

Discurso do ódio: o posicionamento dos tribunais brasileiros frente ao descumprimento dos limites da liberdade de expressão

Maisa Carla Muniz Rodrigues¹

RESUMO

O discurso do ódio é um assunto complexo no ordenamento jurídico brasileiro devido sua conduta atípica. Tais discursos transmitem preconceito e impulsionam à violência. Assim, o cerceamento de um direito está atrelado ao uso abusivo e exorbitante de outro. Nesse trabalho, o objetivo foi analisar a perspectiva do panorama a que se refere a liberdade de expressão e suas limitações bem como o posicionamento dos Tribunais brasileiros no que cerne ao descumprimento dos limites da liberdade de expressão. O estudo foi realizado através de pesquisa bibliográfica e documental dos temas e aspectos vinculados ao seu objeto central juntamente com pesquisas quantitativas jurisprudenciais contemporâneas entre 2018 e 2019. Dessa forma, o trabalho concluiu que os tribunais não possuem uniformidade nas decisões, onde cada um utiliza-se de hermenêutica própria para cada caso concreto. Isso se dá em razão da constituição vigente não estabelecer hierarquia entre direitos fundamentais, podendo causar insegurança jurídica.

PALAVRAS CHAVE: DISCURSO DO ÓDIO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS. ÓDIO. LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

¹ Graduanda do 4ºp do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Junior.
maisamuniz7@gmail.com

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é uma definição constitucional, presente no inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que assegura a pluralidade de pensamentos seguido das limitações a manifestações de expressões e, juntamente com outros incisos do mesmo artigo, todos os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Todavia, apesar da existência desses direitos e garantias, muitas pessoas os utilizam inadequadamente e, por assim, violados à luz dos usos e dos costumes de uma sociedade ainda com mentalidade colonial, trazendo em seu seio o discurso do ódio, traços de um passado supressor severo de direitos, patriarcal e conservador, encoberto pela falsa ideia da liberdade de expressão.

Diante de tal problemática, levanta-se a seguinte questão: qual o posicionamento dos tribunais, no Brasil, frente ao descumprimento dos limites da liberdade de expressão?

O presente estudo tem como objetivo geral analisar a perspectiva do panorama a que se refere a liberdade de expressão e suas limitações bem como o posicionamento dos Tribunais Brasileiros no que cerne ao descumprimento dos limites da liberdade de expressão. Sua metodologia está fundamentada em pesquisa bibliográfica e documental dos temas e aspectos vinculados ao seu objeto central juntamente com pesquisas quantitativas jurisprudenciais contemporâneas entre 2018 e 2019.

O primeiro item, trata do direito à liberdade de expressão como sendo um dos direitos mais estimados pela Constituição Federal. É o direito que qualquer indivíduo tem de manifestar livremente suas opiniões, ideias e pensamentos sem medo de sofrer qualquer tipo de censura ou desagravo por parte do Estado ou de qualquer cidadão. Em um segundo momento, o que leva ao discurso do ódio e, como este é utilizado como uma ideia falsa de liberdade de expressão por possuir resguardo constitucional. E, por fim, traz o estudo dos limites que regulam a liberdade de

expressão, seguido do posicionamento dos tribunais em relação aos casos concretos de descumprimento desses limites.

1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 trouxe ao Brasil a consolidação dos direitos e garantias fundamentais para assegurar às pessoas vida digna, igualitária e livre. No *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, é notável o aspecto protetivo em que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade”. Assim, de acordo com Silva (2013), em seu vocabulário Jurídico, a definição de liberdade significa “a faculdade ou poder outorgado à pessoa para que possa agir segundo sua própria determinação, respeitadas, no entanto, regras legais instituídas. A liberdade, pois exprime a faculdade de se fazer ou não fazer o que se quer, de pensar como se entender, de ir e vir a qualquer atividade, tudo conforme a livre determinação da pessoa, quando não haja regra proibitiva para a prática do ato ou não se institua princípio restritivo ao exercício da atividade”.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013), afirmam que de acordo com o vocábulo explícito do art. 5.º, *caput*, da CF, a liberdade constitui juntamente com, à vida, à igualdade, à propriedade e à segurança, um conjunto de direitos fundamentais que atribui relevância específica no sistema constitucional brasileiro. Os autores consideram que o texto constitucional vigente adotou definições ao que já vinha sendo parte integrante da tradição do constitucionalismo brasileiro. Percebe-se que, para o caso do Brasil, é possível afirmar a existência de um direito geral de liberdades e não apenas de um elenco de direitos de liberdade específicos (ou direitos especiais de liberdade). Diz ainda o autor que, a importância agraciada à liberdade e aos demais direitos tidos como “invioláveis” no art. 5.º, *caput*, da CF

representa uma aproximação notória com o espírito que conduziu, na sua concepção, às primeiras declarações de direitos. Assim, para o referido autor, a Constituição Federal é também, de antemão, uma constituição da liberdade.

Por conseguinte, pode-se dizer que, a nossa constituição atual, sob várias proporções, traduz o direito à liberdade como um direito ligado à própria natureza humana, e que ainda, a liberdade é um dos elementos principais para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, sendo, por sua vez, um dos direitos que fundamentam a democracia do Estado.

Desse modo, Canotilho (2003) confirma que, “a primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado”.

Dentro do mesmo contexto, detêm-se a visão de Mendes e Branco (2018), quando dizem que as liberdades são proferidas, pois derivam do ponto de vista da pessoa humana em busca da autorrealização como ser responsável por selecionar os meios aptos para a realização das suas potencialidades. Dizem ainda que o Estado democrático se legitima como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades mas, sobretudo, como meio para que essas liberdades sejam criadas e providas, por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos e também prevenindo que as liberdades se tornem unicamente formais.

Ainda nesse sentido, Mendes e Branco (2018), notam que o direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano e que esse se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria saúde psicossocial da pessoa.

Dessa forma, estreita-se ainda mais essa análise para se abordar o direito fundamental à liberdade de expressão. Assim, pode-se afirmar que, ao falar sobre liberdade de expressão, certifica-se sobre o direito que qualquer indivíduo tem de manifestar livremente suas opiniões, ideias e pensamentos sem medo de sofrer qualquer tipo de censura ou desagravo por parte do Estado ou de qualquer cidadão.

Assim Mendes e Branco(2018) ressaltam:

A liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondente a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos. Por assim dizer, ressaltam os referidos autores que se incluem na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação, de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem etc.). A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a liberdade de expressão pode ser encontrada nos seguintes dispositivos:

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

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

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

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (BRASIL, 2017).

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL, 2017).

Destarte, Bonavides (2008), afirma que a interpretação clássica da liberdade de expressão tem como objetivo máximo dificultar qualquer limitação da ação do indivíduo, o que é denominado por direitos negativos por alguns autores. Dessa

maneira, significa que, os direitos de primeira geração, ou seja, os direitos da liberdade, têm por titular o indivíduo e são disponíveis ao Estado; compreende-se como privilégio ou condição do sujeito, apresentando uma abstração como sua característica mais marcante. Em suma, quer dizer que são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

No mesmo contexto, faz-se importante relacionar que a liberdade de expressão proporciona à sociedade uma série de ideias, conceitos, dados e opiniões sem censura, que podem ser analisados e possivelmente defendidos.

Nesse sentido, Dirley (2009, p.607) destaca:

A liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação tem fundamento na liberdade de pensamento, da qual é uma decorrência lógica. Enquanto o direito de opinião consiste na liberdade de manifestação do pensamento, ou seja, de externar juízos, conceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa, o direito de expressão é o direito de manifestação das sensações, sentimento ou criatividade do indivíduo, tais como a pintura, a música, o teatro, a fotografia, etc.

Numa visão mais específica no que se refere à liberdade de expressão, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013), afirmam que a Constituição Federal de 1988, ao contrário das constituições anteriores, não adotou o termo liberdade de expressão como o gênero que abarca as diversas manifestações específicas, não obstante se possa supor que a livre manifestação do pensamento alcance tal condição, visto que essa poderá ocorrer na esfera da comunicação social, no exercício da atividade intelectual ou artística, ainda a concordância à livre manifestação das opções religiosas. Desse modo, os autores firmam a importância da necessidade de preservar a sintonia com as características do direito positivo, sendo que deve-se acompanhar o sistema celebrado no texto constitucional, observando sempre que o motivo é a liberdade de expressão, compreendida em sentido amplo, ou seja, aberto e que se decodifica em uma série de liberdades especiais.

Ainda Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p.493), afirmam que:

No âmbito da Constituição Federal de 1988, as liberdades de expressão foram não apenas objeto de mais detalhada posituação, mas também passaram a corresponder, pelo menos de acordo com texto constitucional, ao patamar de reconhecimento e proteção compatível com um autêntico Estado Democrático de Direito. Com efeito, apenas para ilustrar tal assertiva mediante a indicação dos principais dispositivos constitucionais sobre o tema, já no art. 5.º, IV, foi solenemente enunciado que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Constata-se, assim, que a proteção constitucional engloba, de forma abrangente, todos os tipos de liberdades, evidenciando-se que a liberdade de expressão constitui-se em um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e que, apesar da Constituição garantir aos cidadãos o direito da liberdade de expressão, este não tem liberdade pra fazer tudo o que quiser, devendo sempre respeitar o espaço do outro.

2 DISCURSO DO ÓDIO E A FALSA IDEIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Sob a visão dos filósofos Hobbes e Rousseau, afirmam Bittar e Assis (2016) que para o primeiro “o homem é mau por natureza” e para o segundo “o homem nasce bom, mas o meio o corrompe”. Bittar e Assis, assim apresentam em seu livro, Curso de Filosofia do Direito, o comportamento humano em relação à moral, à ética, à liberdade, à linguagem, à política, o poder e os fundamentos sociais e políticos dentre outros.

Nessa sequência, pode-se observar que, ao longo da história, o homem é dotado de imensa capacidade postulatória não concebendo reconhecer outro igual a si. Esse tem sido analisado por suas ações, omissões e pensamentos. Assim, capacita-se como ser social que domina a racionalidade humana, distingue-se dos outros seres sociais. Porém, o homem, independentemente da qualificação de sua natureza, boa ou má, não vive isolado e a vida em sociedade aflora diversas condições que interferem no resultado final das ações humanas.

Dessarte, Bobbio (1982), faz relação entre o Estado e a sociedade, e afirma que essa é condensada pelas circunstâncias de inserção. O Estado, como aparelho coercitivo concentrado e organizado da sociedade; o Estado, como instrumento de dominação das classes e o Estado condicionado e regulado pela sociedade. O autor considera que nos três casos, mesmo se considerado o Estado como um momento secundário, ainda assim são diversas as causas que interferem sobre a sociedade, sendo o ódio uma dessas causas.

Pode-se dizer então que, o ódio não somente é a razão de conflito entre os indivíduos, como também entre grupos, classes, sociedades inteiras e até mesmo entre nações. O ódio social nada mais é do que o sentimento de repulsa causado por razões sociais.

Nesse sentido, Glucksmann (2007, p. 11) destaca:

Tese majoritária contrária à ortodoxia: o ódio com “O” maiúsculo não existe. Aquele que afirma conhecê-lo esquiva-se dos verdadeiros problemas. Aquele que acredita “possuí-lo” e reivindicá-lo é prisioneiro de uma miragem. O ódio que ele experimenta e manifesta deve ser reduzido a causas exteriores que o precedem: infelicidades, desencontros, misérias, frustrações, humilhações e ofensas. Essa é a forma de pensar dos Diaphoirus da alma. O ódio nada mais é do que o resultado deteriorado da ausência de educação. Educação que se vangloria de abolir o que não existe. Absolvição geral, abraços unânimes. O ódio existe, todos nós já deparamos com ele, tanto na escala microscópica dos indivíduos como no cerne de coletividades gigantescas. A paixão por agredir e aniquilar não se deixa iludir pelas magias da palavra. As razões atribuídas ao ódio nada mais são do que circunstâncias favoráveis, simples ocasiões, raramente ausentes, de liberar a vontade de destruir simplesmente por destruir.

Nesse ponto de vista, Meyer Pflug (2010), argumenta que o ódio consiste na manifestação de idéias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. Tal discurso pode desconsiderar esse grupo como detentor de direitos. Note-se que o discurso do ódio não é voltado apenas para a discriminação racial.

Nessa esfera de entendimento, percebe-se que o sentimento do ódio concebe alguns grupos que, por considerarem-se desiguais e superiores aos demais e à

formação desse pensamento de superioridade, decorre instintivamente das circunstâncias que formam e modificam a sociedade. Nessa lógica, pode-se dizer que é, desse modo, que surge o discurso do ódio sendo uma das manifestações desse pensamento de superioridade.

Assim, para Winfried Brugger (2007), o discurso do ódio está vinculado à utilização de palavras (que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião) ou ainda à sua potencialidade (capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas). O que é reforçado na visão de Silva et al(2011, p.446) ao dizerem que:

Genericamente, esse discurso se caracteriza por incitar a discriminação contra pessoas que partilham de uma característica identitária comum, como a cor da pele, o gênero, a opção sexual, a nacionalidade, a religião, entre outros atributos. A escolha desse tipo de conteúdo se deve ao amplo alcance desta espécie de discurso, que não se limita a atingir apenas os direitos fundamentais de indivíduos, mas de todo um grupo social [...].

O referido autor ainda afirma que, nesse sentido, tal discurso divide-se em dois atos: o insulto e a instigação. O insulto diz respeito diretamente à vítima, consistindo na agressão à dignidade de determinado grupo de pessoas por conta de um traço por elas partilhado. A instigação se volta a possíveis “outros”, que podem ser os leitores da manifestação e não identificados como suas vítimas, os quais são chamados a participar desse discurso discriminatório, assim ampliando seu raio de abrangência, estimulando não só palavras, mas também ações.

Dessa forma, salienta-se que o discurso do ódio é dirigido à um grupo ou classe de pessoas, de modo que as mensagens de desprezo, hostilidade e aversão extrema não configuram uma agressão à uma pessoa específica, mas sim a uma coletividade, ou a um povo que possua as mesmas características.

Silva e Bolsan (2012) dizem:

[...]o discurso de ódio se configura como tal por ultrapassar o limite do direito à liberdade de expressão, incitando a violência, desqualificando a pessoa que não detém as mesmas características

ou que não comunga das mesmas ideias, e ao eleger o destinatário como “inimigo comum” incita a violência e seu extermínio, o que fere frontalmente o valor que serve de sustentáculo para o Estado democrático de direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana[...]

Assim os referidos autores, afirmam ainda que os propagadores das mensagens discriminatórias buscam, muitas vezes, implicitamente alcançar seguidores sob o fundamento da proteção ao exercício do direito de livre expressão. Trata-se de um discurso dissimulado, ou seja, de uma ideia falsa de liberdade de expressão para poderem atacar as garantias de outro grupo de pessoas.

Meyer Pflug (2009), ressalta que o preconceito se apresenta mais perigoso no aspecto social em razão da impossibilidade de corrigi-lo, que naquelas situações em que as pessoas levam em consideração um fato como verdadeiro, porque alguém as induziu a cometerem tal equívoco. O autor ainda destaca que a divulgação dessa ideia falsa depende para sua propagação de que as pessoas contenham crenças ou sentimentos que as confirmem e que dessa maneira, faz-se necessária uma identidade entre as ideias divulgadas, as crenças e os valores cultivados por essas pessoas, podendo essas ideias serem adotadas pois, de alguma forma, respondem a algum interesse individual, nascendo assim o preconceito.

Para Heller (2008, p. 85), em seu livro “O cotidiano e a História” tem-se um sentido ao preconceito que:

O preconceito, portanto, reduz as alternativas do indivíduo. Mas o próprio preconceito é, em maior ou menor medida, objeto da alternativa. Por mais difundido e universal que seja um preconceito, sempre depende de uma escolha relativamente livre o fato de que alguém se aproprie ou ao dele. Cada um é responsável por seus preconceitos. A decisão em favor do preconceito é, ao mesmo tempo, a escolha do caminho fácil no lugar do difícil, o “descontrole” do particular individual, a fuga diante dos verdadeiros conflitos morais, tornando a firmeza algo supérfluo.

Neste contexto, observa-se que o preconceito é o fundador do enraizamento para o avanço do discurso do ódio, o qual é contrário à pluralidade humana e tende

a hierarquizar as pessoas, de forma a considerar algumas dessas mais certas, mais humanas, ou seja, mais superiores que outras.

3 O posicionamento dos tribunais brasileiros em relação ao descumprimento dos limites da liberdade de expressão, entre 2018 e 2019.

Como já citado em itens anteriores, a Constituição Federal fornece instrumentos normativos para restringir os discursos de ódio quando assegura em seu artigo 5º, incisos XLI e XLII, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais” e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, Outrossim, em lei especial, pune-se também o crime de injúria em nosso Código Penal, artigo 140 “ injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”. Neste mesmo artigo, em todos seus parágrafos e incisos, há como objeto a proteção da honra, tratando-se de honra subjetiva que representa atributos (morais, físicos e intelectuais), visando que este crime discorre para possíveis discursos do ódio.

Assim, o compromisso constitucional de promover a luta contra o preconceito, um dos principais efeitos do discurso do ódio, comprova-se em um dos objetivos fundamentais da República, da carta Magna, nos termos do art. 1º, inciso III, o qual assegura “a dignidade da pessoa humana” e também o art.3º, inciso IV, o qual estabelece o dever de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Pode-se dizer que esses instrumentos normativos são vistos como os direitos e\ou deveres que limitam a liberdade de expressão.

Logo, confirmam Mendes e Branco (2018) quando dizem que os limites que regulam a liberdade de expressão estão previstos diretamente pelo constituinte, como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo status. Os referidos autores completam dizendo:

O constituinte brasileiro, no art. 220 da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, dizendo, também, no § 1º e, que "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social", ressalva que assim o será, "observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV". Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir o anonimato (IV), para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem (V), para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (X), para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação (XIII) e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação (XIV). Prevê, também, a restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º Q). Impõe, ainda, para a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão, o "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família", confiando à lei federal a tarefa de estabelecer meios para a defesa desses valores (art. 220, § 3º e, II) (MENDES ; BRANCO,2018, P. 275).

Ainda na sequência, Mendes e Branco (2018), deixam claro que a Carta Brasileira não adotou a fórmula alemã de prever, de forma explícita, que a liberdade de expressão possa ser limitada por leis destinadas a proteger a juventude, porém isso não impede que, no Brasil, sejam editadas leis, com o propósito de preservar em valores relevantes da juventude, restringindo a liberdade de expressão. De acordo com os autores não são apenas aqueles bens jurídicos mencionados expressamente pelo constituinte (como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem) que operam como limites à liberdade de expressão, mas sim qualquer outro valor, abrigado pela Constituição, pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para que, atendendo ao critério da proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar.

Desse modo, pode-se dizer que não há hierarquia entre as normas da Constituição e, com isso, compreende-se que não se pode estabelecer uma regra a respeito de quem sobrepõe a quem. A solução para isso é e, sempre será, analisar caso por caso, pois nenhum nunca é igual ao outro em toda forma.

Em vista disso, Mendes e Branco (2018), afirmam que "a liberdade de expressão, poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma ;ação

democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano”. Reforçam os autores que, a liberdade de expressão, em circunstâncias que incentivem a violência, submetendo a juventude à exploração de toda sorte, inclusive a comercial, tende a ceder ao valor *prima facie* prioritário da proteção infância e da adolescência.

Nesse mesmo saber, Mendes e Branco (2018) deixam claro que o discurso do ódio não é tolerado entre nós e continuam:

O STF assentou que incitar a discriminação racial, por meio de idéias anti-semitas, "que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu", constitui crime, e não conduta amparada pela liberdade de expressão, já que nesta não se inclui a promoção do racismo. Devem prevalecer, ensinou o STF, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. Contra o discurso de ódio — e também contra a idéia de que a pornografia possa estar incluída no âmbito normativo da liberdade de expressão —, há de se considerar, ainda mais, o efeito inibidor dessas práticas à plena participação dos grupos discriminados em diversas atividades da sociedade civil. A contumaz desqualificação que o discurso de ódio provoca tende a reduzir a autoridade dessas vítimas nas discussões de que participam, ferindo a finalidade democrática que inspira a liberdade de expressão.

Na visão de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013) observam-se que, de particular relevância no contexto da liberdade de expressão e da prática do assim chamado discurso do ódio ou de incitação ao ódio, que a liberdade de expressão encontra limites na dignidade da pessoa humana de todas as pessoas e grupos afetados quando utilizada para veicular mensagens de teor discriminatório, destinadas a incitar o ódio e até mesmo a violência. Ainda que, não se possa adentrar nos detalhes da problemática e rastrear as diversas formas de enfrentamento doutrinário e jurisprudencial do tema no direito comparado e internacional, corresponde ao entendimento dominante, no Brasil, e em geral no direito comparado,

Assim, observa-se que Constituição Federal reconhece e protege a liberdade de expressão mas, ao mesmo tempo, assegura um direito de resposta proporcional

ao agravo, de tal sorte que manifestações que venham a afetar bens jurídicos e direitos fundamentais de terceiros geram, para o prejudicado, o direito de apresentar as suas razões.

Dessa forma, é de grande importância, citar a necessária intervenção do Estado quando, em 2014, duas manifestações do discurso do ódio tiveram grande dimensão, tornando-se público e alvo de repúdio social pelo seu caráter de clara intolerância e hostilidade. O primeiro caso ilustrativo ocorreu em fevereiro de 2014, no estado do Rio de Janeiro, quando um grupo de pessoas deteve um assaltante e o amarrou em um poste pelo pescoço com uma trava de bicicleta e, despido de suas roupas, o deixaram ali. Ao tomar conhecimento da situação, a jornalista Rachel Sheherazade, divulgou a notícia com o emprego de juízos de valor através de um nítido discurso de cunho ideológico e discriminatório. No segundo caso, Siegfried Ellwanger Casten, fundador da editora gaúcha Revisão, foi acusado por crime de racismo com base no art. 20 da Lei nº 7.716/1989, por ter escrito e publicado livros que disseminam o ódio aos judeus. Desde então, outros casos, públicos ou não, vieram surgindo nos tribunais e juntamente a eles suas devidas soluções.

O julgado a seguir, trata de ação de indenização por danos morais em razão de ofensas raciais e discurso de ódio:

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSAS RACIAIS E DISCURSO DE ÓDIO. DANO MORAL CONFIGURADO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. QUANTUM ARBITRADO MANTIDO. 1. Ofensas de cunho racial e discurso de ódio extrapolam o contexto de mero aborrecimento cotidiano e configuram danos morais indenizáveis, por atingir a honra subjetiva do ofendido. 2. O arbitramento do valor da indenização deve ser pautado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma que a soma não seja tão grande que se converta em fonte de enriquecimento indevido, nem tão pequena que se torne inexpressiva. 4. Recurso conhecido, mas não provido. Unânime(TJ-DF 07381556620178070001 DF 0738155-66.2017.8.07.0001, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Data de Julgamento: 16/11/2018, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 22/11/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

No caso acima, o TJ-DF julgou o não provimento por unanimidade, afirmando que a jurisprudência pátria, orientada pelos princípios da Dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais, consolidou o entendimento de que não depende de prova o dano psíquico, o grau de humilhação e a diminuição da autoestima da vítima, já que a própria conduta do agressor demonstra menosprezo à dignidade e ao valor da pessoa.

Ainda sobre o discurso do ódio, nesse julgado abaixo, o entendimento é adverso ao anterior:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 20, § 2º, DA LEI N. 7.716/1989. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. ADEQUAÇÃO TÍPICA FORMAL E MATERIAL EM TESE DA CONDUTA. JUÍZO DE INFERIORIDADE DE COLETIVIDADES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. BENS JURÍDICOS TUTELADOS. IGUALDADE, DIVERSIDADE E PAZ PÚBLICA. INCOMPATIBILIDADE. TIPO PENAL DE PERIGO ABSTRATO. 1. O delito do art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, consiste na expressão de superioridade em contraposição à inferioridade de coletividades humanas. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ao tratar da liberdade de expressão, dispôs explicitamente no art. 13.5 comando criminalizatório do discurso de ódio que, em nosso ordenamento jurídico, o dispositivo em comento faz as vezes. 2. A forma como estruturado o tipo penal e o bem jurídico tutelado são determinantes na incidência, ou não, do princípio da insignificância. A dignidade da pessoa humana, a igualdade e, concomitantemente, o pluralismo, bem como a paz pública não comportam flexibilização, sob pena de negação integral de tais valores. 3. Recurso especial provido a fim de determinar a baixa dos autos à origem para aferição dos demais requisitos para quebra do sigilo de dados.
(STJ - REsp: 1580395 DF 2015/0119432-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 24/04/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2018)

No recurso acima, o STJ declarou que na legislação brasileira, não há criminalização do discurso do ódio. Na legislação Há a exigência para a caracterização do preconceito e da restrição a direitos. Assim, entenderam que a

fala descrita do discurso do ódio neste recurso, seria atípica, ou seja, se não é crime não é cabível a cautelar.

Seguido deste outro caso, em que o TRF-4 julgou, afirmando que não há de se invocar a liberdade de expressão frente à violação tão meridiana da lei Penal, a qual, cumpre registrar, não prevê, para sua aplicação, notícias de que algum resultado 'mais grave' tenha advindo da publicação da opinião abjeta da recorrida, genuíno discurso de ódio proferido para rebaixar grupo identificável de brasileiros, incitando os demais a vê-los como um problema da sociedade nacional.

PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. INCITAR A DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO DE PROCEDÊNCIA NACIONAL. ART. 20, § 2º, DA LEI 7.716/89. OBJETO DA DIVERGÊNCIA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. 1. O tipo subjetivo do delito previsto no artigo art. 20, § 2º, da Lei 7.716/89 é o dolo, mais a intenção de praticar discurso discriminatório, o qual se caracteriza mediante afirmações que, além de se basearem em entendimento de diferenciação e de superioridade, visam à dominação, repressão ou eliminação do grupo social tutelado pela norma. 2. Ausente comprovação do dolo específico exigido para a configuração da conduta criminosa, impõe-se a solução absolutória. 3. Embargos infringentes e de nulidade providos.

(TRF-4 - ENUL: 50080714820154047107 RS 5008071-48.2015.4.04.7107, Relator: LUIZ CARLOS CANALLI, Data de Julgamento: 21/03/2019, QUARTA SEÇÃO)

Assim, neste momento, é de relevância a citação do julgado abaixo. Trata-se da ADPF 130, em que o STF revogou a Lei de Imprensa, que era incompatível com a Constituição de 1988, que é repleta de garantias de liberdade de expressão.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À LIBERDADE DE IMPRENSA. DECISÃO LIMINAR QUE RESTRINGE VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. SÚMULA 735/STF. NÃO INCIDÊNCIA. MATÉRIA PASSÍVEL DE CONHECIMENTO POR RECLAMAÇÃO ANTE POSSÍVEL OFENSA À DECISÃO VINCULANTE NA ADPF 130/STF. PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. Nos casos em que se suscita ofensa à decisão vinculante deste Tribunal, o recurso extraordinário interposto em face de decisão que defere medida liminar pode ser conhecido, se preenchidos os requisitos que

autorizariam o cabimento da reclamação, hipótese na qual não incidiria o óbice da Súmula 735/STF. 2. A alegação de ofensa à decisão da ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, na qual se proibiu a realização de qualquer forma de censura prévia, dá ensejo ao cabimento, em tese, da reclamação constitucional, uma vez que o STF proibiu a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões, sendo certo, ainda, que eventual abuso da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. 3. Agravo regimental provido. (STF - AgR RE: 840718 DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 10/09/2018, Segunda Turma)

Nesse Agravo Regimental, o STF julgou procedente o recurso extraordinário, firmou o entendimento nas palavras do Rel. Min. Ayres Britto de que:

O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia à um direito que é signo e penhor da mais encarecida Dignidade da Pessoa Humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.

Assim, o ministro Celso de Melo sustentou dizendo que, a liberdade de imprensa, enquanto protuberância da liberdade de comunicação e de manifestação de pensamento, compõe-se de um assunto amplo, por assimilar, dentre outros pontos consideráveis que lhe são peculiares (o direito de informar, o direito de buscar informação, o direito de opinar e o direito de criticar).

Portanto, pôde-se observar através dos julgados acima que, os julgadores apoiaram-se em técnicas de ponderação de valores, fazendo um exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para determinar qual direito será mantido em detrimento de outro em cada caso concreto, tendo em vista que a Constituição vigente, não estabelece hierarquia entre direitos fundamentais. Portanto, não se pode escolher, de forma geral e abstrata, qual direito deve prevalecer sobre outro.

CONCLUSÃO

Do direito à liberdade de expressão, com base na Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que os cidadãos passaram a ter seus direitos protegidos, sendo um dos mais estimados pela Constituição Federal, resultante do direito a manifestação do pensamento, a liberdade de expressão ferramentas capazes de assegurar a democracia. Somente quando os cidadãos são livres para opinar é que podem participar ativamente da vida política, algo primordial para a manutenção do processo democrático. É primordial existirem debates abertos, plurais e com confronto de ideias livres e respeitadas, preservando a convivência pacífica de todas as ideias, ideologias e opiniões e respeitando sempre o espaço do outro.

Assim, muitas pessoas utilizam-se dos direitos de liberdade de expressão em sua forma distorcida para expor o preconceito enraigado que é contrário a pluralidade humana, tendendo a hierarquizar as pessoas. Ademais, essa falsa ideia de liberdade de expressão propaga mensagens dissimuladas. Trata-se do discurso do ódio, que se baseia na intolerância, revelando-se em discriminação a indivíduos ou grupos, o que pode resultar na exclusão social ou em atos violentos, afetando a dignidade dos atingidos, continuamente causando violação por possuírem resguardo constitucional. O ódio não é somente a razão do conflito entre os indivíduos, entre grupos, entre classes, sociedades inteiras e até mesmo nações. É também o sentimento de repulsa causado por razões sociais.

Em se tratar dos limites da liberdade de expressão, podemos observar através desse estudo que o exercício dos direitos naturais de cada homem só encontra limites naqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Assim, a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outra pessoa. Tais limites só podem ser determinados pela lei. Dessa forma o art. 5º acrescenta: "A lei só pode proibir as ações prejudiciais à sociedade"; inciso II: "Tudo o que não é proibido por lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não manda". Porém, esses limites, ao serem descumpridos, violam direito alheio e vão a julgamento e os tribunais brasileiros em

relação ao descumprimento desses limites se posicionam, apoiados em técnicas de ponderação de valores, fazendo um exame da adequação da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito para determinar qual direito será mantido em detrimento de outro em cada caso concreto, tendo em vista que a Constituição vigente não estabelece hierarquia entre direitos fundamentais. Por essa razão, não se pode escolher de forma geral e abstrata qual direito deve prevalecer sobre outro.

Conclui-se, portanto, que o discurso do ódio é um assunto complexo, tanto para os estudiosos do tema quanto para as decisões dos tribunais. Mesmo com toda a força normativa do direito à liberdade de expressão, dos limites reguladores e outros incisos igualmente presentes no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 onde versam sobre garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, nota-se através da escassez de julgados encontrados a respeito do assunto que, os tribunais brasileiros não possuem conformidade nas decisões, apesar dos esforços concentrados na utilização de técnicas de ponderação de valores e princípios. Cada um utiliza-se de hermenêutica própria para cada caso concreto. Isso se dá em razão da constituição vigente não estabelecer hierarquia entre direitos fundamentais, causando insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 12. ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O conceito de sociedade civil**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio?:** algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n.15, p.151, jan./mar. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Constituição da República Federativa do Brasil. 55. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

DA SILVA, Rosane Leal et al. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista Direito GV*, v. 7, n. 2, p. 445-467, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n2/a04v7n2>. Acesso em: 27 set 2019.

GLUCKSMANN, André. **O discurso do ódio.** Tradução Edgard de Assis Carvalho, Maria Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Difel, 2007.

HELLER, Agnes. **O cotidiano e a história.** Tradução Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico/ atualizadores: Nagib slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes.** 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, Rosane Leal da; BOLZAN, Luiza Quadros da Silveira. **Discurso de ódio:** liberdade de expressão ou violação dos direitos humanos?. 2012. Disponível em: <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/7116.pdf>>. Acesso em: 27 set 2019.