. 220 da Constituição Federal, neste caso, à atividade legiferante é dada aquiescência ao controle da liberdade em voga.¹⁸⁴

Nesse sentido, um olhar superficial acerca dessa questão poderia levar a equivocada conclusão de que a liberdade de expressão na constituição federal brasileira ostentaria a condição de direito fundamental absoluto, o que não condiz com a realidade, na verdade, apenas a sua dimensão substancial não se sujeita a intervenções mediante reserva de lei, mas isso não impede que ela venha a sofrer alguma restrição mesmo nesta extensão.¹⁸⁵ Isto porque, entende-se exequível a instituição de limites aos direitos fundamentais mesmo nas hipóteses em que a Constituição Federal permaneça silente sobre essa possibilidade, desde que haja colisão de direitos e se proceda com parcimônia. Tal circunstância justifica-se em razão da insuficiência das normas para reconhecer todas as hipóteses possíveis de colisão entre direitos e, dessa forma, regulamentá-las, assim, admite-se, em caráter subsidiário, as restrições de garantias constitucionais, segundo a ideia de autorização implícita.¹⁸⁶

A propósito, alguns juristas enxergam nessa possibilidade tácita de limitação, a comprovação de existência de uma verdadeira reserva geral imanente de ponderação a qual

¹⁸² FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 29.

¹⁸³ SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **RDE: revista de direito do estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006, p. 29.

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, 2006, p. 35 e 40 apud REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 19.

¹⁸⁵ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 19.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 411.

pode ser extraída do conteúdo contido nos incisos II e LIV do Art. 5º da Constituição Federal.¹⁸⁷ Por isso, nem mesmo a livre expressão substancial escapa à relatividade dos direitos fundamentais, dessa maneira, a sua colisão com as demais garantias contidas no texto constitucional implica na possibilidade de sua restrição, através dos instrumentos da ponderação e do sopesamento de princípios.¹⁸⁸ Esta terceira forma de limitação aos direitos inerentes ao ser humano recai, acima de tudo, sobre as autoridades do poder judiciário,¹⁸⁹ não sendo tão incomum quanto parece, até porque, a própria Constituição deixa de atribuir à alçada legiferante uma enorme variedade de matérias pertinentes aos direitos fundamentais.¹⁹⁰

Destarte, o conflito entre a liberdade de expressão, a igualdade e os direitos personalíssimos, comumente suscitados a partir do discurso de ódio, implica no reconhecimento das medidas restritivas implícitas como uma solução adequada aos litígios surgidos nesse problemático cenário, especialmente, se se pensar que, tanto a livre expressão substancial, quanto os direitos constantes no Art. 5, X da Constituição, como honra e imagem, não são passíveis de restrição a priori, segundo o instituto da reserva de lei.¹⁹¹ Nestas circunstâncias, vale a máxima responsável por apontar uma saída ao que se convencionou chamar de casos difíceis, ou seja, aqueles nos quais a própria norma não traz uma solução certa, assim, “não se recorre à subsunção, mas à ponderação, não se identificando uma solução apriorística”.¹⁹²

Tendo em vista que, a definição de contornos dos direitos fundamentais opera-se a partir da interpretação de sua amplitude, bem como de seus possíveis limites, os detalhes supracitados revelam uma condição especial à disciplina restritiva dos princípios e garantias constitucionais, a sua operacionalização escapa aos parâmetros contidos estritamente em suas normas definidoras, sofrendo influência das diretrizes, dos objetivos e dos demais preceitos constantes na Constituição, tal como exprimiu Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) o âmbito de proteção de um direito não resulta apenas da tipificação de dados pré-normativos, mas que guarda relação com determinadas finalidades constitucionalmente ancoradas e vinculadas a determinados valores, evidenciando a

¹⁸⁷ DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Esmafe*, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 77-94, mar. 2007, p. 83.

¹⁸⁸ ALBRECHT, Lourdes Pasa. Justiça e ponderação de direitos fundamentais. *Revista Opinião Filosófica*, [S.L.], v. 10, n. 1, p. 43-65, ago. 2019, p. 46 e 47.

¹⁸⁹ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 39.

¹⁹⁰ DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Esmafe*, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 77-94, mar. 2007, p. 89.

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 412.

¹⁹² DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Esmafe*, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 77-94, mar. 2007, p. 82.

complexidade do processo de identificação e mesmo reconstrução do âmbito de proteção dos direitos fundamentais (...) o âmbito de proteção de um direito fundamental não é determinado pela mera designação do bem protegido (dignidade humana, vida, integridade corporal, etc.), mas será obtido, em geral, mediante a cuidadosa interpretação e análise, que leve em conta todos os elementos do suporte fático, visto que apenas quando da determinação do âmbito de proteção do direito, estará definida se alguma situação ou bem jurídico se encontra jusfundamentalmente assegurada, assim como será possível determinar qual ou mesmo quais direitos fundamentais estão em causa.”¹⁹³

Em razão do exposto, nota-se que a delimitação dos direitos fundamentais, especialmente da liberdade de expressão, não constitui uma tarefa fácil. A abstração e a abertura própria dessas garantias tornam árduo o encargo de seus intérpretes para a definição de seus contornos, o que jamais se dará apenas pelas disposições de lei, afinal, como já se mencionou, estas, por si só, não possuem a aptidão suficiente para antever todas as hipóteses possíveis de colisão de direitos e, conseqüentemente, de necessária restrição. Dessa situação, duas são as respostas usualmente dadas pelos juristas aos limites das prerrogativas em discussão, ou tais restrições integram necessariamente o seu conteúdo, ou, em um sentido teórico mais amplo, admite-se as práticas limitantes como um fenômeno extrínseco a sua natureza. Longe de arriscar uma resposta, tem-se uma bifurcação, seja qual for a escolha, os aparatos jurídicos de limitação e seus efeitos assumirão proporções diversas.

4.1 A RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO A TEORIA INTERNA

A compreensão dos limites inerentes aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, à liberdade de expressão perpassa necessariamente pela distinção entre duas formas diversas de visualização das origens relativas às restrições que recaem sobre o direito em si, bem como o conteúdo jurídico que preenche este. A primeira destas perspectivas, denominada teoria interna, enxerga as limitações aos direitos fundamentais como um fenômeno próprio ao âmbito de proteção e suporte destes, o que significa dizer que, tais entraves ao fluxo jurídico dessas garantias são partes destas próprias, levando à ideia de limites imanentes, ou seja, inerentes ao corpo das prerrogativas em menção.¹⁹⁴ Em outros termos, segundo esta corrente de pensamento,

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 408.

¹⁹⁴ DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista Esmafe**, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 77-94, mar. 2007, p. 80 e 81.

pode-se inferir pela unidade do direito, este, a despeito de abrigar em seu interior tanto seu conteúdo protetivo quanto a sua restrição, será considerado um só objeto.¹⁹⁵

Assim, em face dessa teoria, não se fala obrigatoriamente em restrições aos direitos fundamentais, na verdade, aquilo que se consideraria como uma hipótese de obstáculo à sua concretização, nada mais seria do que os seus próprios contornos, sendo, portanto, incompatível com a ideia tradicional de imposição de limites.¹⁹⁶ Esta noção demarcatória de direitos revela uma profunda relação mantida com a concepção de suporte fática restrito, uma vez que se dispõe a excluir de antemão uma enorme gama de condutas incompatíveis com os fins protetivos expressos no âmago das garantias fundamentais.¹⁹⁷ Por isso, aos juristas e legisladores, não cabe a função de delimitar os âmbitos de proteção dessas prerrogativas, mas tão somente elucidá-los.¹⁹⁸

Desses apontamentos surge uma primeira constatação consequencial acerca desta teoria, os dispositivos legais e normativos regulamentadores de limitações aos direitos fundamentais possuem uma natureza meramente declaratória, de tal modo que, o seu papel é tão somente o de tornar transparente os contornos e os delineados desses preceitos constitucionais.¹⁹⁹ Por outro lado, a configuração atribuída aos direitos fundamentais segundo essa corrente resulta em sua incompatibilidade com o fenômeno da colisão de direitos, não cabendo sequer falar em ponderação dos valores em jogo, isto porque, conforme a natureza dessa perspectiva, os direitos já guardam em sua essência as respostas para qualquer eventualidade que venha surgir de sua aplicação ou não, sua existência encontra-se, desde já, marcada por limites que excluem de seu âmbito, a priori, um enorme elenco de práticas.²⁰⁰

Mais do que negar a colisão entre direitos fundamentais e a aplicação da ponderação, a teoria interna acaba por impor sobre estas garantias a natureza jurídica de regras, conforme leciona Virgílio Afonso da Silva ao dialogar com as lições de Jan-Reinard Sieckmann:

Se isso é assim, ou seja, se a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos e, sobretudo, não sofre influência de possíveis colisões posteriores, a conclusão a que se pode chegar, em termos de estrutura normativa, é

¹⁹⁵ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **RDE: revista de direito do estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006, p. 37 e 38.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 406.

¹⁹⁷ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 103.

¹⁹⁸ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 20.

¹⁹⁹ DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista Esmafe**, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 77-94, mar. 2007, p. 80 e 81.

²⁰⁰ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 20.

que direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras. Isso porque, se a definição do conteúdo do direito é feita de antemão, isso significa, para usar a expressão de Sieckmann, que a norma que o garante tem validade estrita. Segundo ele, validade estrita significa que uma norma será com certeza aplicável e produzirá todos os seus efeitos sempre que se tratar de uma situação que se enquadre na hipótese por ela descrita. Se a norma possui validade estrita, ela segue o conhecido raciocínio "tudo ou nada" e não pode ser objeto de sopesamentos.²⁰¹

Portanto, quando se olha para a liberdade de expressão e para o discurso de ódio conforme as diretrizes dadas pela teoria interna, deve-se questionar se essas modalidades de manifestação se encontram situadas, ou não, dentro do raio de atuação e proteção desse preceito fundamental. De outro modo, se se entende que a intolerância está abrigada pelo conteúdo jurídico do direito fundamental à livre expressão, não se fala em exercício ilegítimo daquela, tendo em vista que, as práticas odiosas integram o seu âmbito protetivo e, por isso, constituem direito de seus titulares. Contudo, compreendendo que as manifestações coléricas estão localizadas fora dos contornos desse preceito fundamental, as formas ofensivas de expressão converter-se-iam em ilícitos,²⁰² de onde se extrai o status de “não direito”.²⁰³

Esta perspectiva expressa pela teoria interna, rente à concepção de suporte fático restrito, reflete uma tentativa de conferir uma maior segurança e exatidão aos processos de interpretação e revelação dos conteúdos que habitam o interior dos direitos fundamentais,²⁰⁴ afastando, de maneira imediata e por meio de sua fórmula, aquelas práticas indiscutivelmente inconciliáveis com os bens jurídicos a serem protegidos pela garantia em análise.²⁰⁵ Apesar de seus nobres ideais, esta corrente não escapa às críticas, isto porque a sua formatação tende a permitir uma amálgama entre o âmbito protetivo do direito fundamental em análise com o de outras garantias constitucionalmente asseguradas, facilitando a arbitrariedade nos procedimentos de definição das suas fronteiras.²⁰⁶ A isto deve-se somar a falta de critérios justificativos da inclusão ou exclusão de determinadas condutas no âmbito dos preceitos constitucionais, o que, por si só, amplifica demasiadamente as chances de uma atuação abusiva pelo poder público no exercício de suas funções.²⁰⁷

²⁰¹ SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **RDE: revista de direito do estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006, p. 37.

²⁰² ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 103.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 410.

²⁰⁴ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 22.

²⁰⁵ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 102 e 103.

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 407.

²⁰⁷ DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista Esmafe**, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 77-94, mar. 2007, p. 80.

Como se vê, a teoria interna aposta em uma visão extremamente simplificada do fenômeno da restrição aos direitos fundamentais, seu arsenal apela para o emprego da subsunção como uma solução viável à efetivação dos direitos fundamentais, ignorando a própria limitação da ciência jurídica, esta, através unicamente de seus aparatos legais, não é capaz de apontar todos caminhos e soluções que se apresentam no âmbito do direito.²⁰⁸ Talvez, a harmonização e a coexistência dos direitos fundamentais dependa de uma visão mais aberta as especificidades destes, isenta de negações quanto à possibilidade de conflito entre direitos e, dessa forma, apta a conciliá-los, conforme uma outra teoria se propõe a fazê-lo.

4.2 A RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEGUNDO A TEORIA EXTERNA

Nem toda perspectiva acerca da limitação aos direitos fundamentais segue uma dimensão restritiva e simplificada do suporte fático da norma, na realidade, em que pese a mencionada teoria interna, também circula entre os juristas uma segunda concepção a respeito dos fenômenos delimitativos dos preceitos fundamentais, a esta é dado o nome de teoria externa. Assim como sua denominação aponta, esta corrente se presta a enxergar as restrições que recaem sobre as garantias constitucionalmente asseguradas como algo externa a elas,²⁰⁹ em outras palavras, inicialmente, o que se tem é “um direito em si, ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado”,²¹⁰ dessa maneira, a dita garantia definitiva só surgirá a posteriori, por meio dos limites que lhes serão impostos.²¹¹

Por conseguinte, diferentemente do que ocorre na teoria interna, essa corrente lida com os direitos fundamentais segundo uma noção ampla de suporte fático, o que significa que, em um primeiro momento, basta a existência de uma relação de identidade entre as condutas perquiridas e a temática expressa pela essência das garantias constitucionais para que se afirme a sua presença dentro dos contornos destas.²¹² Contudo, esta não é a situação final dos preceitos fundamentais, em verdade, a necessidade por conferir harmonia entre estes demandará que lhes sejam impostas algumas limitações de onde surgirá a posição definitiva destas garantias, em contraposição aquela perspectiva *prima facie*, ampla e, até então, ilimitada dos direitos

²⁰⁸ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 24.

²⁰⁹ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 100.

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 407.

²¹¹ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **RDE: revista de direito do estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006, p. 40.

²¹² ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p.101.

fundamentais.²¹³ Portando, para esta teoria, não há uma confusão entre direito e suas limitações, cada qual conformará um conteúdo distinto, de onde resultará dois objetos a serem investigados.²¹⁴

Em termos práticos, segundo os ditames dessa corrente, até mesmo o ódio e a intolerância estariam, a priori, abrigados dentro dos contornos da liberdade de expressão, de tal forma que, apenas em um momento subsequente poder-se-ia falar em uma exclusão dessas formas vis de manifestação do âmbito protetivo dessa garantia fundamental, segundo as diretivas, justificativas e valores constitucionalmente consagrados. Desta perspectiva, é possível aduzir a natureza atípica das restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais, estas só ocorrerão em hipóteses excepcionalíssimas, quando houver previsões normativas para tal ou, na falta destas, forem indispensáveis à harmonização entre as prerrogativas constitucionais e a pacificação dos conflitos sociais.²¹⁵

Daí porque se diz que esta concepção dos direitos fundamentais nutre ampla compatibilidade com as teses da ponderação, sopesamento e da teoria dos princípios,²¹⁶ o seu deslinde não nega a existência da colisão entre direitos fundamentais, ao contrário, a sua natureza pressupõe necessariamente que os diferentes valores sacralizados no seio da norma maior venham a se chocar em um determinado momento, o que justificaria a adoção de medidas restritivas tendentes a apartarem tal fenômeno.²¹⁷ De outro modo, as limitações impostas às garantias fundamentais assumem dimensões extrínsecas a elas, estas não apresentam, de plano, contornos definitivos ou conclusos, diversamente do que prega a teoria interna, dessa forma, a ocorrência de conflitos assume proporções inevitáveis, juntamente com as exigências por uma conciliação daqueles.²¹⁸

A consequência lógica dessa corrente é que, aos direitos fundamentais é atribuída a configuração de princípios, a eles não se impõe a clássica regra do “tudo ou nada”, mas a concepção de pesos e medidas, assim, em um caso concreto subsistirá aquele valor mais dispendioso à adequada pacificação de conflitos, o que não significa o fim do princípio

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 407.

²¹⁴ SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *RDE: revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006, p. 38.

²¹⁵ DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Esmafe*, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 77-94, mar. 2007, p. 79 e 80.

²¹⁶ SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *RDE: revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006, p. 40.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 407.

²¹⁸ REIS, Carolina Telles. *O hate speech e suas limitações*. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 22.

concorrente, senão a sua mitigação naquela circunstância em específico.²¹⁹ Em síntese, apesar de amenizado na situação real, não se fala em qualquer subversão ou alteração à essência do direito em si, a sua validade se conservará e o seu conteúdo poderá preponderar em face de novas colisões que venham a ocorrer.²²⁰

Tal como expressa, essa visão externa às restrições aos direitos fundamentais busca estabelecer uma relação de proximidade entre as práticas interpretativas e delimitadoras dos preceitos constitucionalmente consagrados e um procedimento limitativo cristalino e equilibrado, porém, essa ambição parece esbarrar nos riscos de um subjetivismo exacerbado, dando vazão à discricionariedade dos operadores do direito e, em uma análise mais aprofundada, ao exercício arbitrário das prerrogativas e funções destes últimos sujeitos. Sob outra perspectiva, a teoria externa parece pecar à medida que, sua adjacência ao suporte fático amplo exprime certa contradição, quando, em um primeiro momento, chama para dentro das fronteiras dos direitos uma extensa diversidade de condutas inquestionavelmente antijurídicas e ilícitas.²²¹

Mais do que propriamente favorecer subjetivismos desmedidos, a teoria externa aparenta corromper a lógica das hierarquias normativas quando empresta demasiada relevância às normas infraconstitucionais, tendo em vista que, estas são submetidas aos procedimentos de ponderação e de sopesamento em conjunção com os dispositivos e valores assegurados no corpo das constituições.²²² Mas isto nem de longe elide a ampla aceitação que recai sobre essa teoria, afinal, ao se falar em restrição a direitos fundamentais, qualquer que seja a garantia a sofrer intervenções em seu âmbito de irradiação, sempre deverá se respeitar algumas condições específicas a serem cumpridas na legítima conclusão desse procedimento, do contrário estar-se-á diante de uma restrição ilídima e, portanto, passível de ocasionar injustiças e arbitrariedades.

²¹⁹ DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Esmafe*, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 77-94, mar. 2007, p. 81 e 82.

²²⁰ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *RDE: revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006, p. 39.

²²¹ ANDRADE, André. *Liberdade de expressão em tempos de cólera*. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 104 e 105.

²²² REIS, Carolina Telles. *O hate speech e suas limitações*. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 23.

4.3 OS LIMITES ÀS RESTRIÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONDIÇÕES JURÍDICAS À RELATIVIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Sendo certo que os direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão, constituem uma conquista imprescindível à evolução das sociedades e de seus sistemas políticos, a sua restrição constitui tarefa das mais delicadas, isso porque, se de um lado, os excessos limitativos podem configurar uma arbitrariedade dos poderes públicos no exercício de suas funções, de outro, a falta de referidos limites implica necessariamente em uma caracterização de abandono a seus cidadãos, diante das inúmeras possibilidades de violação a seus direitos, o que acaba por perpetuar situações de estigma e de injustiça social. É por essa razão que, não obstante às omissões constitucionais quanto à disciplina dos requisitos às restrições no conteúdo das garantias constitucionais, a comunidade jurídica tem entendido consensualmente pela existência de determinadas condições implícitas na constituição a serem seguidas no exercício das intervenções no âmbito protetivo dos direitos fundamentais, consagrando o denominado instituto dos limites aos limites dos direitos fundamentais.²²³

Assim, por meio desse instrumento, busca-se a fiscalização e o controle das medidas interventivas efetuadas no seio dos preceitos normatizados na carta magna, garantindo não só a estes a sua perfeita eficácia, como também a seus titulares o pleno gozo de suas prerrogativas dentro dos contornos aceitáveis segundo os fins e justificativas extraídos da constituição.²²⁴ Em outras palavras, cuida-se de conferir maior segurança e racionalidade aos procedimentos de interpretação, sopesamento e ponderação de direitos, próprios ao enredo dos conflitos entre princípios, afastando às críticas e os riscos ao decisionismo e à discricionariedade que recaem sobre tais procedimentos²²⁵ e, ao mesmo tempo, ofertando uma solução viável aos problemas de se fixar abstratamente hierarquias, como resposta definitiva e conclusiva a esses choques.²²⁶

Por isso, as propostas de delimitação aos contornos dos direitos fundamentais condicionam-se obrigatoriamente à observação do núcleo essencial, das diretivas expressas segundo os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade e, por fim, da vedação ao retrocesso, esta presente de forma explícita na Constituição Federal, sob a imagem das

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 413.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 413.

²²⁵ DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista Esmafe**, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 77-94, mar. 2007, p. 2.

²²⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [s.l.], v. 11, n. 2, p. 374-401, 2011, p. 389 e 390.

cláusulas pétreas, conforme disposto no Art. 60, § 4º do referido documento jurídico.²²⁷ No que concerne ao emprego da ponderação como forma supletiva às lacunas deixadas pelas omissões legiferantes, a submissão destes processos interpretativos e delineadores ao crivo da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como ao necessário respeito ao denominado núcleo essencial das garantias constitucionais, constitui condição imprescindível à lisura e transparência das atividades estatais, razão pela qual devem receber um especial destaque aqui.²²⁸

Com relação à proporcionalidade e razoabilidade, estas assumirão no ordenamento um papel “estruturante à aplicação e fundamentação das normas de direitos fundamentais que têm caráter de princípios”,²²⁹ constituem, dessa maneira, uma medida de equilíbrio, de cautela e de parcimônia em face dos conflitos surgidos entre as colisões dos preceitos fundamentais,²³⁰ como comumente ocorre quando da expressão do ódio. A sua existência constitucional decorre implicitamente do Estado Democrático de Direito (Art. 1º da Constituição Federal) e do devido processo legal (Art. 5, LIV da Constituição Federal), guardando relação com os imperativos de tutela estatal, por meio dos quais, busca-se um justo meio entre os excessos e as insuficiências ao se abordar as intervenções no âmbito das garantias fundamentais.²³¹

Seu conteúdo é frequentemente desdobrado em três subprincípios, para fins de facilitação de sua compreensão, assim, fala-se em proporcionalidade como adequação ou conformidade, proporcionalidade como necessidade e proporcionalidade como razoabilidade, esta última também conhecida como proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, no primeiro desses desdobramentos, fala-se na viabilidade de se alcançar os fins pretendidos a partir dos meios restritivos adotados, na segunda etapa, representada pela necessidade, cabe ao intérprete se perquirir sobre a existência de outros meios menos gravosos aos fins colimados e no último caso, tem-se a maior atividade ponderativa em si, buscando um balanceamento entre os valores em jogo.²³² Em síntese, o que se procura através do emprego dessa diretiva é

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 413.

²²⁸ DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista Esmafe**, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 77-94, mar. 2007, p. 85.

²²⁹ ALBRECHT, Lourdes Pasa. Justiça e ponderação de direitos fundamentais. **Revista Opinião Filosófica**, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 43-65, ago. 2019, p. 49.

²³⁰ GRANDE, Djenifer Cristine; MARTINS, Ricardo Muciato. Direitos da personalidade frente à liberdade de expressão: ponderação dos direitos. **Akrópolis**, Umuarama, v. 26, n. 2, p. 121-134, jul. 2018, p. 130.

²³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 414 e 415.

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 415 e 416.

justamente determinar se os objetivos definidos justificariam o emprego das restrições almeçadas, conferindo uma maior legitimidade ao procedimento.²³³

Mas este é tão somente um dos parâmetros a serem seguidos diante de restrições aos preceitos guardados no corpo da carta magna, junto dele, ainda há a devida obediência ao núcleo essencial, o qual constitui parte intangível dos direitos fundamentais,²³⁴ o seu conteúdo deverá permanecer incólume mesmo em face das atividades interventivas legiferantes ou judicantes, sob pena de descaracterização do valor manuseado.²³⁵ Todavia, não há como descartar certa controvérsia circundante deste instituto, isso porque, para alguns juristas, tal núcleo deve ser observado segundo uma perspectiva absoluta, o que significaria a sua existência de forma abstrata, o que não se coaduna com a teoria relativa do núcleo essencial, para quem este surgiria ao final do processo de ponderação.²³⁶ Assim, na primeira visão, o “núcleo intangível poderia desempenhar um papel de ‘filtro’ (muitas vezes subsidiário) ao exame de proporcionalidade; na segunda, estaria muito provavelmente fadado a ser absorvido por este exame”.²³⁷

Em todo caso, independente da teoria que se escolha seguir, é indiscutível a presença de determinados limites intransponíveis no âmago das garantias fundamentais. No que tange ao discurso de ódio e à liberdade de expressão, Fernanda Carolina Torres parece dar algumas dicas e caminhos a serem observados nos seus processos interpretativos:

É possível, portanto, cogitar de um núcleo essencial dos direitos fundamentais que, em hipótese alguma, pode ser atingido pela restrição ou pelo abuso de um direito. O núcleo essencial compreende determinadas dimensões garantísticas básicas, cuja eliminação poria em causa a própria subsistência, ou o sentido útil, na perspectiva do seu titular, além de comprometer decisivamente aspectos fundamentais da dignidade da pessoa humana. Assim como os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão tem como fim garantir a dignidade humana. Nenhum exercício de direito pode ser reconhecido como legítimo quando se dá no sentido contrário a seu objetivo e fundamento. Quando o abuso de direito for tamanho que ameace a dignidade, tem-se violação capaz de liquidar a finalidade da garantia constitucional, desfigurando-a. A partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais, afasta-se a absurda e perigosa interpretação da liberdade de expressão como ‘sobredireito’ (...)²³⁸

²³³ REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, [s.l.], v. 11, n. 2, p. 374–401, 2011, p. 391.

²³⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção*. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 33.

²³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 420.

²³⁶ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *RDE: revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006, p. 42.

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 421.

²³⁸ TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. *Revista de Informação Legislativa*, [S.L.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 77.

Esta perspectiva supracitada ressalta que, apesar de presente certa cautela ao se falar em estabelecer contornos abstratos aos dispositivos constitucionais, sobretudo quando estes ostentam a natureza de princípios, é incontestável a existência de determinados caminhos e respostas sintetizados no corpo da Constituição pelo poder constituinte, cuja a presença jamais poderá ser ignorada nos procedimentos interpretativos, ponderativos e legiferantes dos direitos fundamentais.²³⁹ Afinal, as interferências no âmbito dessas garantias demandam muito mais do que uma conformidade estritamente formal, isto é, em acordo com as competências e procedimentos definidos no ordenamento jurídico. A sua legitimidade encontra-se condicionada materialmente no respeito aos valores e diretivas guardadas no bojo da Constituição Federal.²⁴⁰

Sem se pretender contrariar os desígnios da ponderação, tampouco se esgotar aqui a problemática travada entre igualdade, liberdade e intolerância, é perceptível a inclinação constitucional ao abrigo daquele primeiro valor, haja vista que, ele não só encontra sua razão dentre os objetivos da República Federativa brasileira, nos termos do Art. 3º da Carta Magna, como também é ratificado segundo a prescrição contida no caput do Art. 5º deste mesmo documento jurídico.²⁴¹ Contudo, antes de se adentrar propriamente em território brasileiro, é necessário analisar e compreender os comportamentos da liberdade de expressão e da intolerância segundo os ditames do direito comparado e da comunidade internacional, até mesmo para que a sua visualização, segundo à ótica brasileira, ganhe contornos abastados.

5 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO: PERSPECTIVAS JURÍDICAS DO DIREITO INTERNACIONAL E DO DIREITO COMPARADO

Conforme anotado anteriormente, a liberdade de expressão, enxergada sob o relevo dos princípios, tende a apresentar um conteúdo valorativo aberto e flexível, o seu emprego reflete a forma predominante dos juízos e das concepções jurídicas vigentes em um dado período histórico, bem como dos elementos culturais e sociais presentes em uma dada sociedade. Porém, a sua leitura não está condicionada apenas a essas figuras, senão às ideologias políticas conformadoras das perspectivas majoritárias que transpassam um determinado território, em

²³⁹ DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Esmafe*, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 77-94, mar. 2007, p. 83 e 84.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 413.

²⁴¹ REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, [s.l.], v. 11, n. 2, p. 374-401, 2011, p. 389.

um contexto histórico definido.²⁴² Por outro lado, sendo o discurso de ódio um fenômeno preponderantemente social e político, a sua relação com o universo jurídico traduz-se em uma situação de interpenetração entre sistemas, assim, de um lado, tem-se os discursos intolerantes, interjacentes aos processos de estratificação peculiares a cada sociedade, de outro, situa-se o direito como ferramenta de pacificação dos conflitos sociais.²⁴³

A este fenômeno interseccional entre ordens pode-se atribuir um efeito consequencial específico, a definição dos contornos pertinentes à liberdade de expressão e as respostas ao discurso de ódio assumirão proporções diversas conforme se altere o cenário sobre o qual se debruça a análise desses elementos. Em termos diversos, significa dizer que, nem Estados Unidos, nem Alemanha e, tampouco, Brasil ou qualquer outro país olhará para a garantia em tela e os seus desdobramentos segundo os mesmos critérios normativos e jurisprudenciais, estes sofrerão indubitavelmente a influência do ambiente e de seus elementos estruturantes.²⁴⁴ Mas isso não afasta possíveis semelhanças e conjunções entre perspectivas e parâmetros jurídicos dos diferentes Estados, na realidade, o que se observa a partir desse evento consiste apenas em formas distintas de se olhar para um mesmo problema, conforme se comprovará adiante.

5.1 A SOCIEDADE LIBERTÁRIA NORTE-AMERICANA

Dentre as características identitárias da cultura norte-americana, subsiste no cerne desta sociedade uma tradição libertária fortemente marcada pelo individualismo e pelo universalismo extremados. A força desempenhada pelas doutrinas liberais na estruturação e manutenção dessa sociedade é tão robusta que contagia os mais variados aspectos da vida e cultura desse país, produzindo efeitos, até mesmo, no âmbito do direito e, de forma mais específica, no modo como a liberdade de expressão é vista e tutelada.²⁴⁵ De maneira sintetizada, essa ideologia enraizada no seio da cultura estadunidense busca explicar a sociedade segundo uma visão mecanicista, para ela, os cidadãos são considerados partes autônomas do todo, o que se traduz na supervalorização do “eu”, em detrimento dos sujeitos como coletividade. A consequência

²⁴² CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 56.

²⁴³ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 58.

²⁴⁴ Vide explicação contida na seção 2.3 deste trabalho.

²⁴⁵ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 212.

lógica disso para a ciência jurídica não poderia ser diferente, evidencia-se uma supremacia dos direitos individuais sobre os interesses coletivos.²⁴⁶

Mas essa perspectiva ideológica não está restrita aos contornos gerais e abstratos da sociedade norte-americana, na realidade, esta tendência influi diretamente sobre a imagem de seus cidadãos, por meio do que se denominou de “self made man”, ou seja, o ideal do homem empreendedor.²⁴⁷ Longe de se ater ao significado estrito e literal do termo, esse modelo ideal de sujeito reflete, para além do empreendedorismo, um estilo de vida pautado pela independência às ações do Estado e pela figura de indivíduos fortes, aptos a partilhar suas opiniões no espaço público, bem como sofrer incursões de terceiros durante tal processo.²⁴⁸ Essa visão encontra-se fortemente impregnada na forma como a sociedade estadunidense enxerga o Estado e o direito fundamental à livre expressão.

No tocante à imagem do Estado, figura entre os indivíduos dessa sociedade uma percepção descredibilizada dessa entidade, a sua atuação suscita desconfiança²⁴⁹ e, para os mais radicais, poderia representar, inclusive, um inimigo dos direitos individuais.²⁵⁰ Aliás, essa visão equivocada do poder público como ameaça ao gozo das prerrogativas asseguradas a cada sujeito de direito encontra guarida na própria ideologia libertária declaradamente contrária à intervenção estatal.²⁵¹ Assim, tem-se uma proteção reforçada das garantias individuais, estas, espelhadas principalmente sob a forma da liberdade de expressão simbolizam, para a perspectiva norte-americana, o triunfo da soberania popular, da participação cidadã²⁵² e do ideal de alcance da verdade.²⁵³

²⁴⁶ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 56 e 63.

²⁴⁷ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 28.

²⁴⁸ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 12.

²⁴⁹ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 28.

²⁵⁰ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 61.

²⁵¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 92.

²⁵² NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 320 a 322.

²⁵³ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 91.

Para Cass Sustein, tamanha é a força liberal sobre os valores norte-americanos que, o próprio aparato da liberdade de expressão pode ser comparado a uma espécie de mercado, tais como aqueles referentes a bens materiais, nesses termos:

A concepção liberal pressupõe a liberdade de expressão como ‘uma liberdade negativa ... um direito fundamental de defesa dirigido contra o Estado, exigindo unicamente a abstenção deste para a ocorrência da ampla difusão das idéias e notícias.’ Logo são direitos de primeira geração, conforme acima mencionado. Para Cass Sunstein, essa perspectiva trata de uma ‘espécie de economia neoclássica, com a celebração do laissez-faire e da mão invisível para a palavra’, sendo que para o mesmo autor ‘a noção de ‘laissez-faire’ é não mais que um mito — um erro conceitual — para a palavra tanto quanto para a propriedade’. A liberdade de expressão nos EUA, então, segundo Cass Sunstein, ‘aproxima-se de um sistema de mercado privado não regulamentado. Ele opera de maneira similar a outros mercados, como aqueles para carros, escovas, cereal e sabão’.²⁵⁴

Como se vê, não só o liberalismo constitui valor essencial à democracia estadunidense, já que, a manutenção dessa ideologia encontra amparo nos próprios desígnios contidos na garantia à livre expressão, desse modo, é perceptível e incontroverso a inclinação estatal pela tutela a esse direito fundamental quando contraposto em face de outras garantias.²⁵⁵ A própria posição dessa liberdade na Constituição norte-americana já dá indícios de sua predileção no sistema jurídico desse país, afinal, além de se materializar sob a forma de primeira emenda, esta carece de disposições expressas a respeito das possíveis limitações, o que, em outros termos, simboliza uma proteção quase absoluta dessa garantia.²⁵⁶ De forma mais precisa, a primeira emenda²⁵⁷ veda ao Estado, e às unidades federativas por força da 14^a emenda, a imposição de restrições à livre expressão, independente da forma que esta se manifeste, seja por meio de cultos, de reuniões ou de discursos.²⁵⁸

²⁵⁴ SUSTEIN, Cass, 1995, p. 41 apud NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 320.

²⁵⁵ NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 321.

²⁵⁶ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Tradução de Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. **Revista Direito Público**, [S.L.], v. 4, n. 15, p. 117-136, jan. 2007, p. 122 e 123.

²⁵⁷ Primeira emenda: O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos. Cf. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Constituição dos Estados Unidos da América – 1787**. Biblioteca virtual de direitos humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>.

²⁵⁸ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 213.

Todavia, mesmo nos Estados Unidos (EUA), onde a tradição libertária é incomparável, não se pode presumir pela tese de uma liberdade de expressão absoluta, isso porque a Suprema Corte, órgão jurisdicional superior desse país, tem apontado para uma série de circunstâncias que se situariam fora do campo de abrangência da primeira emenda, apenas a título ilustrativo, cita-se a obscenidade, a pornografia infantil, a difamação e as ameaças.²⁵⁹ Em nível intermediário, costuma-se apontar a tutela conferida pela liberdade de expressão às propagandas comerciais, embora não estejam fora do raio de abrangência dessa garantia, a sua tutela se mostra, comumente, mais cautelosa. Já em sentido totalmente oposto a aqueles exemplos, situam-se os discursos de natureza preponderantemente política, estes gozam do mais alto patamar protetivo oferecido pelo dispositivo constitucional assegurado por esse país.²⁶⁰

Relativamente ao discurso de ódio, persiste o entendimento de que essas modalidades discursivas estariam, em regra, guardadas pela liberdade de expressão, segundo os ditames da primeira emenda, haja vista que, esta não faz acepção de conteúdo.²⁶¹ Assim, dessa concepção pode-se inferir o seguinte juízo, “as limitações ao hate speech são inconstitucionais, já que restringem o discurso político”²⁶², em vista disso, apregoa-se a neutralidade estatal como garantia de respeito ao exercício isonômico da livre manifestação de ideias. Por essa razão, subsiste nesta realidade a compreensão de que, os discursos preconceituosos e discriminatórios, por mais cruéis e repulsivos que possam ser, deverão “receber a mesma proteção do Poder Público do que as manifestações em favor dos direitos humanos e da igualdade”.²⁶³

Nesse sentido, tamanho é o amparo conferido ao discurso de ódio, nos EUA, como forma de promoção a uma sociedade livre que, mesmo declarações negacionistas de fatos verídicos, como o holocausto, são consideradas direito de expressão de seus emissores.²⁶⁴ Essa perspectiva, cada vez mais, difundida no âmbito jurídico norte-americano foi responsável por fragmentar as correntes defensoras dos direitos humanos em dois grupos distintos, dividindo-as entre aqueles que enxergam na livre expressão uma aliada à consecução do reconhecimento das minorias e, em sentido diametralmente oposto, aqueles que, revestidos de um olhar crítico,

²⁵⁹ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 214.

²⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 6.

²⁶¹ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 215.

²⁶² REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 27.

²⁶³ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 9.

²⁶⁴ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Tradução de Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. **Revista Direito Público**, [S.L.], v. 4, n. 15, p. 117-136, jan. 2007, p. 131.

têm testemunhado o uso dessa garantia como subterfúgio à práticas opressivas e discriminatórias.²⁶⁵

Ilustrando essa questão, Carolina Telles Reis dispôs:

(...) antigamente a liberdade de expressão se colocava lado a lado com a defesa dos direitos das minorias, como, por exemplo, a luta pelos direitos civis dos negros nos anos 50 e 60, apesar de seu papel emancipatório continuar existindo, a liberdade vem sendo invocada para proteger discursos de intolerância, deturpando seus fundamentos originais.²⁶⁶

Por outro lado, não se deve atribuir às perspectivas tecidas sobre essa garantia fundamental unicamente às ideologias políticas e culturais vigentes nessa sociedade, tampouco ao contexto histórico. Em conjunção a esses parâmetros, circunjacentes à definição da livre expressão, encontra-se o sistema jurídico do common law, cuja operacionalização ocorre segundo as lógicas dos precedentes judiciais. Em termos sucintos, a delimitação dos contornos pertinentes à liberdade de expressão se deu a partir de reiteradas interpretações ocorridas sobre essa garantia no âmbito da Suprema Corte, permitindo a construção de subseqüentes “standarts” vinculativos das cortes inferiores e responsáveis pelo preenchimento do conteúdo desse direito, consagrando aquilo que ficara conhecido como “lei da primeira emenda”.²⁶⁷ A essa tendência valorativa da livre expressão conforme a atividade judicante, extrai-se a primazia dessa garantia em face das demais, de tal modo que, como se verá adiante, “na maioria dos julgados norte-americanos, pouca ou nenhuma relevância foi conferida ao princípio da igualdade, inclusive a racial, expresso na 14ª Emenda da Constituição norte-americana”.²⁶⁸

Exemplificando essa questão atinente aos precedentes judiciais da livre manifestação do pensamento, identifica-se nesse país, a evolução respectiva de quatro circunstâncias ensejadoras de restrições à garantia em tela, quando exercida sob a forma da intolerância. A primeira delas, surgida no início do século XX, intitulava-se “clear and present danger”, pois trabalhava com a ideia de dano claro e iminente como única justificativa viável à limitação da opinião. Porém, a falta de parâmetros para a definição daquilo que representaria a alta probabilidade de dano, acarretou uma mudança de paradigmas que, levou a Suprema Corte à adoção da má-fé como elemento complementar àquela concepção primordial, consagrando a

²⁶⁵ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 13.

²⁶⁶ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 28.

²⁶⁷ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 212.

²⁶⁸ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 28.

doutrina do “bad intention”. Esta, por encontrar-se profundamente atrelada ao conteúdo discursivo, não encontrou solo fértil em território norte-americano, assim, fixa-se as teses da “Fighting words” e da “imminent Lawless”, segundo as quais, só se justificariam intervenções nas esferas discursivas caso estas possam causar uma reação violenta e imediata do público, consequentemente, resultando em ações ilegais.²⁶⁹

Conforme o exposto, é possível identificar dentre as incursões judiciais norte-americanas no âmbito do direito fundamental à livre expressão uma tendência da Suprema Corte a resistir às interferências no conteúdo desta liberdade, quando comparada com restrições voltadas ao tempo, lugar ou forma das manifestações.²⁷⁰ Trata-se daquilo que se sagrou chamar de “doctrine of content neutrality”, segundo esta, as restrições no âmbito protetivo da liberdade de expressão podem assumir duas formas, na primeira delas, as intervenções legais, sob a forma da “content based”, disciplinariam o conteúdo e a temática das manifestações, portanto, estariam sujeitas a um crivo mais severo das cortes jurisdicionais, é o que ocorreria se uma lei buscasse disciplinar a ilegalidade de manifestações racistas, antissemitas ou homofóbicas, por exemplo. Ao lado destas, estariam as ingerências cuja natureza não recai sobre a mensagem da expressão em si, mas tão somente sobre o lugar, forma e tempo dela, são as “content neutral regulation”, estas sofreriam uma fiscalização menos rigorosa do poder jurisdicional e representariam aquelas leis que não permitissem determinadas manifestações nas proximidades de hospitais, dado o barulho que possam gerar, a título exemplificativo.²⁷¹

Por fim, antes de se adentrar na jurisprudência norte-americana em si, resta uma última particularidade própria a esse sistema que deve ser pontuada aqui, não há entre a doutrina norte-americana uma aceitação à ideia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, dessa maneira, o respeito a essas garantias, mais propriamente à liberdade de expressão e à neutralidade, gera efeitos vinculativos apenas ao Estado, não se opondo aos sujeitos particulares.²⁷² Em termos gerais, significa dizer que, embora ao poder público é dado o ônus da neutralidade, aos particulares não lhes são impostos este dever, estes possuem, de certa forma, o direito de serem racistas, preconceituosos e intolerantes.²⁷³ De outro modo, o exemplo mais claro dessa peculiaridade, são as universidades particulares norte-americanas, tendo em

²⁶⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 93 a 95.

²⁷⁰ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 6.

²⁷¹ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 213.

²⁷² ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 212 e 213.

²⁷³ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 12 e 13.

vista que, em razão disso, não estão obrigadas a admitir discursos de ódio em seu interior, podendo, como muitas o fazem, regulamentar e restringir essas demonstrações de intolerância.²⁷⁴

Tal como se buscou expressar, a liberdade de expressão nos Estados Unidos nutre uma posição privilegiada frente aos demais direitos, a sua primazia reflete a imagem de uma cultura mercadológica marcada pelo individualismo extremado e pela consagração das ideologias de cunho capitalista, notadamente, o liberalismo em suas mais variadas vertentes. O espaço dado aos interesses coletivos se mostra demasiadamente estreitos quando em comparação a tutela dos direitos individuais, aliás, a própria inclinação à rejeição dos direitos sociais neste cenário já demonstra uma certa cautela em relação às garantias e valores que possam sobrepujar os interesses particulares.²⁷⁵ Conforme se verá adiante, tais valores ficarão ainda mais claros quando visualizados a luz da jurisprudência, dado a existência de menções expressas à institutos próprios de ideologias políticas.

5.1.1 A SUPREMA CORTE NORTE AMERICANA: PRECEDENTES JURÍDICOS

Em 1952, foram distribuídos panfletos, na cidade de Chicago, permeados por conteúdos racistas e difamatórios, a fim de convocar a população branca à luta contra a miscigenação racial, tendo em vista que, para o emissor da mensagem, a população negra era responsável pela prática das mais variadas atrocidades, tais como estupros e roubos, inicia-se assim o caso *Beauharnais v.s. Illinois*. Diante de nefasta manifestação, a corte judicial do estado de Illinois, respaldada por uma lei estadual que tipificava tais condutas, entendeu que, a prática do réu não se encontrava abrangida pela tutela da livre expressão, o que culminou em sua condenação ao pagamento de uma multa no importe de duzentos dólares. Esta posição foi mantida pela Suprema Corte norte-americana, para quem o exercício da opinião não comportaria práticas difamatórias.²⁷⁶

Esta posição adotada no julgado supracitado revela que, nem mesmo a liberdade de expressão no sistema norte-americano deve ser considerada absoluta, o seu exercício deverá respeitar certos limites, sendo a abstenção de práticas difamatórias um deles.²⁷⁷ Mas essa

²⁷⁴ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 28.

²⁷⁵ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 11.

²⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 11.

²⁷⁷ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 216.

posição não exclui os demais precedentes à configuração de uma liberdade de pensamento robusta, como se atesta no caso *Brandenburg v.s. Ohio*, no qual, a Corte constitucional desse país reformou a condenação de Clarence Brandenburg, líder religioso do grupo Ku Klux Klan, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei do estado de Ohio, responsável por estabelecer a ilicitude de práticas direcionadas à discriminação. Para esse órgão, só caberia restrições no âmbito da opinião quando estas simbolizassem um real perigo à disseminação de práticas ilícitas, consagrando a tese do “imminent lawless action”.²⁷⁸

Para João Trindade Cavalcante Filho, o julgamento de *Brandenburg* é uma verdadeira prova da interpenetração entre os sistemas político e jurídico, já que em sua decisão judicial materializa-se argumentos próprios do pensador liberal Stuart Mill, como forma de respaldar as justificativas jurídicas que levaram a reversão da condenação pelas práticas discriminatórias.²⁷⁹ Este julgado, aponta, claramente, a tendência norte-americana em acolher os discursos de ódio, por mais cruéis e repulsivos que possam ser, todavia, tal inclinação não está alheia a críticas, para aqueles contrários à permissividade frente à disseminação do ódio, esse posicionamento revelaria a própria fragilidade de um sistema pautado pela ausência de coação estatal, em nome de sua neutralidade.²⁸⁰

Outra emblemática jurisprudência estadunidense que vale a pena mencionar diz respeito ao caso *Skokie v.s. NSPA* em que, discutiu-se a legitimidade do partido nacional-socialista da América para o exercício de manifestação em um bairro do município de Chicago, marcado por uma maioria populacional judia. Apesar das tentativas do município, a corte estadual de Illinois entendeu pela licitude das formas de expressão pretendidas pelo grupo, o que não apresentou efetividade no caso em si, haja vista que, optou-se de livre e espontânea vontade pelo exercício desse direito em localidade diversa, segundo proteção das forças policiais, dado os riscos de violência e ataques aos quais estavam submetidos os intolerantes. Nesse sentido, a proteção estatal dada a esse grupo reflete, sob um olhar crítico, uma comprovação incontestável da tutela norte-americana sobre a integridade das ideias, mesmo daquelas moralmente reprováveis.²⁸¹

Essa pequena coletânea de casos ocorridos no seio da sociedade estadunidense expressa a tentativa desse Estado em transpor ao direito, notadamente ao que concerne à liberdade de

²⁷⁸ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 217.

²⁷⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 97 a 103.

²⁸⁰ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 12

²⁸¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 103 a 106.

expressão, a lógica própria dos mercados, tão valorizados em sua cultura, mas essa empreitada falha ao presumir que, tais fundamentos sejam suficientes para fornecer uma resposta adequada ao discurso de ódio, do ponto de vista humanitário, isso porque, “a efetividade dos direitos fundamentais não é coerente com a busca do lucro como meta primordial”.²⁸² Como se verá, essa perspectiva não será reproduzida na Alemanha, país em que vigora um forte sentimento coletivo, assim, de forma totalmente oposta aquilo que se vê nos Estados Unidos, essa nação europeia se preocupará, antes de mais nada, com primazia dos interesses sociais, sem menosprezar, naquilo que couber, os direitos individuais de seus titulares.

5.2 A ALEMANHA COMUNITÁRIA

Assim como nos EUA, a liberdade de expressão constitui um direito fundamental extremamente essencial à democracia alemã, a sua relevância pode ser traduzida segundo a sua propensão à formação da personalidade humana e, de forma mais profunda, à construção de uma democracia fortalecida pelos ditames do debate público.²⁸³ Mas, ao contrário do que ocorre naquele primeiro país, em solo alemão, o valor em menção não ganha contornos tão amplos, tampouco excederá os limites impostos pelos demais direitos fundamentais, afinal, subsiste nesse país, uma valoração extremamente forte dos ideais de bem comum os quais, não devem ser, em qualquer hipótese, sacrificados em benefício dos interesses individuais.²⁸⁴ A esta noção coletiva largamente difundida nesse território, dá-se o nome de comunitarismo.

Dessa maneira, a partir dessa perspectiva ideológica, formada através da junção entre determinadas ideologias políticas adversas ao ideal liberal, busca-se salientar a figura da comunidade, em detrimento do sujeito individualmente considerado. Em outras palavras, os interesses e o bem estar da sociedade como um todo serão tão importantes à democracia como a realização individual de cada ser humano, razão pela qual, ao Estado é permitido e, inclusive, devido a ação de intervir e encorajar determinados discursos e perspectivas de vida mais saudáveis ao ambiente público.²⁸⁵ Parte disso, se justifica em decorrência da história alemã,

²⁸² TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 63.

²⁸³ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Tradução de Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. **Revista Direito Público**, [S.L.], v. 4, n. 15, p. 117-136, jan. 2007, p. 123.

²⁸⁴ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 30 e 31.

²⁸⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 71 a 73.

sobretudo ao que remete à segunda guerra mundial, quando essa nação cedeu espaço às doutrinas e práticas genocidas e discriminatórias do nacional-socialismo.²⁸⁶

Em vista disso, as manifestações cujo teor discriminatório tende a sobressair não são bem recepcionadas pelo direito alemão, o seu conteúdo, pobre em termos valorativos à democracia, e a sua inclinação à subversão do direito à igualdade e da dignidade da pessoa humana privam o seus fundamentos da legitimidade que lhe seria conferida, eventualmente, sobre o pretexto da liberdade de opinião.²⁸⁷ Na verdade, a própria natureza e consequência retiram suas possibilidades de êxito em solo Alemão, principalmente, pois, neste prepondera a perspectiva por meio da qual não se deve tolerar, ou sequer dar margens, aqueles que possam colocar em risco a manutenção e a estabilidade do Estado Democrático de Direito, o que se convencionou chamar de democracia militante.²⁸⁸

Nesse sentido, apontando os reflexos destrutivos do discurso de ódio à sociedade, segundo a perspectiva da democracia militante, João Trindade Cavalcante Filho discorre:

[...] já é possível entrever que o comunitarismo tende a enxergar o discurso de ódio de maneira substancialmente mais restritiva do que o liberalismo. Ao passo que os teóricos liberais tendem a aceitar o discurso do ódio, por entenderem que o Estado não deve ser fiscal das ideias que podem ou não ser sustentadas, os comunitaristas tendencialmente aceitam as restrições ao hate speech. As justificativas para essa limitação vão desde a assunção de que o discurso de ódio deve ser desencorajado, por ser danoso à ideia de pertencimento do outro e do ideal de fortalecimento dos laços comunitários, até a defesa de uma democracia militante, que se defenda daqueles que, se pudessem, a suprimiriam.²⁸⁹

Esse viés protetivo à honra, dignidade e igualdade social aptos, até mesmo, a suprimir formas de expressão, quando estas se materializam sob condutas abusivas, se concretiza por meio de dispositivos presentes na própria lei fundamental. É por esse motivo que, o seu artigo 9 condena associações entre sujeitos para fins lesivos à pacificidade entre os cidadãos e ao regime democrático. Mas esse documento ainda segue além, ao determinar, em seu artigo 18, a possibilidade de se privar dos direitos fundamentais aqueles que, no exercício abusivo destes

²⁸⁶ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Tradução de Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. *Revista Direito Público*, [S.L.], v. 4, n. 15, p. 117-136, jan. 2007, p. 127.

²⁸⁷ ANDRADE, André. *Liberdade de expressão em tempos de cólera*. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 227.

²⁸⁸ SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Rio de Janeiro, 2016, p. 21.

²⁸⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão*. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 73.

se proponham a subverter a constituição e a democracia e, mais a frente, sob a disciplina do artigo 21, vedará a instituição de partidos políticos contrários aos ideais democráticos.²⁹⁰

A propensão jurídica alemã à vedação dos discursos de ódio ainda se estende para a sua legislação ordinária, dessa maneira, práticas como a negação de fatos históricos, tal como as manifestações negacionistas do holocausto, têm repercussões diretas sobre a honra de determinados grupos, dessa forma, sua natureza assumiria a forma de difamação a grupos e incitação ao ódio, segundo entendimento jurisprudencial desse país.²⁹¹ De outro modo, a coibição das opiniões intolerantes ainda recairá sobre os meios de comunicação, estes, marcados por sua ampla capacidade de difusão, estarão desautorizados a cessão de espaço para a divulgação e promoção da discriminação, do preconceito e de outras formas de lesões aos grupos socialmente vulneráveis.²⁹²

Conforme se atesta, a valorização da convivência social, próprios de uma ideologia social-democrata expressa segundo a lógica do comunitarismo, bem como os fundamentos jurídicos nos quais ela se pauta, tais como a igualdade, a dignidade e a honra, configuram diretivas indeclináveis à compreensão da perspectiva alemã em face da liberdade de expressão e de seus desdobramentos, enquanto exercida sob a modalidade de intolerância.²⁹³ Estas influências relativas aos modos de lidar e solucionar as consequências advindas do ódio ficam ainda mais claras quando contrapostas diante do plano concreto, razão pela qual, é imprescindível a abordagem do discurso de ódio sob a ótica da jurisprudência alemã.

5.2.1 *O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO: JURISPRUDÊNCIAS EM MATÉRIA DE DISCURSO DE ÓDIO*

Não é novidade nenhuma que, em matéria de discurso de ódio, a Alemanha tende a repreender veemente discriminações que recaiam, sobretudo, nos povos judeus, dado o seu histórico passado de perseguição a esses grupos sociais. Assim, um dos casos alemães mais emblemáticos corresponde, justamente, à vedação imposta pelo estado da Baviera a um

²⁹⁰ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 21.

²⁹¹ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Tradução de Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. **Revista Direito Público**, [S.L.], v. 4, n. 15, p. 117-136, jan. 2007, p. 131 e 132.

²⁹² REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 31.

²⁹³ NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 323.

congresso de extrema-direita, uma vez que, estes receberiam, como palestrante, o historiador revisionista David Irving. A proibição determinada ao congresso não recaía propriamente a sua concretização, na verdade, as autoridades alemãs buscavam condicionar a legitimidade de sua realização ao compromisso de que não fossem sustentadas teses negacionistas à ocorrência do holocausto, já que, segundo elas, tais práticas configurariam formas discursivas danosas à honra dos povos judeus e, em última análise, estariam proibidas pelo próprio direito Alemão sob a forma da tipificação de injúria.²⁹⁴

Nestas circunstâncias, tanto as cortes infraconstitucionais, quanto o Tribunal Constitucional Federal alemão entenderam pela legitimidade das restrições impostas sobre o congresso, sob a justificativa de que, opinião e fatos não correspondem em identidade, o que significa dizer que, diferentemente do que ocorre sobre meros pensamentos, as hipóteses fáticas estão submissas a um juízo de veracidade, razão pela qual não se cogitaria de proteção da livre expressão nas circunstâncias apresentadas.²⁹⁵ Ademais, a decisão proferida pela corte suprema se destacou pelo emprego de argumentos cognitivos de natureza preponderantemente comunitaristas, ao destacar a importância de se olhar para os indivíduos como parte integrante de um grupo, em outras palavras, seu pertencimento a um grupo constituiria parte de sua identidade, dessa maneira, negar um fato próprio a história da comunidade judia configuraria, em linhas gerais, uma ofensa à figura desse povo.²⁹⁶

Por outro lado, em contraposição a esse julgado, o Tribunal Constitucional alemão já entendeu como violação da liberdade de expressão, a restrição à divulgação e comercialização de livro cujo teor não se destinava propriamente à negação do holocausto, mas tão somente a comprovação de que o desencadeamento da segunda guerra mundial e suas consequências não estariam relacionadas à Alemanha, mas sim com as ações de seus inimigos políticos. Nessa situação, entendeu o órgão jurisdicional que a argumentação não se prestava a modificar fatos históricos comprovados, na verdade, estar-se-ia diante de uma manifestação de opinião surgida a partir da interpretação de determinados acontecimentos, não justificando, portanto, as limitações sobre o conteúdo da livre manifestação de pensamento.²⁹⁷ Assim, depreende-se que,

²⁹⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 131.

²⁹⁵ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 22 e 23.

²⁹⁶ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 134 e 135.

²⁹⁷ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 23.

mesmo na Alemanha, onde se dá ampla valorização à dignidade, à igualdade e à convivência social, a liberdade de expressão não deve ser suprimida a todo e qualquer custo, cabendo analisar-se as circunstâncias fáticas em que encontram-se inseridos os casos.²⁹⁸

Por fim, vale a pena comentar o caso Tucholsky II em que, alguns manifestantes teriam disseminado panfletos comparando soldados à figura de assassinos, resultando na condenação desses indivíduos por lesar a imagem da comunidade militar. Mas tal penalidade não se manteve, a jurisdição superior alemã reformou a decisão para conferir liberdade aos manifestantes sob a alegação de que, estes estariam protegidos pela liberdade de expressão na circunstância aventada. Isso porque, para essa entidade, tratou-se de uma hipótese de crítica ao sistema militar, dessa maneira, entendeu-se que, nem mesmo o Estado e suas instituições estariam isentos de críticas, caso contrário estar-se-ia cerceando o debate público e a circulação de opiniões na sociedade.²⁹⁹

As jurisprudências alemãs levantadas revelam uma inclinação ao emprego de perspectivas mais humanitárias como resposta às manifestações e práticas discriminatórias, quando comparadas àquelas analisadas no âmbito norte-americano. Além disso, o seu teor exprime uma verdadeira ponderação entre os bens jurídicos em jogo, de tal modo que, a dignidade e a igualdade constituem valores tão essenciais quanto a liberdade de expressão à sustentação e proteção da democracia vigente na Alemanha.³⁰⁰ Isso não implica em uma derrocada à livre manifestação de pensamento sempre que esta seja contraposta à outros valores constitucionalmente tutelados, em verdade, as circunstâncias fáticas é que determinarão quais caminhos jurídicos a serem seguidos naquele país.³⁰¹ Mas, essa cautela em lidar com as limitações ao conteúdo das opiniões, sem o menosprezo das demais garantias fundamentais não configura uma característica inerente apenas à Alemanha, a sua abordagem apenas seguirá a tendência presente nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, conforme se verá a seguir.

²⁹⁸ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Tradução de Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. *Revista Direito Público*, [S.L.], v. 4, n. 15, p. 117-136, jan. 2007, p. 124.

²⁹⁹ SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Rio de Janeiro, 2016, p. 24.

³⁰⁰ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira*: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 130.

³⁰¹ ANDRADE, André. *Liberdade de expressão em tempos de cólera*. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 227.

5.3 O DISCURSO DE ÓDIO SOB A ABORDAGEM JURÍDICA INTERNACIONAL

No plano jurídico internacional, há inúmeros tratados e documentos jurídicos disciplinando a tutela da liberdade de opinião, bem como o respeito à igualdade e o repúdio às práticas discriminatórias, dentre esses, destaca-se a Convenção Internacional para Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (CIEDR) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP). De um modo geral, a convenção supracitada estabelece em seu artigo 4º a vedação às práticas de incitação ao ódio, tendo em vista não apenas as suas repercussões sobre as suas vítimas, mas também sobre a sociedade como um todo. Seu teor expressa um consenso entre a comunidade internacional, para esta não haveria “qualquer motivo justificável para a discriminação entre raças, já que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa”.³⁰²

Mas o âmbito de incidência dessa norma gravada na CIEDR não deve ser interpretado sob uma perspectiva restritiva ampla, os seus contornos somente abrangerão expressões de calúnia, escárnio ou injúria, quando estas assumirem a natureza de incitação, ou seja, se tornarem aptas a mobilizar uma parcela do público disposta a reproduzir as mensagens de ódio e, em casos extremos, exercer violência física sobre as vítimas.³⁰³ Ademais, ao artigo 4º da convenção também circunscreve-se uma condição especial, a conduta discriminatória e de incitação a ser compreendida em sua aplicação dependerá da existência incontestada da intenção do emissor, não bastando o elemento culpa, refletido por práticas negligentes ou imprudentes.³⁰⁴

Por outro lado, reserva-se um lugar privilegiado à opinião e a sua não restrição segundo os ditames dos Artigos 18, 19.1 e 19.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o que revela um dado importante sobre a perspectiva internacional quanto às restrições aos direitos humanos, conforme compreendido por essa comunidade, limitações e cerceamentos que recaiam sobre a liberdade de expressão constituem-se hipóteses excepcionalíssimas, assim, a regra é pela proteção às manifestações de pensamento. Nesse sentido, algumas formas restritivas da intolerância estariam prejudicadas, de acordo com a visão

³⁰² REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 36.

³⁰³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**, [s.l.], 2019, p. 9.

³⁰⁴ AMNESTY INTERNATIONAL, 2010, p. 27 apud AMNESTY INTERNATIONAL, **Written contribution to the thematic discussion on racist hate speech and freedom of opinion and expression organized by the United Nations committee on elimination of racial discrimination**, [s.l.], 2012, p. 3

internacional dos direitos humanos, como por exemplo, a leis que tipificam a blasfêmia e a negação de fatos históricos.³⁰⁵

Com relação às restrições ao ódio, o PIDCP distingue duas modalidades do ódio, resultando na aplicação de dispositivos diversos, conforme se enquadre determinada expressão em uma das classificações. Dessa maneira, em face das práticas intolerantes que configurem incitação, deve-se fazer uso das disposições concernentes ao Artigo 20 desse documento internacional, implicando na obrigatoriedade da restrição a essas formas de discurso pelos países signatários. Todavia, nem toda forma de intolerância terá o condão de repercutir ao ponto de se configurar um estímulo à audiência, assim, às manifestações de pensamento que não tenham teor de instigação, poderão ser aplicada restrições, desde que atendidos os requisitos constantes no artigo 19.3 do PIDCP.³⁰⁶

Nesse contexto, são três os requisitos presentes no Artigo 19.3 do PIDCP, quais sejam, a legalidade, a legitimidade e a necessidade ou proporcionalidade. Assim, em um primeiro momento, restrições à liberdade de expressão como forma de coibir o ódio deverão ocorrer necessariamente sob a natureza de lei, valendo destacar que, estas deverão obrigatoriamente possuir um conteúdo clara e restrito, sob pena de proporcionar margem a arbitrariedades. Somado a isso, deverá haver uma justificativa plausível para a limitação que se pretenda impor, à proteção aos direitos de terceiros e a tutela da ordem e segurança pública seriam uma exemplificação, nos termos do Pacto. Por fim, é imprescindível a submissão das restrições ao crivo da necessidade e proporcionalidade, a fim de se constatar a inexistência de outras formas mais brandas de resposta aos discursos de ódio.³⁰⁷

Mas a limitação do ódio, sob formas mais brandas, não deve se ater necessariamente à sua criminalização, na verdade, conforme adverte as Nações Unidas, deve-se priorizar formas alternativas de solução dos conflitos gerados pela intolerância, seja a partir de reparações em âmbito civil ou administrativo, seja pelo estabelecimento de políticas públicas voltadas ao acolhimento das vítimas, à reeducação dos intolerantes e à erradicação das condutas discriminatórias.³⁰⁸ Aliás, esta é uma premissa inequívoca no direito internacional, em matéria de liberdade de expressão e discurso de ódio, mais do que solucionar as questões por meio da

³⁰⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression.**, [s.l.], 2019, p. 5 e 8.

³⁰⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression.**, [s.l.], 2019, p. 9 e 10.

³⁰⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression.**, [s.l.], 2019, p. 5.

³⁰⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations strategy and plan of action on hate speech.** [s.l.], 2020, p. 5 e 6.

lógica proibicionista, é necessário aos Estados a adoção de medidas positivas no combate à discriminação e ao preconceito, visto que, estes não deixarão de existir apenas por estarem vedados às pessoas.³⁰⁹

Diversamente, a intolerância em seus níveis mais altos, materializada principalmente sob o aspecto de instigação à discriminação, segregação e genocídio tende a caminhar no sentido da tutela penal, dada a sua gravidade e potencial para efeitos desastrosos.³¹⁰ Por essa razão, entende-se indispensável à aplicação do teste de seis partes de Rabat, como forma de assegurar que nenhuma opinião seja reprovada criminalmente sem um motivo para isso. Portanto, o enquadramento de formas de expressão nos moldes do artigo 20 do PIDCP e do artigo 4 da CIEDR dependerão de juízos acerca do conteúdo e forma do discurso, das circunstâncias econômicas, sociais e políticas no momento da mensagem, da posição ou status do emissor, do alcance e finalidade do discurso e, finalmente, da probabilidade de aderência do público à instigação.³¹¹

Isto não significa que todos os casos de incitação devam necessariamente sofrer uma resposta ferrenha do direito penal, para a ONU é totalmente aceitável, em determinadas circunstâncias, uma solução alternativa, como por exemplo sanções administrativas, desde que elas se mostrem suficientes ao fato lesivo. A título ilustrativo:

Indeed, the Committee has already acknowledged this on at least one occasion. In finding that Germany had not violated Article 4(a) by failing to prosecute the author of a ‘discriminatory, insulting and defamatory,’ public letter, the Committee noted, inter alia, that the letter had already ‘carried consequences for its author, as disciplinary measures were taken against him.’ Specifically, the author was suspended from his job in the police commissariat. Such an approach, which takes account of the necessity and proportionality of restrictions, is consistent with the right to freedom of expression. The Human Rights Committee has reasoned similarly. In *Ross v. Canada*, a school teacher was removed from his teaching position as a result of anti-Semitic statements, followed by reinstatement in a non-teaching position after a period of unpaid suspension. The Human Rights Committee found no violation of freedom of expression and noted approvingly that ‘the restriction thus did not go any further than that which was necessary to achieve its protective functions’.³¹²

³⁰⁹ AMNESTY INTERNATIONAL, 2010, p. 27 apud AMNESTY INTERNATIONAL, **Written contribution to the thematic discussion on racist hate speech and freedom of opinion and expression organized by the United Nations committee on elimination of racial discrimination**, [s.l.], 2012, p. 8 e 9.

³¹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations strategy and plan of action on hate speech**. [s.l.], 2020, p. 5.

³¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations strategy and plan of action on hate speech**. [s.l.], 2020, p. 5, 6 e 7.

³¹² De fato, o comitê já reconheceu isto pelo menos em uma ocasião. Ao achar que a Alemanha não violou o artigo 4º ao não processar o autor de discriminação, insulto e difamação, em uma carta pública, o Comitê entendeu que, entre outras coisas, a carta já havia gerado consequências para esse autor, como as medidas disciplinares tomadas contra ele. Especificamente, o autor foi suspenso do seu emprego na polícia. Tal abordagem, que leva em conta a necessidade e proporcionalidade das restrições, é compatível com o direito à liberdade de expressão. O comitê de direitos humanos raciocinou similarmente, em *Ross vs. Canadá*, em que um professor foi removido de sua posição como professor em decorrência de posições anti-semitas, seguido por uma reinserção em uma posição de não

Em consonância com tudo isso, vale a pena mencionar a síntese dos entendimentos internacionais, em especial daqueles produzidos pelas Nações Unidas, em uma série de disposições denominadas de Princípios de Camden. De forma mais aprofundada, essas diretrizes refletem uma tentativa de padronização das diretivas internacionais e das tendências nacionais, adotadas por inúmeros países, em matéria de liberdade de expressão. Seu conteúdo reforça as compreensões consonantes às restrições sobre a liberdade de expressão, definindo a necessária aplicação do teste de três partes (legalidade, legitimidade e necessidade ou proporcionalidade) e determina a adoção de medidas diretas de combate ao discurso de ódio que constitua incitação, definindo e esclarecendo os caminhos e soluções a serem adotadas em face desse fenômeno tão controvertido, ratificando todos os parâmetros mencionados anteriormente.³¹³

Enfim, existe uma tendência internacional em lidar com o discurso de ódio através de uma abordagem cautelosa, dada a importância da liberdade de expressão e os riscos de sua limitação à sustentabilidade das democracias. Ao que parece, a reserva de medidas mais severas de contingência ao ódio só deverá ser utilizada, quando este assumir proporções amplas, tal como ocorre sob a forma do incitamento e da instigação, mas essa diretiva não deve ser o único caminho a ser tomado, juntamente a ela, recomenda-se a adoção de uma abordagem holística, permitindo não só a restrição dos discursos lesivos aos grupos estigmatizados, como também a colocação em prática de ações e políticas públicas que, somadas aquela, repercutirão de forma ampla no combate às formas discriminatórias de discurso.³¹⁴ Como se verá adiante, talvez, ao menos formalmente, haverá uma proximidade brasileira às propostas e diretrizes apontadas em âmbito internacional, o que não eliminará as peculiaridades e desafios desse país em lidar com o discurso de ódio, haja vista a subsistência da desigualdade e discriminação como problemas crônicos a sua realidade.

professor após um período de suspensão. O comitê de direitos humanos não encontrou violação à liberdade de expressão e notou que ‘as restrições não devem ir além do necessário para alcançar sua função protetiva’. Cf. AMNESTY INTERNATIONAL, 2010, p. 27 apud AMNESTY INTERNATIONAL, **Written contribution to the thematic discussion on racist hate speech and freedom of opinion and expression organized by the United Nations committee on elimination of racial discrimination**, [s.l.], 2012, p. 5.

³¹³ ARTIGO 19. **Princípios de Camden sobre liberdade de expressão e igualdade**. Londres, 2009, p. 2, 4, 9 e 10.

³¹⁴ , **Written contribution to the thematic discussion on racist hate speech and freedom of opinion and expression organized by the United Nations committee on elimination of racial discrimination**, [s.l.], 2012, p. 8 e 9.

6 O BRASIL MULTICULTURAL

Quando se fala em Brasil, permeia na sociedade, especialmente entre os forasteiros, a imagem de uma nação marcada por um clima festivo e contagiante em que, a diversidade de povos, típica dessa nação, pactua uma aliança em meio ao futebol, ao samba, às festas carnavalescas. Mas esse retrato, longe de corresponder à realidade dessa nação, não se originou espontaneamente, na verdade, a sua formação histórica se inicia nas raízes desse país, através do encontro entre portugueses e nativos, do tráfico negreiro e, por conseguinte, das políticas de imigração exercidas ao longo do tempo.³¹⁵ De outra forma, em termos políticos e jurídicos, subsistirá, no decorrer de toda a sua evolução temporal, um descaso ao reconhecimento de determinados grupos sociais, dado as relevâncias, peculiaridades e valores próprios dos séculos passados.³¹⁶

À medida que se reconheceu a necessidade do rompimento com a velha cultura escravocrata, bem como a inevitabilidade de uma evolução a novos parâmetros de definição social, adota-se, nesse país, uma postura de negação das atrocidades passadas, representadas pelo ideal ardil da democracia racial pacífica³¹⁷ e do brasileiro afetuoso³¹⁸, assim, subscreve-se no ideário dessa nação, a falaciosa premissa de uma sociedade livre e isenta de práticas racistas e discriminatórias, ao mesmo tempo em que são reforçados os utopismos da meritocracia. A repercussão dessas perspectivas no universo jurídico não poderia ser outra, é consolidado no direito, a figura abstrata do ser humano, em detrimento da crescente demanda pelo reconhecimento da diversidade dos sujeitos, enquanto seres dotados de particularidades.³¹⁹

Nesse sentido, apenas a partir de 1988, sob a égide da nova Constituição Federal, se falará em um reconhecimento e tutela da pluralidade dos sujeitos em território nacional, desvinculando-se da desastrosa visão universalizada do ser humano.³²⁰ Dessa maneira, são dados alguns passos em direção à identidade multicultural brasileira e aos problemas dela

³¹⁵ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 241.

³¹⁶ SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. O exame da igualdade por Amartya Sen, o multiculturalismo da Constituição brasileira e as populações tradicionais. **Revista Jurídica da Presidência**, [s.l.], v. 19, n. 117, p. 173.

³¹⁷ DOMINGUES, P. O mito da democracia racial e a mestiçagem no Brasil (1889-1930). **Diálogos Latinoamericanos**, [s. l.], v. 6, n. 10, p. 16, 2005, p. 116.

³¹⁸ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 242.

³¹⁹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 70.

³²⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 70.

decorrentes,³²¹ buscando a superação dos estigmas históricos que recaem sobre determinados grupos sociais e alvejando a integração destes no ambiente público, segundo a lógica da cidadania partilhada.³²² Ademais, a dignidade da pessoa humana e a superação das desigualdades foram encabeçadas, respectivamente, como preceito fundante e objetivo constitucional, trazendo aos direitos uma dimensão mais humanitária que se irradiará por todo o ordenamento, inclusive, para o próprio contraponto entre direito à igualdade e direito às diferenças, tão relevante para as sociedades plurais e heterogêneas.

Em que pese tal avanço concatenado pela nova ordem constitucional, não há como ignorar a resistência à superação dos discursos voltados à falácia da democracia racial, habitada por uma população pacífica e tolerante, estes levarão a uma perpetuação, nos mais variados segmentos, de manifestações e práticas de intolerância, dotadas de uma natureza odiosa, algumas vezes, reproduzidas inconscientemente ou de forma implícita. Dessa maneira, a multiculturalidade, até então entendida como amistosa, dará lugar às mais variadas formas de ódio e de subversão do diferente, manifestando-se, dentre outras maneiras, a partir do racismo, da homofobia, da transfobia, da xenofobia e do machismo.³²³ Assim, no Brasil, persistirá a figura de uma sociedade estratificada, desigual e fortemente amparada sobre a “assimetria entre as pessoas para o acesso aos direitos e submissão aos deveres impostos pela ordem jurídica.”³²⁴

Segundo Daniel Sarmiento, essa desigualdade, para além do viés monetário e financeiro dos indivíduos, recairá sobre suas identidades, assinaladas pelas diferenças que carregam, formando uma realidade caótica. Nestes termos:

De todo modo, na esfera social, as pessoas são e sempre foram percebidas no Brasil como seres situados, inseridos numa teia de relações sociais constitutivas de sua identidade. Todavia, esse enraizamento nunca funcionou como um elemento emancipatório, que propiciasse proteção mais integral aos direitos e necessidades das pessoas vulneráveis. Trata-se exatamente do contrário: um enraizamento de feições pré-modernas, em que o status jurídico da pessoa se relaciona, na prática, a elementos como classe social, cor, profissão, relações familiares e de amizade do indivíduo. [...] A desigualdade, para empregar a categoria de Pierre Bourdieu, inscreve-se no habitus do brasileiro, instalando-se abaixo do nível da nossa consciência racional. Ela se deposita muito no fundo da nossa compreensão do mundo e passa a pautar o nosso comportamento espontâneo e pré-reflexivo. Cada um “aprende o seu lugar” e tende a

³²¹ SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. O exame da igualdade por Amartya Sen, o multiculturalismo da Constituição brasileira e as populações tradicionais. *Revista Jurídica da Presidência*, [s.l.], v. 19, n. 117, p. 178 e 179.

³²² BERTASO, João Martins; ROCHA, Leonel Severo. Olhar sistêmico sobre cidadania e diversidade Cultural. *Revista Direito Público*, [s.l.], v. 13, n. 75, 2017, p. 3 e 4.

³²³ ANDRADE, André. *Liberdade de expressão em tempos de cólera*. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 242.

³²⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 70.

agir automaticamente de acordo com essas regras implícitas da nossa gramática social.³²⁵

Essa perspectiva supracitada reflete a insuficiência das diretrizes constitucionais quando desacompanhadas de outras medidas, como a adoção de políticas públicas aptas a sanar ou, ao menos, estreitar as desigualdades, interrompendo as práticas discriminatórias. De outro modo, nessa nação, o discurso de ódio tenderá a se retroalimentar, o que significa que, inexistindo uma ancoragem entre o reconhecimento das diferentes identidades sociais e a sua promoção, condicionando os diferentes grupos vulneráveis as mesmas oportunidades de voz no debate público, a intolerância e a discriminação se reproduzirão de uma geração a outra, até que consequências mais graves possam proliferar.³²⁶

Nesse contexto, sendo a sociedade brasileira impregnada por uma visão estratificada em que, mesmo os grupos vulneráveis e mais prejudicados com essa configuração assumem seu papel pacificamente no cenário, o desfecho lógico às manifestações intolerantes e preconceituosas não será diverso, senão um efeito silenciador demasiadamente poderoso. Isso porque, não havendo a promoção da diversidade de identidades sociais, garantindo a paridade de vozes na esfera nacional, tampouco a superação de ideologias discriminatórias enraizadas no próprio imaginário do brasileiro, o exercício de direitos, especialmente os políticos, pelas classes marginalizadas restará prejudicado, o que terá repercussões diretas sobre o reconhecimento cultural e social desses segmentos comumente excluídos do debate público e da vida em comunidade.³²⁷

Para Marcelo Neves, a desigualdade não subsiste apenas como fenômeno social, ela ecoará por todos os sistemas que conformam a sociedade, inclusive, pelo direito. Dessa maneira, poder-se-ia falar em um sistema jurídico brasileiro alopoiético, ou seja, fortemente influenciado pelos demais aparatos estruturantes da ordem, como a moral e a política, tornando-se suscetível a arbitrariedades e à corrupção sistêmica, de tal modo que, estas ocorreriam, para além dos processos de criação da norma, sobre os procedimentos de interpretação e aplicação do direito.³²⁸ Assim, o discurso de ódio constituiria uma ferramenta das classes dominantes, estas, por gozarem de amplo acesso aos aparatos estatais, os subverteriam aos seus interesses,

³²⁵ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 70 a 73.

³²⁶ SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. O exame da igualdade por Amartya Sen, o multiculturalismo da Constituição brasileira e as populações tradicionais. **Revista Jurídica da Presidência**, [s.l.], v. 19, n. 117, p. 179.

³²⁷ BERTASO, João Martins; ROCHA, Leonel Severo. Olhar sistêmico sobre cidadania e diversidade Cultural. **Revista Direito Público**, [s.l.], v. 13, n. 75, 2017, p. 4.

³²⁸ NEVES, Marcelo, 1994, p. 253 a 276 apud SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 74.

podendo, até mesmo, “se evadir aos limites que a ordem jurídica impõe à sua conduta e, quando vulneram tais proibições, quase sempre ficam impunes”.³²⁹

Como atestado, a dinâmica social brasileira está muito além da sua imagem pacifista ostentada por muitos séculos, a sua diversidade de povos e culturas esconde um acentuado fenômeno de desigualdade e preconceito. Todavia, as novas demandas cidadãs, patrocinadas principalmente pelos novos meios de comunicação, revelam grupos sociais, até então excluídos, dispostos a reivindicar, muito mais do que apenas a tolerância da sua identidade e cultura, a sua condição como sujeito de direito, tão atacada pelos discursos de ódio, como forma de conquistar o seu espaço e voz nas democracias.³³⁰ Esta crescente demanda encontrará sua fundamentação e tutela não apenas em uma leitura mais humanitária da liberdade de expressão segundo a nova ordem constitucional, como também em todo um aparato infraconstitucional de repreensão aos discursos que ultrapassarem os contornos da livre expressão.

6.1 OS LIMITES LEGAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Receoso pelos precedentes históricos ditatoriais, os quais são lembrados por uma política militar de censura e retaliação às opiniões contrárias ao poder público, o constituinte de 1988 se dedicou a traçar um amplo panorama à liberdade de expressão na nova ordem constitucional, disciplinando-a extensivamente ao longo de todo o documento jurídico.³³¹ Assim, o seu primeiro desdobramento encontrará amparo no inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal, declarando a liberdade de pensamento, mas condicionando-a ao não anonimato. Dessa maneira, tem-se a primeira exceção direta à liberdade de expressão, esta não garantirá guarida aqueles que, no exercício desproporcional desse direito, vierem a provocar dano à ordem jurídica e a terceiros.³³²

Mais adiante, o poder constituinte originário ratificará a livre expressão, segundo a forma das artes, da ciência, da comunicação, do intelecto e do pensamento, dando plenitude de eficácia a essa garantia, à medida em que se consagra o princípio da proscrição da censura, repudiando qualquer ato ilegítimo de limitação à expressão, nos moldes do Artigo 5º, IX da

³²⁹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 75.

³³⁰ BERTASO, João Martins; ROCHA, Leonel Severo. Olhar sistêmico sobre cidadania e diversidade Cultural. **Revista Direito Público**, [s.l.], v. 13, n. 75, 2017, p. 10, 11 e 16.

³³¹ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 31.

³³² ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 117.

Constituição. Tão importante se mostrará esse direito e o repúdio às práticas de censura que, o legislador voltará, mais uma vez, a mencioná-los no Artigo 220 desse mesmo documento, reforçando o temor às ingerências no âmbito protetivo da liberdade de expressão, haja vista o sombrio passado brasileiro, durante o nefasto período ditatorial. Mas a recriminação dessa prática não se subscreve apenas às ações estatais, na verdade, ela valerá para qualquer órgão, seja ele privado ou público, capaz de efetivar alguma restrição, de maneira arbitrária, tendo em vista a função por ele desempenhada.³³³

Conforme apurado, o nebuloso passado brasileiro implicou em uma robusta tentativa de tutelar as manifestações de pensamento dos sujeitos de direito, tendo em vista a relevância e os benefícios dessa garantia aos indivíduos e à própria democracia, contudo, isso não implica na adoção de uma perspectiva absoluta desse direito no ordenamento jurídico pátrio, afinal, ao mesmo tempo em que se sagrou uma proteção reforçada à opinião, o poder constituinte assegurou, explicitamente, a presença de determinados freios ao direito em voga que se operacionalizarão tanto a partir da ótica cível, como através da tutela criminal. No primeiro caso, ter-se-á a figura do direito de resposta e dos danos morais, já no segundo, legitima-se a positivação dos crimes de injúria, calúnia, difamação e racismo.³³⁴

Com relação ao direito de resposta, este encontra-se consagrado no inciso V do Artigo 5º da lei maior e é caracterizado por seu efeito dúplice, isto é, constitui uma forma de limitação ao exercício desproporcional da opinião para aquele que veicula a mensagem e, concomitantemente, representará uma forma de assegurar a integridade dos sujeitos que teriam sua identidade violada por aquele primeiro.³³⁵ Ao lado desse, é assegurado o direito à indenização por danos morais ou materiais, em virtude de lesão a direitos personalíssimos de terceiros (Art. 5º, X, CF/88), o que significa que, nem mesmo a opinião gozará de uma amplitude extremada ao ponto de legitimar os danos dela provenientes, assim, ódio e intolerância encontrarão um limite legítimo nas consequências que vierem a acarretar.³³⁶

Já em relação à tutela criminal, o legislador infraconstitucional reservou o capítulo 5 do Código Penal, como forma de disciplinar os crimes violadores da honra dos indivíduos, tornando ilícito expressões que, de alguma forma, possam constranger ou atribuir fato

³³³ FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 168 a 170.

³³⁴ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2016, p. 45 e 46.

³³⁵ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 120.

³³⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 229 a 231.

inverídico a alguém, o que comumente ocorrerá quando das manifestações de intolerância.³³⁷ De outro modo, para aquelas formas mais severas do ódio, fundamentado no Art. 5º, XLII, CF/88, instituiu-se a lei n. 7.716 de 1989, por meio da qual, criminalizou-se, sob a forma de transgressão imprescritível e inafiançável, a prática e incitação à discriminação racial, étnica, religiosa ou regional, nos moldes de seu Artigo 20. Vale lembrar que, nessa última hipótese, foi decidido, recentemente, pelo Supremo Tribunal Federal, a equiparação das práticas homofóbicas e transfóbicas ao tipo penal contido no Artigo 20 da lei n. 7.716 de 1989, configurando um avanço no combate a essas formas de intolerância, antes deixadas sem uma resposta legítima pelo Estado.³³⁸

Esse entendimento exarado pela suprema corte por ocasião de equiparação entre homofobia e transfobia ao crime de racismo, já era advogado por Celso Lafer, em face do notável caso Ellwanger, nesse sentido:

o critério da interpretação do art. 5º, LXII, deve favorecer de maneira ampla e não restritiva o conteúdo do direito nele contemplado, dada a relevância que a Constituição atribui aos direitos e garantias fundamentais, entre as quais se inclui a rigorosa inaceitabilidade da prática do racismo. Nessa interpretação, o Direito Interno e o Direito Internacional interagem e não são estanques com vistas a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido, voltado para impedir a prática do racismo.³³⁹

Ademais, para esse mesmo jurista, a liberdade de expressão encontraria um limite legítimo na própria prescrição legal contida na constituição, o que significa dizer que, o discurso de ódio não estaria guarnecido por uma proteção jurídica no direito brasileiro, uma vez que, além do amplo rol de respostas possíveis a essas formas de manifestações, a natureza destas não estaria em acordo com os ideais e valores consagrados no âmago da constituição, segundo a figura da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/88), da igualdade (Art. 5º, caput, CF/88), bem como da promoção de todos, sem qualquer discriminação (Art. 3º, IV, CF/88).³⁴⁰ A essa ideia, soma-se a intensão protetiva da nova ordem à proteção dos ditos grupos vulneráveis, conforme uma ampla gama de valores e interpretações assecuratórias da integridade desses.

³³⁷ NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 319.

³³⁸ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 257.

³³⁹ LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr. 2004, p. 58 e 59.

³⁴⁰ LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr. 2004, p. 75 e 76.

Outro ponto de destaque refere-se aos documentos jurídicos internacionais ratificados pelo Brasil, dentre os quais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, estes, como já se viu, são responsáveis por uma série de diretrizes protetivas dos segmentos vulneráveis da sociedade e de desprezo às práticas e demonstrações de intolerância. Aliás, o fato de terem se incorporado ao ordenamento antes mesmo da vigência da Constituição de 1988 não constitui óbice a sua operacionalização, havendo reconhecimento por parte do próprio Supremo Tribunal sobre a natureza supralegal dessas diretivas nas circunstâncias mencionadas.³⁴¹

Portanto, dentro dos limites das restrições diretamente constitucionais e das reservas de lei, observa-se que, embora a liberdade de expressão constitua um direito fundamental fortemente tutelado e protegido pela nova ordem constitucional, esta faz claras incursões em seu âmbito protetivo, definindo seus contornos e estabelecendo uma ampla gama de respostas, conforme a gravidade de seu mau exercício.³⁴² Em outras palavras, pelo menos em termos formais, pode-se dizer que o legislador constituinte se preocupou em definir ferramentas e aparatos capazes de conferir aos juristas um caminho viável à solução dos conflitos entre manifestação da opinião e os direitos à igualdade, à dignidade da pessoa humana e à personalidade, isso não significa que a resposta a essa problemática estará sempre pronta, como se verá, nem todos as circunstâncias encontrarão, a priori, um encaixe acertado nas normas instituídas.

6.2 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA EM SEDE DE DISCURSO DE ÓDIO: O CASO ELLWANGER

Em que pese a relevância do tema, o discurso de ódio não constitui uma pauta recorrente entre as matérias tratadas pelos ministros do Supremo Tribunal, a sua escassez sugere que, para além da dificuldade do acesso às instâncias superiores por força da sistemática jurídica brasileira, o remédio jurisdicional às manifestações de intolerância ainda não constitui uma medida tão considerada pelas vítimas dessa prática, seja pelo descrédito concedido pela população ao judiciário ou pela potência silenciadora desse fenômeno vil.³⁴³ Nesse cenário,

³⁴¹ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 254.

³⁴² TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 76 e 77.

³⁴³ NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 314-332, 6 fev. 2018, p. 326.

destaca-se, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o célebre caso Ellwanger, neste, a corte superior julgou pedido de Habeas Corpus, como tentativa, infrutífera, de reverter condenação de um escritor e editor pela publicação de livros impregnados por conteúdos antissemita e negacionistas do holocausto.³⁴⁴

Na época, houve inúmeras críticas à decisão proferida pelo órgão jurisdicional, não propriamente pelo teor denegatório da ordem, mas pela técnica de ponderação utilizada por alguns dos ministros como solução ao caso. Assim, alguns juristas salientaram as diferentes soluções a que se chegaram os ministros pelo emprego desse instrumento interpretativo.³⁴⁵ De um lado, Gilmar Mendes reconhece a conduta do paciente como clara violação à igualdade e constata que, as formas discursivas de intolerância não encontrariam abrigo na livre expressão, de outro, tem-se o ministro Ayres Britto, para quem a conduta em análise não estaria além de uma manifestação política, sendo inconstitucional qualquer tentativa de limitá-la ou penalizá-la, pois atentatória à livre manifestação do pensamento.³⁴⁶

Longe de se pretender discutir a eficácia do método ponderativo aqui, a realidade é que, no presente caso, a defesa do paciente argumentou a tese da incomunicabilidade entre o tipo penal estabelecido no Artigo 20 da Lei n. 7.716/1989 e as manifestações antissemitas contidas nos livros publicados por Siegfried Ellwanger. Para seu advogado, a prisão de seu cliente não se sustentaria nos fundamentos apresentados pelos tribunais inferiores, haja vista que, o povo judeu não estaria circunscrito à ideia de raça, preconizada pelo dispositivo legal justificante de sua prisão. Mas essa tese não encontrou terreno fértil entre os ministros do Supremo Tribunal, na ocasião, a corte entendeu pela impossibilidade de se discutir o caso a partir de um critério biológico de raça, tendo em vista o equívoco dessa ideia, dessa maneira, chegou-se a conclusão de que o termo raça, contido no dispositivo em análise, diria respeito às concepções e ideologias políticas e não a uma concepção científica, comprovadamente inadequada, razão pela qual, a conduta praticada estaria amoldada nos limites impostos por essa norma.³⁴⁷

Nesse mesmo sentido, Miguel Reale Júnior advogou esse mesmo entendimento, em parecer dado no caso a época do julgamento:

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus. Publicação de Livros: Anti-Semitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem Denegada nº HC 82424. **Dje**. Brasília, 2003, p. 1 a 5.

³⁴⁵ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 24.

³⁴⁶ JÚNIOR, Miguel Reale. Limites à liberdade de expressão. **Espaço jurídico**, Joaçaba, v. 11, n.2, jul/dez 2010, p. 381 a 383.

³⁴⁷ LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr. 2004, p. 61 a 64.

Em parecer, manifestei-me no sentido de que a expressão racismo se refere a um tipo de comportamento político e social de diminuição ou exclusão de um determinado grupo de pessoas, identificado não somente por pertencerem a uma raça, o que se revela cientificamente impossível fixar, mas tendo em vista características culturais permanentes. Trata-se antes de uma forma de inferiorizar o outro, uma estrutura mental que considera os outros diversos, não se lhes atribuindo a possibilidade de estar ‘entre nós’, de gozar dos mesmos direitos, o que constitui uma expulsão continuada do outro, uma punição maior do que a morte. Há racismo, dizia no parecer, quando as diferenças etnoculturais são consideradas imutáveis, indelévels, atuando na prática das instituições com base nessas diferenças, gerando a pretensão de supremacia permanente de um grupo sobre outro, uma ordem racial. Ponderava, então, ser o racismo antes um elemento justificante do inimigo que a sociedade necessita do que diferenças marcadas pela raça, pois não há outras diferenças senão as impostas pelos próprios homens. Desse modo, lembrava a definição de Mancini para o qual racismo é toda a atitude defensiva ou discriminatória em face de uma categoria de indivíduos classificada de acordo com sua procedência territorial e a sua identidade étnica ou racial. Essa afirmação encontra base na distinção feita por um dos maiores estudiosos do fenômeno racista, Pierre-André Taguieff, que, em entrevista, sustenta a diferença entre racialismo e racismo: o primeiro pensa o mundo em termos de raça, enquanto o racismo, por sua vez, é uma teoria e prática política, um programa político que pretende alcançar um objetivo de exclusão e segregação.³⁴⁸

Ademais, nesse julgado também foi debatido a possibilidade de incidência da penalidade pela prática de racismo sobre publicações de livros, já que, em um primeiro momento, é compreensível uma concepção restrita da intolerância às formas de manifestações verbais. Nesse sentido, ficou consignado pelo poder judiciário a plausibilidade da vinculação entre opiniões discriminatórias e os diversos meios de veiculação destas, de tal modo que, mesmo se tratando de um livro, o direito à livre expressão não teria o condão de isentar o autor da devida responsabilidade criminal.³⁴⁹ Dessa forma, a corte deixou claro, a sua forma, a relevância do conteúdo das manifestações, em detrimento dos meios utilizados para a sua propagação.

As discussões travadas nesse julgado não foram uníssonas entre os magistrados, há um misto de argumentos contrários uns aos outros, refletindo um voraz debate hermenêutico sobre a temática. Nesse contexto, destaca-se o voto do ministro Marco Aurélio, segundo ele, deve-se investigar o conteúdo jurídico do Artigo 5º, XLII, a fim de se chegar a uma solução sobre o amparo, ou não, das condutas efetivadas pelo paciente. Esse ministro, em sua interpretação, chegará à constatação de que é inviável falar em tutela aos judeus, sob a forma do Artigo 20 da 7.716 de 1989, pois, a criação do dispositivo constitucional supracitado estaria voltada à proteção da população brasileira negra, dado o seu passado conturbado nesse país, o que não

³⁴⁸ JÚNIOR, Miguel Reale. Limites à liberdade de expressão. *Espaço jurídico*, Joaçaba, v. 11, n.2, jul/dez 2010, p. 378.

³⁴⁹ SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Rio de Janeiro, 2016, p. 48 a 50.

justificaria a extensão dessa prerrogativa a povo diverso, sob o abrigo dos mesmos alicerces jurídicos.³⁵⁰

Segundo Celso Lafer, o argumento utilizado pelo ministro Marco Aurélio não guarda proximidade com a realidade, afinal, a história brasileira estaria construída sobre a persistência da discriminação e da desigualdade, estas atestadas desde o encontro entre portugueses e a população indígena nativa, dessa maneira, o magistrado estaria errado ao afirmar que o preconceito no Brasil estaria atrelado unicamente a cor, pois excluiria dessa acepção diversos outros segmentos vulneráveis da sociedade, como índios, homossexuais, ciganos, estrangeiros e até mesmo judeus. Aliás, no que toca a este último grupo, a subsistência do termo “judiar” na língua portuguesa constituiria uma prova cabal da perspectiva deturpada que se construiu sobre esse agrupamento de pessoas no passado, indicando que, a tutela constitucional aos grupos estigmatizados não estaria restrita aos povos negros, senão estendida a todos os segmentos marginalizados da sociedade brasileira.³⁵¹

Para João Trindade Cavalcante Filho, a decisão proferida por esse órgão maior, no caso Ellwanger, revela uma peculiaridade inerente ao sistema judicial brasileiro, não haveria “necessariamente uma decisão da Corte, como órgão colegiado, mas sim a junção de várias vontades individuais dos Ministros”.³⁵² A propósito, de acordo com esse jurista, a jurisdição exercida no caso não está restrita ao elenco de argumentos jurídicos como fundamentação às conclusões proferidas, dessa forma, a ausência de uma ideologia política e cultural bem definida no Brasil justificaria as divergências entre os magistrados quanto à proteção, ou não, do discurso de ódio pela liberdade de expressão, no caso em tela. Em outros termos, as diferentes interpretações feitas a partir de um mesmo substrato teórico e jurídico estariam condicionadas a um misto de concepções ideológicas que permeiam a sociedade brasileira, como o liberalismo, comunitarismo, socialismo, utilitarismo, dentre outras.³⁵³

Mas essa influência não obstou que a corte pudesse, ao fim do processo, determinar a manutenção das penas impostas ao réu pela prática de racismo, tendo em vista o teor de incitação e discriminação contidos em suas obras. Apesar das divergências relativas à abrangência do âmbito protetivo do direito à liberdade de expressão, prevaleceu, no caso em

³⁵⁰ ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020, p. 266.

³⁵¹ LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr. 2004, p. 81 a 84.

³⁵² CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 154.

³⁵³ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraivajur, 2018, p. 176 e 177.

comento, uma perspectiva ampliada do racismo para dar abrigo à identidade de grupos cujo fator histórico revela um precedente marcante de perseguição. O julgado serve para desmistificar a premissa de uma liberdade de expressão absoluta, sustentada, principalmente, a partir do julgamento e revogação da lei de imprensa, neste, foi argumentada a natureza de “sobredireito” desse direito fundamental, o que não condiz com a sistemática constitucional brasileira.³⁵⁴

Isto posto, constata-se a relevância e riqueza do caso Ellwanger à mensuração concreta de limites ao direito fundamental à liberdade de expressão em solo nacional, através das discussões travadas em sua apuração é possível depreender determinados critérios e parâmetros a serem observados no embate entre a livre manifestação do pensamento e os preceitos da igualdade, da dignidade e da honra. A partir desse julgado, constata-se que, em matéria de liberdade de expressão e discurso de ódio, o juízo de ponderação, permeado pela proporcionalidade e razoabilidade, sempre deverá perpassar pelo exame de determinados elementos fáticos, tais como o conteúdo da mensagem, a identidade estigmatizada das vítimas, o meio de veiculação do discurso, a intenção do emissor e as consequências geradas por essas manifestações.³⁵⁵ Através dessa metodologia, garante-se uma maior precisão, segurança e justiça na solução desses casos.

Enfim, o julgado em menção revela a fragilidade e polêmica das discussões envolvendo a intolerância, por um lado, há o temor de que certas limitações ao conteúdo das opiniões possam resultar em uma ameaça aos sujeitos de direito e para a própria manutenção das democracias contemporâneas, dado o fluxo de ideia como fator imprescindível para elas, por outra perspectiva, tem-se a demanda pelo reconhecimento e promoção da identidade de seguimentos marginalizados e vulneráveis da sociedade, afinal, sendo estes parte integrante da sociedade, a sua exclusão também implicaria em uma deturpação aos ideais democráticos, tendo em vista a compreensão desse sistema segundo a participação de todos. Não obstante, a ponderação exercida no caso em tela parece apontar para uma menor perda quando se opta pela tutela à igualdade, em contraponto à liberdade, permitindo aduzir que, no cenário brasileiro, ao menos superficialmente, o discurso de ódio e a intolerância não encontrariam um substrato firme a sua consolidação.

³⁵⁴ TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013, p. 63, 64 e 65.

³⁵⁵ REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, p. 42, 43, 44, 46 e 48.

7 CONCLUSÃO

Por séculos, as populações das mais variadas partes do mundo reivindicaram seu direito de voz e de participação na construção e manutenção de suas sociedades. Após inúmeras incursões, conquistou-se a liberdade de expressão que, mesmo nos dias atuais subsiste fortemente nos ordenamentos do mundo todo. Estas reivindicações ocorridas ao longo da história demonstram a imprescindibilidade da voz e das comunicações não apenas para a fundamentação das democracias, como também à formação da imagem e identidade individual de cada ser. Mas essa essencialidade inerente ao direito fundamental em voga não constitui o único preceito essencial às sociedades contemporâneas, na realidade, é preciso que seja assegurado a igualdade e integridade de todos aqueles que conformam uma nação, afinal, a legitimidade de uma democracia pressupõe a participação integral de seus cidadãos.

Apesar da relevância social e política do pensamento e da opinião, muitas vezes, estas cedem lugar a discursos discriminatórios e lesivos a determinadas pessoas, sobretudo, quando estas ostentam, naturalmente, algum elemento identitário que suscite algum estigma em face da sociedade. Como se presenciou ao longo deste trabalho, tais formas de manifestação acabam por desencadear inúmeros inconvenientes a suas vítimas e para o próprio Estado, visto que alimentam as bases de uma comunidade naturalmente estratificada e desigualitária. A essa problemática, países do mundo inteiro darão diferentes respostas e soluções, segundo as ideologias políticas e valores morais preponderantes em seu espaço. Dessa maneira, Estados tomados por um sentimento fortemente liberal, como os Estados Unidos, adotarão políticas controle mais brandas sobre o discurso, ao passo que, Alemanha e nações mais familiarizadas com uma abordagem social-democrata tenderão a priorizar uma perspectiva mais comunitária e próxima ao bem-estar comum.

No Brasil, em que pese a persistência de um estado de desigualdade e preconceito, evidencia-se uma inclinação, ao menos formal, à proteção dos grupos vulneráveis da sociedade e ao repúdio das formas intolerantes de expressão. Assim, ao mesmo tempo em que são asseguradas as opiniões, pensamentos e sentimentos de seus titulares, a exteriorização destes encontrará um limite factível na honra, imagem, integridade e reconhecimento do outro. Tal sistema se fundamenta e se operacionaliza a partir de uma variedade de garantias asseguradas no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, como a instituição dos danos morais, do direito de resposta e da tipificação do racismo, da injúria, da calúnia e da difamação.

Contudo, como se pode evidenciar a partir do caso Ellwanger, nem sempre a aplicação desses remédios ocorrerá de forma simplificada, por meio do método da subsunção, isso porque,

em algumas circunstâncias, serão exigidos dos juristas um maior trabalho interpretativo à compreensão dos fatos investigados e sua adequação às normas vigentes. Nestas circunstâncias, será imprescindível o emprego da ponderação, segundo o primado da necessidade e da proporcionalidade, a fim de que se possa conferir maior segurança e credibilidade ao balanceamento entre direito à liberdade de expressão e direito à igualdade. Ademais, a demanda por um procedimento liso e probo, especialmente diante de possíveis responsabilizações criminais, exigirá uma investigação mais acurada dos elementos fáticos em jogo, configurando-se imprescindível o exame das formas e dos meios de manifestação, da qualidade do público, do grau de lesão às vítimas e da intenção do agente.

Por um lado, essa abordagem brasileira, pautada pela ampla responsabilização legal daqueles que excedem os contornos da livre expressão dando voz à intolerância, reflete uma nação disposta a romper com as amarras de dominação tão difundidas e perpetuadas ao longo da história desse país. Mas isso, por si só, não basta para o reconhecimento e proteção das pluralidades sociais, reprimir a cultura do ódio não fará com que este deixe de existir e, tampouco, reverterá a condição marginal e estigmatizada de suas vítimas. Conjuntamente a essa tutela jurídica, é indispensável a adoção estatal de um posicionamento holístico perante o ódio, isto é, disposto a desconstruir os estereótipos e deturpações que recaem sobre seus alvos, por meio de políticas e reformas educacionais, da promoção do acesso das minorias as mesmas oportunidades de vida, da amplificação das vozes pertinentes aos grupos estigmatizados, da aplicação de medidas socioeducativas em face dos transgressores, dentre outras.

Enfim, não basta a mera previsão formal de remédios e medidas jurídicas às práticas e manifestações discriminatórias, quando não se garante espaço e condição às minorias para responderem às agressões, quando o acesso à tutela jurisdicional é, muitas vezes, limitado e, por fim, quando o próprio Estado assume o papel de agressor. Neste último caso, vale lembrar, não é incomum os relatos em que, as próprias discriminações e manifestações de intolerância partem de autoridades cuja a única função consistiria na proteção e amparo das classes vulneráveis. Portanto, uma solução legítima ao discurso de ódio deve perpassar necessariamente por uma postura alinhada entre os três poderes estatais, assegurando-se cada vez mais normativas claras e precisas, empregando-se interpretações jurídicas coerentes e concisas e garantindo-se políticas de inclusão e promoção dos diversos sujeitos que conformam a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Lourdes Pasa. Justiça e ponderação de direitos fundamentais. **Revista Opinião Filosófica**, [S.L.], v. 10, n. 1, p. 43-65, ago. 2019. Disponível em: <https://opiniaofilosofica.org/index.php/opiniaofilosofica/article/view/895>. Acesso em: 10 ago. de 2021.

AMNESTY INTERNATIONAL. **Written contribution to the thematic discussion on racist hate speech and freedom of opinion and expression organized by the United Nations committee on elimination of racial discrimination**. [s.l.], ago. 2012, p. 1-9, Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/ior42/002/2012/en/>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

ANDRADE, André. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: Gz, 2020. 326 p.

ARTICLE 19. **Princípios de Camden Sobre a liberdade de expressão e a igualdade**. Londres, dez. 2009. Disponível em: <https://artigo19.org/2011/04/27/boletim-ebulicao-falamestre-fala-mestra/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/xmlui/handle/11037/4461>. Acesso em: 22 ago. de 2021.

BERTASO, João Martins; ROCHA, Leonel Severo. Olhar sistêmico sobre cidadania e diversidade Cultural. **Revista Direito Público**, [s.l.], v. 13, n. 75, 2017. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2840#:~:text=O%20ensaio%20aborda%20aspectos%20referentes,identidades%20%C3%A9tnicas%2C%20sociais%20e%20culturais>. Acesso em: 14 set. de 2021.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, 96 p.
BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados?. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 51, n. 204, out. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509929>. Acesso em: 22 jul. de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 7716, de 05 de janeiro de 1989. **Crimes Resultantes de Preconceito de Raça Ou de Cor**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adpf nº 130. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF 30 abr. de 2009. **Dje**. Brasília, 06 nov. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 13 abr. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus. Publicação de Livros: Anti-Semitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem Denegada nº HC 82424. **Dje**. Brasília, 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 19 set. de 2021.

BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro**. 2018. 129 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/25815>. Acesso em: 10 set. de 2021.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Tradução de Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. **Revista Direito Público**, [S.L.], v. 4, n. 15, p. 117-136, jan. 2007. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418>. Acesso em: 23 de set. de 2021.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. [S.L.]: Saraivajur, 2018. 192 p.

CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 7., 1995, Rio de Janeiro. **A construção multicultural da igualdade e da diferença**. Coimbra: Oficina do Ces, 1999. Disponível em: <https://ces.uc.pt/pt/publicacoes/outras-publicacoes-e-colecoes/oficina-do-ces/numeros/oficina-135>. Acesso em: 01 ago. de 2021.

DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista Esmafe**, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 77-94, mar. 2007. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/170>. Acesso em: 15 ago. 2021.

DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, p. 49-65, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/6286/Biblioteca%20Digital%20-%20Editora%20F%3%B3rum.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 ago. 2020.

DOMINGUES, P. O mito da democracia racial e a mestiçagem no Brasil (1889-1930). **Diálogos Latinoamericanos**, [s. l.], v. 6, n. 10, p. 16, 2005. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/162/16201007.pdf>. Acesso em: 15 set. de 2021.

FADEL, Anna Laura Maneschy. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?: uma análise das teorias de ronald dworkin e jeremy waldron a partir da herança do liberalismo de john stuart mill**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2018. 178 p.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30360546.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

GRANDE, Djenifer Cristine; MARTINS, Ricardo Muciato. Direitos da personalidade frente à liberdade de expressão: ponderação dos direitos. **Akrópolis**, Umuarama, v. 26, n. 2, p. 121-134, jul. 2018. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/view/7456>. Acesso em: 29 ago. 2021.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 97, p. 107-125, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 23 ago. 2021.

LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime de prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, [S.L.], v. 41, n. 162, p. 53-90, abr. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/948>. Acesso em: 22 set. 2020.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, 115 p.

LIMA, Allan da Silva. **A liberdade de expressão e o discurso de ódio**: uma análise sobre os direitos fundamentais e seus conflitos. 2018. 59 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/6749><https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/6749>. Acesso em: 10 mar. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. [s.l.]: Malheiros, 2017, 42 p.

NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DISCURSO DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 7, n. 3, p. 314-333, 6 fev. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4920>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/issue/view/238>. Acesso em: 22 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Annual Report Of The United Nations High Commissioner For Human Rights**: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred. [s.l.], jan. 2013. p. 1-15. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/22/17/Add.4>. Acesso em: 25 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Nota nº A/74/486, de 09 de outubro de 2019. **Promotion And Protection Of The Right To Freedom Of Opinion And Expression**. [s.l.], 09 out. 2019. Disponível em: <https://www.undocs.org/A/74/486>. Acesso em: 19 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Plano de Ações nº 1, de maio de 2019. **United Nations Strategy And Plan Of Action On Hate Speech**. [s.l.], maio 2019. p. 1-5.

Disponível em:

<https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20Plan%20of%20Action%20on%20Hate%20Speech%2018%20June%20SYNOPSIS.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Strategy And Plan Of Action On Hate Speech**: Detailed guidance on implementation for united nations field presences.

[s.l.], set. 2020. Disponível em:

https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20PoA%20on%20Hate%20Speech_Guidance%20on%20Addressing%20in%20field.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021.

REALE JÚNIOR, M. Limites à liberdade de expressão. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [S. l.], v. 11, n. 2, p. 374–401, 2011. Disponível em:

<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1954>. Acesso em: 23 set. 2020.

REIS, Carolina Telles. **O hate speech e suas limitações**. 2012. 58 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em:

<http://hdl.handle.net/10438/10408>. Acesso em: 10 out. 2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.); BRINK, David O. et al., **Liberdade de expressão no século XXI**. Belo Horizonte, Delrey, 2016, p. 46.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, [s. l.], v. 1, n. 48, p. 11-32, jun. 1997.

Disponível em:

http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso em: 25 abr. 2021.

SARAMAGO, JOSÉ. **Ensaio sobre a cegueira**. 19^a ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 512 p.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em:

<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-14-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2020

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 462 p.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **RDE: revista de direito do estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p.

23-51, 2006. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso: 03 set. 2021.

SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. O exame da igualdade por Amartya Sen, o multiculturalismo da Constituição brasileira e as populações tradicionais. **Revista Jurídica da Presidência**, [s.l.], v. 19, n. 117, p. 173. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1234>. Acesso em: 18 set. de 2021.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, [s.l.], v. 50, n. 200, p. 61-80, out. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502937>. Acesso em: 12 ago. 2020.

TORRES, Marcelo Monteiro. Direito fundamental à diferença. **Revista Eletrônica do Ceaf**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 1-23, fev. 2012. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/biblioteca/paginas/1343/>. Acesso em: 22 de jul. de 2021

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Constituição dos Estados Unidos da América - 1787**. Biblioteca virtual de direitos humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 20 ago. 2021.