

A fronteira entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: questões contemporâneas

Ana Carolina de Freitas Paulino¹

Elisama dos Reis Alves²

Fernanda Archanjo Ferreira Braga³

Khener Luian Chaves Santos⁴

Paloma Barra Costa⁵

Rachel Morandi de Castro Santos⁶

RESUMO

O presente trabalho tem por propósito analisar a fronteira entre a liberdade de expressão e as opiniões de cunho preconceituosas na era das redes sociais, bem como os seus desdobramentos negativos na sociedade, observando os direitos fundamentais presentes na Lei Maior. Procura compreender o direito fundamental da liberdade de expressão e esclarecer que esta não é um direito absoluto; além de discutir acerca do discurso de ódio e sua expansão nas redes sociais, verificando a questão do anonimato e do sentimento de impunidade. A metodologia utilizada no presente trabalho será pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que quando houver conflitos em casos concretos entre os princípios constitucionais, liberdade de

¹ Graduando do curso de Direito da Faculdades Integradas Vianna Junior. email: anacarolinafreitas123@gmail.com

² Graduando do curso de Direito da Faculdades Integradas Vianna Junior. email: elisamaalves8225@gmail.com

³ Graduando do curso de Direito da Faculdades Integradas Vianna Junior. email: fernandaarchanjo04@icloud.com

⁴ Graduando do curso de Direito da Faculdades Integradas Vianna Junior. email: luian.khener@yahoo.com

⁵ Graduando do curso de Direito da Faculdades Integradas Vianna Junior. email: palomabarrac@gmail.com

⁶ Graduando do curso de Direito da Faculdades Integradas Vianna Junior. email: kelmorandi@gmail.com

expressão e discurso de ódio, deve ser feita uma ponderação para estabelecer os limites de cada direito fundamental.

PALAVRAS CHAVE: LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DISCURSO DE ÓDIO. REDES SOCIAIS. PONDERAÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIGNIDADE HUMANA. CASO ELLWANGER.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo quinto, inciso quarto e nono, bem como Tratados Internacionais, assegura como direito fundamental a liberdade de expressão, abrangendo a livre expressão do próprio pensamento, bem como a oportunidade de que a sociedade possa conhecer o mesmo.

Contudo, pode-se inferir que o advento da Internet facilitou a utilização de forma abusiva da liberdade de expressão, ampliando e auxiliando no que se refere ao discurso de ódio. Tendo em vista esse discurso de ódio, é preciso ser discutido o abuso desse exercício e avaliar as suas motivações a partir do momento que a liberdade de expressão de um indivíduo fere o direito constitucional de um terceiro. Dessa forma, é necessário atentar-se para o limite entre esse direito fundamental e o discurso de ódio.

Diante disso, indaga-se qual é o limite entre esse direito fundamental e o discurso de ódio?

Este artigo tem como objetivo geral analisar a fronteira entre a liberdade de expressão e as opiniões de cunho preconceituosas na era das redes sociais e seus desdobramentos negativos na sociedade, observando os direitos fundamentais presentes na Lei Maior.

Primordialmente, serão abordados os pressupostos históricos em determinados contextos culturais, evidenciando a questão referente à liberdade de expressão e o seu desenvolvimento ao discurso de ódio, principalmente na internet.

Posteriormente, apresentar-se-á os princípios constitucionais que envolvem essa Liberdade, sobretudo o supraprincípio da dignidade humana, bem como a manifestação do discurso de ódio na internet frente a liberdade de expressão.. Por fim, o último item evidenciará casos concretos que já foram enfrentados pelos Tribunais brasileiros, segundo as jurisprudências e o ordenamento jurídico pátrio, no tocante a referida problemática.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E O DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET

A Constituição Federal de 1988, lei maior do Estado, em seus incisos IV e IX, ambos presentes no artigo 5º, afirma que é livre a manifestação do pensamento e a livre a expressão de atividade de comunicação, independente de censura ou licença. Segundo o Procurador Carvalho (2015), o termo liberdade de expressão pode ser entendido como a livre manifestação do pensamento e sua comunicativa, sendo um “direito mãe”, ou seja, dessa garantia derivam as outras liberdades. Além disso, o jurista acredita que esse direito é fundamental ao regime Democrático e um pré-requisito para os cidadãos fazerem suas escolhas sem constrangimentos de outros.

De acordo com a professora da USP, Costa (2013), as primeiras ideias sobre a liberdade surgiram na Grécia Antiga, as quais os filósofos defendiam a importância do direito à voz de todos os cidadãos para a democracia direta. Ressalta a estudiosa que esse tema também foi foco da Primeira Geração dos Direitos Humanos, no final do século XVIII, associada à independência dos Estados Unidos e a criação de sua constituição, e à Revolução Francesa, em 1789. Seu marco histórico foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tendo como estudo a ideia clássica de liberdade individual. Diz ainda que, no Brasil, esse direito teve repercussão com a edição da Lei da Imprensa no segundo governo de Getúlio Vargas, que fazia repressão à liberdade de expressão da imprensa.

Preleciona o ativista Brancaglione (2017), que esses discursos existem desde os tempos remotos como hábitos fora das redes. Como no caso da primeira metade do século XX, em que a Europa foi palco para os regimes fascistas, destacando-se, como forma de menosprezo ao ser humano, o totalitarismo Nazista, que pregava a superioridade da raça ariana em detrimento da origem judaica, por exemplo.

Nesse sentido, a grande filósofa, Hannah Arendt (1967), de ascendência judaica, vivenciou o regime Nazista e suas mazelas, além de outros acontecimentos históricos marcantes, os quais foram criticados por ela. Cabe colocar que para essa grande expoente, as pessoas fazem o mal e agem de certa maneira, muitas vezes sórdida, pois elas sucumbem às falhas de pensamento e julgamento. Diante desse pensamento, é notório que sistemas políticos opressivos são capazes de utilizar dessas falhas do ser humano para considerarem legítimo um ato cruel, banalizando o mal.

Ainda nesse contexto, a intelectual diz, em seu ensaio de 1967, *Verdade e política*, que a verdade dos fatos históricos pode ser distorcida para justificar uma ação política ou para assegurar a resposta desejada em determinado momento. Assim, todo fato pode ser negado, uma vez que não se sabe se realmente ocorreu. De acordo com esse raciocínio, a realidade atual confirma o pensamento da filósofa, visto que os países, incluindo o Brasil, se valem de perspectivas de vida que ferem os direitos de certos grupos sociais a fim de garantir o desempenho político abarcado por certo grupo eugênico.

Insta salientar que com a Ditadura Militar no Brasil, a liberdade de manifestação do pensamento também foi altamente reprimida, já que esse governo impunha sanções jurídicas a todos que manifestassem contra o Estado. A censura foi um artifício de que o regime militar se valeu para calar seus opositores e impedir que qualquer tipo de mensagem contrária a seus interesses fosse amplamente divulgada. Como exemplo dessa censura são as artes produzidas por artistas como Chico Buarque de Holanda, que eram rejeitadas, e assim era necessário usar pseudônimos para que o autor conseguisse publicar suas obras. Com o AI-5, ato institucional, colocou uma censura prévia em todos os veículos de

comunicação. Essa vigilância dos meios de comunicação permaneceu até a entrada em vigência da Constituição de 1988, restabelecendo o regime democrático (CARVALHO, 2014).

1.1 Discurso de ódio na internet

De acordo com o professor Freitas e a operadora do direito Rodrigues (2016), com a explosão das redes sociais, nutridas pelo poderio da internet como maior meio de comunicação global, as formas de manifestação da opinião se confundem equivocadamente com discursos preconceituosos.

Para o filósofo Michel Foucault (apud SAMPAIO, 2011), a manifestação do pensamento é um princípio fundamental para a democracia, porém pode ultrapassar os limites do “bom senso”, visto que, muitas vezes, esse direito se transforma em discursos com a finalidade de promover discriminação a um grupo de pessoas.

Segundo Cortellini e Neves (2018), na nova era turbinada pela internet e pelas redes sociais, os discursos de ódio encontram aceitação e estímulo, haja vista que as facilidades do acesso possibilitam a todas as pessoas se expressarem de forma destemida, muitas vezes, “buscando holofotes”. Além disso, os advogados destacam que atualmente esses discursos que atingem a honra das pessoas são frequentemente utilizados porque o “mundo” online dá uma falsa sensação de anonimato e impunidade, já que tem difícil exercício de controle.

De acordo com Pontieri (2018), “a Lei Federal no 12.965, de 23 de abril de 2014 é conhecida como Marco Civil da Internet e estabelece em seu texto princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.” Além disso, é apontado que

[...] com a internet e os meios de comunicação em tempo real, é notório, ainda, que vem ocorrendo alguma recomposição de rotinas, solidariedades grupais, práticas culturais e expectativas das gerações mais jovens; e tudo indica que o informacionalismo está a atingir, com efeitos precisos, os sistemas de valores, crenças e representações com os quais nos orientamos e

aprendemos a pensar-nos a nós próprios e aos outros (SAMPAIO apud PONTIERI,2018).

Dessa forma, a liberdade de expressão já é um princípio garantido constitucionalmente, e a lei do Marco Civil da Internet reforça essa ideia, principalmente no que tange às novas mídias introduzidas na sociedade moderna com a Internet (PONTIERI, 2018).

Porém, como preleciona Cardoso, Zago e Silva (2018), quem pronuncia discurso de ódio, acredita estar no seu direito de dizer tudo, sobre qualquer coisa, para qualquer um, em qualquer situação, não se atentando para os princípios e garantias fundamentais que contrariam a manifestação odiosa de pensamento, em que esta não pode ser compreendida como parte legal da garantia constitucional da liberdade de expressão, pois caracteriza o abuso de direito. Nesse contexto, o legislador se preocupou em assegurar os direitos da liberdade de expressão e o direito à dignidade, ambos severamente oprimidos durante o período ditatorial.

Portanto, é de suma importância a análise histórico-social da liberdade de expressão, e como ela afeta o contexto subjetivo de cada indivíduo. Ademais, há a relevância da história quando esta implica na criação de normas fundamentais que vêm como protetoras de direitos. Porém, atentar-se para a ponderação de princípios em contradição é tarefa imprescindível no ordenamento jurídico. (PIOVESAN, 2018)

2 A MANIFESTAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET FRENTE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é assegurada por diversos Tratados Internacionais, como: a ONU, na sua declaração em seu 19 artigo; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA, artigo 13. Esse direito também é amplamente defendido pela Carta Magna brasileira em diversos artigos, sendo alguns deles: art. 5º, IV, V e IX, art.220 e art.220, §2º.

Segundo os estudiosos Rothenburg e Stroppa (2015), existe uma proteção à liberdade de expressão que se encontra totalmente abarcada pela garantia da dignidade da pessoa humana e da democracia. Contudo, no plano concreto das relações humanas, há necessidade de restringir tal liberdade. Tal limitação é precisa, posto que, em assonância com Marino (2019), a sociedade encontra-se diante de um processo de mudança e de construção de um modo de vida alicerçado no autoritarismo e na violência como norma, nos quais enquadram-se os discursos de ódio. Então, é necessário cercear a liberdade de expressão quando essa vier a colidir com outros preceitos defendidos pela ordem constitucional.

No que tange aos discursos de ódio, tem-se que esses são utilizados, conforme salienta Rothenburg e Stroppa (2015) sob o "manto enganoso da liberdade" vem a ferir diretamente aos objetivos da república pátria, que enfatiza em seu 3º artigo, incisos I e IV, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, comprometida com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nessa toada, segundo Lottenberg e Vainzof (2018), a doutrina criou, baseado no supracitado fragmento da Constituição, diversas chaves de análise, como tentativas de estigmatizar ou estereotipar grupos sociais, o uso de expressões que em si denotam ódio e podem ser capazes de gerar ameaças à ordem pública, atos de incitação ao ódio a grupos ou indivíduos identificados com grupos sociais, a negação de fatos históricos como o holocausto, crimes de ódio.

É certo que, os discursos de ódio ganham uma potencialização massiva com a internet, sobretudo, nas redes sociais, visto que, de acordo com Orkut Büyükkökten e Gnipper (2017), criador da encerrada rede social *Orkut*, as redes sociais da atualidade dão uma brecha para o avanço dos extremismos, já que esse sempre esteve por perto, mas agora é mais fácil de ficar exposto a isso. Afinal, a internet ressalta o melhor e o pior das pessoas, e, nas redes sociais, a liberdade de expressão e a facilidade de se compartilhar conteúdos são grandes atrativos. Tal fala de Orkut converge com as ideias expostas por Rothenburg e Stroppa, sendo

que com a expansão da Internet, os discursos de ódio ganham uma versão cibernética, atingindo grande camada social em um curto espaço de tempo.

É necessário destacar que, as redes sociais tornaram-se um meio difusor de opiniões de cunho odioso e, também um lugar propício para a externalização de preconceitos intrínsecos a quem expõe tal discurso. Nessa entoadada, abrange Costa (2016), que as redes sociais amplificam o ódio e reafirmam os preconceitos preexistentes incutidos às pessoas.

Assim sendo, o discurso de ódio sucede sem que os seus difusores se interessem com os possíveis crimes que podem ser cometidos com a sua exposição, sustentados pela ideia de que a internet é uma terra sem lei. Diante disso, Wanderley (2019), expressa que apesar de, ainda não existir uma lei específica tratando sobre os crimes cometidos no ambiente virtual, a Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso X, diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, logo, aquele que violar tais direitos personalíssimos deverá, uma vez comprovado ser o autor do ilícito, ser responsabilizado civil e até mesmo criminalmente. O Código Penal, também traz uma série de crimes que são plenamente possíveis de serem praticados no ambiente virtual, como por exemplo, os crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) dos artigos 138, 139 e 140 respectivamente, dentre outros vários tipos penais.

Dessa forma, é propício salientar fatos que denotam a expressão do discurso de ódio nas palavras de Paesani (2024, p.23)

Endereços que fazem campanha contra nordestinos, negros e judeus estão aumentando. A ação de racistas por meio da Internet preocupa organizações envolvidas com a defesa dos direitos humanos. Acredita-se que a rede está facilitando a divulgação do racismo e os sites que fazem essas campanhas estão aumentando. Skinheads, nazistas, nacionalistas, entre outros, divulgam livremente na rede suas ideologias e estimulam a discriminação contra negros, judeus e homossexuais.

Assim, pode-se notar que a fala de Paesani (2014) encontra imediatamente com a sociedade brasileira frente ao discurso de ódio na internet. Isso pode ser evidenciado pelo levantamento realizado pelo projeto “Comunica que Muda”, que mostrou números acerca da intolerância por meio de uma pesquisa com base em algoritmos nas plataformas sociais como Facebook, Twitter e Instagram, atrás de mensagens e textos acerca de temas como racismo, posicionamento político e homofobia. Nesse levantamento, identificaram 393.284 menções, e dessas, 84% delas possuíam abordagem negativa, com exposição de preconceito e discriminação, testemunhando assim, o quanto a internet é uma potencial propulsora do ódio.

2.1. Discurso de ódio e princípios constitucionais

O estudioso Leonardo Marino (2019) analisa a situação migratória das tartarugas-de-couro, que iniciam um longo deslocamento entre o litoral do Gabão, na África Central, local onde é encontrada a maior colônia de reprodução dessa espécie no planeta, para a costa da América do Sul, local em que elas passam a maior parte do seu ciclo de vida. As tartarugas não percebem o aumento progressivo das distâncias, o afastamento das margens e das condições que garantiam a sua segurança. Através de uma analogia a tal fenômeno, é possível compreender que o ser humano, em diversos episódios de sua vida política e social, não remete a atenção necessária aos pequenos sinais de mudança; não percebendo o que realmente representam determinados atos, discursos e gestos que carregavam, mesmo que minimamente, alguns sinais de relevante alteração no regime público. Ao desprezar o mérito dos pequenos sinais, torna-se impossível ter a percepção das transformações que estão em curso, como resultado, acaba sendo imposto um custoso obstáculo, que acaba colocando em risco a subsistência do que é considerado uma condição ideal para conservação da democracia, como o conflito entre a liberdade de expressão, o discurso de ódio e a dignidade da pessoa humana.

Sobre a mesma égide, o caput do art. 5º da Carta Magna corrobora com a igualdade de todos sem distinção de qualquer natureza. Destarte, a igualdade de todos, por possuírem o mesmo atributo de portadores da dignidade como pessoa humana, consiste em uma conjectura basilar à utilização dos demais direitos fundamentais e decorre claramente do texto constitucional. No entanto, de acordo com o jurista Miguel Reale Júnior (2011), a ofensa mais grave à dignidade da pessoa humana, a destruir a igualdade da dignidade social de todos, é a discriminação. O operador do direito analisa duas importantes decisões do Supremo Tribunal Federal, salienta que limites devem ser impostos à liberdade de expressão e de manifestação de pensamento diante de outros valores constitucionais; a partir disso, é possível compreender que o objeto de reflexão são os valores consagrados nas normas constitucionais que definem os parâmetros e os objetivos cruciais da República, os preceitos da igualdade e da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da honra que podem ser colocados em risco pela livre manifestação de expressão intelectual e de pensamentos, que constituem também, estruturas sobre as quais se firmam o Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, mesmo que utilizada como argumento em defesa de determinados tipos de discurso de ódio, cabe memorizar que a liberdade de expressão não é absoluta, como frisam os próprios padrões internacionais sobre o tema. Citada pelo jornalista e mestre em comunicação e sociedade, Paulo Victor Mello (2019) alega que “a liberdade de expressão não pode ser guarda-chuva para discursos que estimulam e incitam a violência contra grupos específicos nem pode colidir com direitos de outras pessoas”. Por certo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966, e o Pacto de San José da Costa Rica, de 1992, simultaneamente, garantem a liberdade de expressão, impõem responsabilidades no seu exercício e limita a apologia ao ódio, principalmente contra grupos sociais, étnicos e religiosos, dentre outros que são considerados como minorias.

Ocorre que, devido à intensa utilização dos meios de comunicação social e as opiniões mal fundamentadas dos cidadãos acabam por aludir a preceitos preconceituosos de certos grupos da sociedade, o que gera uma dúvida acerca da

prevalência entre os princípios da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, a autora de direitos humanos, Flávia Piovesan atenta que:

[...] enquanto no modelo estrito das regras há relação de exclusão total de uma, em face da incidência de uma outra, com os princípios ocorre algo diverso, pois que se configura um balanceamento, uma harmonização entre ambos, um juízo de ponderação. (PIOVESAN, 2017, p.599).

Nesse sentido, entende-se que os direitos fundamentais não são absolutos e, por isso, “ao momento em que outros direitos garantidos começam a serem ameaçados ou violados, vê-se a necessidade de se estabelecer uma determinada limitação ao uso da livre manifestação de pensamento”. (CARDOSO; ZAGO; SILVA, 2018)

Para o magistrado e especialista em direito constitucional, Ingo Sarlet (2015), um dos grandes desafios na perspectiva do Direito é.

assegurar um equilíbrio entre ao exercício pleno da liberdade expressão nas suas mais diversas dimensões e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade dos indivíduos.

Em declaração acerca da existência de limites à liberdade de expressão, o Ministro Celso de Mello, citado por Miguel Reale Júnior, (2015) alega:

A proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. [...] Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, assim, nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. [...] Cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não

pode, e não deve ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas. [...]

Acrescenta, então, o Ministro, que a liberdade de manifestação de pensamento deve obedecer às limitações de ordem jurídica, destinadas a preservar a integridade do interesse social e garantir a convivência harmoniosa das liberdades, diante de evidentes propósitos delituosos de impulsos à intolerância e de incitação ao ódio.

Ademais, citado pelo jurista Miguel Reale Júnior (2005), o constitucionalista e também Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, afirma similarmente que não é possível atribuir prioridade absoluta à liberdade de expressão, já que estamos inseridos numa sociedade diversificada, em face de outros princípios como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade. O magistrado aponta que para haver uma solução de conflitos entre direitos, deve-se analisar mérito de cada um dos direitos através da observância das premissas que integram o princípio da proporcionalidade, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Por fim, é válido acentuar que os Princípios de Camden⁷, criados pelo artigo 19, sobre a liberdade de expressão e igualdade recomenda a verificação dos seguintes critérios como forma de fixação de parâmetros para enquadrar um discurso como sendo de ódio:

- i. Severidade: a ofensa deve ser “a mais severa e profunda forma de opróbrio”.
- ii. intenção: deve haver a intenção de incitar o ódio.
- iii. conteúdo ou forma do discurso: devem ser consideradas a forma, estilo e natureza dos argumentos empregados.
- iv. extensão do discurso: o discurso deve ser dirigido ao público em geral

⁷ Esses Princípios foram preparados pela ARTIGO 19 (ARTICLE 19), com base em discussões sobre liberdade de expressão e igualdade envolvendo um grupo de oficiais de alto nível da ONU e de outras organizações, assim como especialistas em direito internacional dos direitos humanos da academia e da sociedade civil, reunidos em encontros realizados em Londres nos dias 11 de dezembro de 2008 e 23-24 de fevereiro de 2009. Os Princípios representam uma interpretação progressiva dos padrões e normas internacionais, das práticas aceitas pelos Estados (como refletidas em legislações nacionais e julgamentos de tribunais nacionais) e dos princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade das nações.

ou à um número de indivíduos em um espaço público. v. probabilidade de ocorrência de dano: o crime de incitação não necessita que o dano ocorra de fato, entretanto é necessária a averiguação de algum nível de risco de que algum dano resulte de tal incitação. vi. iminência: o tempo entre o discurso e a ação (discriminação, hostilidade ou violência) não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado. v. contexto: o contexto em que é proferido o discurso é de suma importância para verificar se as declarações tem potencial de incitar ódio e gerar alguma ação (apud ROTHENBURG e STROPPIA, 2015).

Ou seja, em assonância com tal artigo, se algum discurso enquadrar-se nesses critérios supracitados, trata-se de um discurso de ódio, o que violenta incisivamente a Carta Magna de 1988.

3 O DISCURSO DE ÓDIO COMO CRIME E A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL

Quando evidencia o antagonismo entre liberdade de expressão e discurso de ódio, para o professor e desembargador Ingo Wolfgang Sarlet (2018), a ausência de regulação do *hate speech* e a falta de medidas minimamente eficazes para a sua contenção e sancionamento, implica em uma violação dos deveres de proteção estatais para com os direitos de personalidade, mas acima de tudo da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, eventuais medidas tomadas com esse objetivo não podem gerar violação, por conta de uma intervenção juridicamente ilegítima na esfera de proteção de outros direitos humanos e fundamentais, como é o caso, em primeira linha, da liberdade de expressão e de informação, à qual deve ser sempre assegurada uma posição de proeminência. Nesse sentido de acordo com Cardoso, Zago, Silva, 2018 analisa,

[...] a limitação do discurso odioso é, portanto, a maneira mais eficaz de garantia da própria liberdade de

expressão, oferecendo oportunidade a todos de um discurso saudável, ético e moral. Por sua vez, caso a liberdade de expressão fosse ao ordenamento jurídico brasileiro absoluta e, ocorresse sem ponderação ou limites a sociedade, como incide frequentemente aos Estados liberais, ao mesmo tempo que possibilitaria a livre manifestação de um determinado grupo, silenciaria a livre manifestação de grupos minoritários, pelo receio do que poderia vir a ocorrer, ou seja, a liberdade de expressão seria predominante e hierárquica para apenas grupos de maioria, assim, prevalecendo na sociedade apenas posicionamentos sociais majoritários.

Em suma, Sarmiento (apud CASTRO, 2019) alega que, somente a proibição do discurso do ódio não soluciona por si só os problemas de injustiça estrutural e de falta de reconhecimento social das minorias. Nessa ótica, são necessárias ações públicas energéticas que visam à redução das desigualdades e, simultaneamente, estimulam a cultura da tolerância e da valorização da diversidade, através da educação e de campanhas públicas. Entretanto, o doutrinador não vê impeditivo em uma proibição do discurso do ódio, haja vista que entende que, ao não coibir manifestações de ódio, o Estado está emitindo a mensagem de que concorda com essas manifestações. Com isso, ao coibi-la, emite firme posição em favor da igualdade e do respeito aos direitos dos grupos mais vulneráveis da sociedade.

A mais importante apreciação feita pelo STF acerca da liberdade de expressão e discurso e ódio é do denominado "caso Ellwanger". Esse processo discorre sobre a denúncia pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, de que o autor e editor, Siegfried Ellwanger, em sua obra "Holocausto judeu ou alemão – nos bastidores da mentira do século (1987)", teria praticado racismo contra os judeus. Em sua obra, o autor argumentou que nunca houve câmaras de gás nos campos de concentração e eles não seriam campos de extermínios, mas centros de trabalho forçado, afirmando que o holocausto judeu seria uma "mentira forjada". Após a denúncia do Ministério Público, o autor foi absolvido em primeira instância, porém a decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, condenando-o. O caso foi para o STJ, que indeferiu o pedido de *habeas corpus* da defesa de

Ellwanger. Em seguida, impetrou-se o Habeas Corpus 82.424-2 do Rio Grande do Sul no Supremo Tribunal Federal.

Segundo Taynara Izidoro (2014), a alegação de Ellwanger foi negada, visto que a liberdade de expressão nesse caso ia de encontro direto ao direito à dignidade e à igualdade (foi o primeiro caso relacionado a liberdade a ser julgado pelo STF.) Dessa maneira, ao averiguar esse caso, percebe-se o quão abrangente e grave se torna o discurso de ódio e a liberdade de expressão. Ao apurar a liberdade de expressão, é notório que ela é um princípio fundamental de todos os cidadãos. Entretanto, é evidente que tal elemento constitucional é limitado, haja vista que nenhum o direito pode sobrepor a outro, que já é assegurado ao ser humano. Todavia, apesar de possuir o recurso legislativo, é verificado que a discriminação o fere, tendo em vista que ela incita desigualdade e, em consequência, inviabiliza a garantia da dignidade.

As obras de Ellwanger tem conteúdo de cunho desfavorável à sociedade, pois incita ao desentendimento entre os cidadãos, à intolerância ao diferente, e ao ódio contra aqueles que o autor diz serem inventores de um fato, que, em sua mente fizeram, mentiram para ter o poder. Agora, como deixar que estas publicações rodem livremente as ruas das cidades, sabendo que elas tem uma mensagem de ódio por trás que pode causar um desequilíbrio social? Prova-se aqui que a liberdade de expressão deve ser limitada no momento em que esbarra em direitos e questões como essas.

Como esse caso foi o primeiro relacionado à liberdade de expressão a ser julgado pelo crime de racismo. Além dos já citados princípios constitucionais e artigos da Magna Carta que protegem o ser humano contra o discurso de ódio e preconceitos, no ordenamento jurídico pátrio, temos a Lei n. 7.716 de 1989. A norma - que define os crimes de racismo - trás em seu artigo primeiro a seguinte redação, atualizada em 1997: "Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional." A norma, em seu artigo 20, aponta como crime a prática de discriminação por critério

de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, adicionando em seu §1º a punibilidade de atos divulgadores do nazismo.

Aos discursos de ódio embasados nesses critérios, a Lei brasileira reserva a categoria de ilicitude. Aos demais, é silente a legislação ordinária, cabendo a aplicação de medidas coadunantes com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) – norma fundamental de plena eficácia que legitima e confere unidade de sentido à ordem constitucional brasileira (Sarlet, 2011, p. 91 apud Silva, 2011) –, e dispositivos a ele diretamente vinculados, como a igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*), a igualdade de gênero (art. 5º, I) e a não submissão a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). Posto que conforme o ordenamento jurídico brasileiro há discursos de ódio ilícitos e não ilícitos (SILVA, 2011).

Assim sendo, essa limitação trazida na Lei 7.716/1989, torna mais difícil uma punição penal a várias formas de discriminação e preconceito através do discurso de ódio, principalmente na internet, pois, além da reduzida abrangência da norma, a rede mundial de computadores recebe uma quantidade gigantesca de mensagens com opiniões pessoais das mais diversas, como enfatiza a mestre em Letras e pesquisadora em Direito Informacional, Olivia Olmos (2016): "se não bastasse uma pessoa expor a opinião, as redes sociais possibilitam que outras compartilhem em suas redes a opinião manifestada, podendo gerar uma enorme divulgação." Como também salienta Cardoso; Zago; Silva (2018):

[...] tendo em vista as facilidades que a tecnologia proporciona através da internet, bem como pelo desenvolvimento econômico e políticas de inclusão social, possibilitou que a tecnologia chegasse a grande parte da população. Assim, as redes sociais são hoje, um dos meios mais rápidos e eficaz de se espalhar ideologias e posicionamentos de determinados grupos sociais sobre outros e, que, se inserem muitas vezes como dominantes em suas condutas.

Diferentemente do que foi decidido no RHC 134.682/BA, a segunda turma do STF negou o pedido formulado pela defesa de trancamento da ação penal no RHC 146.303/RJ. Neste caso - como explica Cavalcante (2018) - um pastor de uma determinada igreja evangélica, publicou, em seu *blog*, vídeos e *posts* de conteúdo religioso, nos quais ofendeu líderes e seguidores de outras crenças religiosas diversas da sua (católica, judaica, espírita, islâmica, umbandista etc.), pregando, inclusive, o fim de algumas delas e imputando fatos ofensivos aos seus devotos e sacerdotes. O pastor afirmou, por exemplo, que os seguidores dessas outras crenças “sofrem” e “padecem”, sendo “estuprados”, “violentados” e “destruídos” por seguirem “caminhos de podridão”. Utilizou expressões como “religião assassina”, “líderes assassinos”, “prostituta católica”, “prostituta espiritual” e “pilantragem”. Diante disso, ele foi denunciado e condenado pela prática do crime previsto no art. 20, §2º, da Lei nº 7.716/81. Segundo a defesa, a condenação ideológica de outras crenças é inerente à prática religiosa, e se trataria de exercício de uma garantia constitucionalmente assegurada (HOUAISS, 2019).

Contudo, a Segunda Turma do STF não concordou com tal argumento, gerando o entendimento de que: “A incitação ao ódio público contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão” (STF. 2ª Turma. RHC 146303/RJ, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 6/3/2018 - Informativo 893).

A primeira Turma do STF rejeitou a denúncia do MPF contra o deputado Federal Marco Feliciano, a qual enquadra dentro do artigo 20 da Lei n. 7.716/1989, comentários proferidos pelo parlamentar em sua página na rede social *Twitter* que indicavam, para o Ministério Público Federal, indução ou incitação à discriminação ou à preconceito a relações homoafetivas. Porém, tal declaração não foi, à época, considerada abarcada como racismo, sendo tratada como conduta reconhecida como atípica pelo relator e demais votantes.

Todavia, a decisão em plenário do STF, em 13 de junho de 2019, por meio da ADO 26, passou a considerar também punível pela Lei do Racismo a homofobia e

transfobia, abarcando então, crimes com relação à orientação sexual dentro da Lei n. 7.716/1989, fixando a seguinte tese:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (CÓDIGO PENAL, art. 121, § 2º, I, "in fine").

Dessa forma, se o caso do deputado Marco Feliciano fosse julgado após a ADO 26, tal conduta não seria atípica, configuraria a crime de racismo, a partir da nova interpretação da Suprema Corte.

No que tange aos casos mencionados, conclui Houaiss (2019), pode-se perceber que a análise quanto ao tipo de discurso utilizado e se há de fato incitação ao ódio, gerando a condenação nos moldes da Lei 7.716/89, deverá ser realizada de forma casuística, ou seja, dependerá do caso concreto. Cavalcante (2018) elucida ainda que é necessária análise das palavras que foram proferidas e da intenção do líder religioso de suprimir ou reduzir a dignidade daquele que é diferente de si. Desse modo, não é qualquer crítica de um líder religioso a outras religiões que configura o crime de racismo.

Destarte, é imprescindível a ponderação em caso de colisão entre princípios constitucionais - como entre liberdade de expressão e proibição da discriminação e preconceito - considerando as especificações de cada situação concreta, mostrando assim ser a ponderação o meio mais idôneo para solucionar conflitos entre princípios que, em abstrato podem conviver, porém são potencialmente contraditórios na aplicação à um caso específico.

CONCLUSÃO

Constata-se que as questões histórico-culturais são de extrema importância para analisar o contexto atual da liberdade de expressão, como direito fundamental expresso na Lei Maior, esta garantia de liberdades anteriormente cerceadas ou mesmo inexistentes. No entanto, sabe-se que os direitos fundamentais tem caráter disponível, podendo sofrer limitações, o que é o caso da liberdade de expressão quando influencia negativamente a dignidade de determinados indivíduos ou grupos que sofrem o discurso de ódio.

Pautado no art. 5º da Carta Magna do ordenamento jurídico brasileiro, compreende-se que a igualdade, sem distinção de qualquer natureza, consiste em uma presunção à aplicação dos demais direitos fundamentais e advém do texto constitucional. Preceitos como honra, intimidade, igualdade, os direitos da personalidade e sobretudo a dignidade da pessoa humana podem ser ameaçados pela livre manifestação de pensamento. Nesse sentido, acredita-se que a liberdade de manifestação de pensamento deve obedecer às limitações do ordenamento jurídico, preservando a integridade do interesse social e garantindo a convivência harmoniosa das liberdades.

No que tange à Jurisprudência brasileira, esta tem sido extremamente incisiva na garantia e ponderação de direitos fundamentais, através dos controles de constitucionalidade e dos remédios constitucionais. O Poder Judiciário explícita através de suas decisões a soberania da dignidade da pessoa humana. Destarte, nota-se que os limites entre o direito fundamental da liberdade de expressão e o discurso de ódio deve ser vislumbrado através de um juízo de ponderação pelo aplicador do direito.

Portanto, conclui-se que quando o conteúdo da liberdade de expressão se deparar com o discurso de ódio, deve ser utilizado a ponderação entre esses princípios constitucionais, definindo qual será o limite de cada.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ayla do Vale. MISI, Márcia Costa. **Da liberdade de expressão ao discurso de ódio: uma análise da adequação do entendimento jurisprudencial brasileiro à jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., dez./2016, pp. 149-170. Disponível em:

<<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/69863/40497>>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

ARENDDT, Hannah. **Verdade e Política** The New Yorker, 1967.

BRANCAGLIONE, Marcus. Charlottesville: o Nazismo e a liberdade de expressão. **Medium**. 2017. Disponível em< <https://medium.com/@mbrancaglione/charlottesville-o-nazismo-e-a-liberdade-de-express%C3%A3o-1c275f601fdb>> Acesso em 23. Set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html. Acesso em: 06 out 2019

BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei Federal 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.html

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682/BA. Relator: Ministro Edson Fachin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 nov. 2016.

BÜYÜKKÖKTEN, Orkut; GNIPPER, Patrícia. Uma análise sobre a propagação do ódio pela internet e suas consequências. Disponível em: < <https://canaltech.com.br/comportamento/uma-analise-sobre-a-propagacao-do-odio-pela-internet-e-suas-consequencias-100018/>> acesso em: 06 de out. 2019.

CARDOSO, Sarah Correa; ZAGO, Camila; SILVA, Bianca Vieira da. Dignidade da pessoa humana face o abuso da liberdade de expressão e suas limitações. **Jus Navigandi**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71639/discurso-de-odio-nas-redes-sociais/1>. Acesso em: 16 out 2019

CARVALHO, Lucas Borges de, A censura política à imprensa na ditadura militar:fundamentos e controvérsias. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 1, 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/36349/22401>. Acesso em: 23. Set. 2019.

CARVALHO, Lucas Borges. Censura e liberdade de expressão na Assembleia Constituinte (1987-1988). **RIL Brasília**. 2015. Disponível em < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/519999/001063206.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em 14. set. 2019.

CASTRO, Marcela Magalhães e. A liberdade de expressão e o discurso de ódio: análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13313/1/20810599.pdf> Acesso em: 13 de outubro de 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Análise do caso "Jonas Abib". Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a5585a4d4b12277fee5cad0880611bc6>>. Acesso em: 18 de outubro de 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A incitação de ódio público feita por líder religioso contra outras religiões pode configurar o crime de racismo. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7b6982e584636e6a1cda934f1410299c>>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

COSTA, Bob Vieira da. Redes de intolerância: Brasil cultiva discurso de ódio nas redes sociais, mostra pesquisa. 2016. Elaborado por Comunica que muda by nova/sb. Disponível em: <<https://www.comunicaquemuda.com.br/redes-da-intolerancia/>>. Acesso em: 18 set. 2019a.

COSTA, Maria Cristina Castilho. Liberdade de Expressão Como Direito – História e Atualidade. **NHENGATU – Revista Iberoamericana de Comunicação e Cultura Contra-hegemônicas**. Disponível em <<https://revistas.pucsp.br/nhengatu/article/view/34174/23475>> Acesso em 15. Set. 2019.

CORTELLINI, Isabel, NEVES, Felipe Costa Rodrigues, . Liberdade de expressão em tempos de internet. **Constituição na escola**. 2018. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/ConstituicaoonaEscola/123.MI287487.51045-Liberdade+de+expressao+em+tempos+de+internet>> Acesso em 23. Set. 2019.

CONJUR. Supremo aprova equiparação de homofobia a crime de racismo. 2019. <https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/stf-reconhece-criminalizacao-homofobia-lei-racismo> Acesso em: 10 de outubro de 2019.

CONJUR. Supremo rejeita denúncia contra Feliciano por crime de homofobia. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-12/stf-rejeita-denuncia-feliciano-homofobia>. Acesso em 10 de outubro de 2019

FREITAS, Eduardo Silva de; RODRIGUES, Larissa Ivone Santos. A criminalização do discurso de ódio frente à função democrática da liberdade de expressão. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4741, 24 jun. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50011>. Acesso em: 11 set. 2019.

HOUAISS, Victoria Cury. Hate speech no contexto da liberdade de expressão e dos direitos das minorias. 2019. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/VICTORIACURYHOUAISS.pdf Acesso em: 18 de outubro de 2019.

IZIDORO, Taynara. O caso Ellwanger. 2014. Disponível em: <https://izidorotaynara.jusbrasil.com.br/artigos/170411083/o-caso-ellwanger>. Acesso em: 16 de outubro de 2019.

LOTTENBERG, Fernando; VAINZOF, Rony. Discurso de ódio, redes sociais e o Marco Civil da Internet (parte 1). *Revista Consultor Jurídico*, 13 de julho de 2018, 6h14. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jul-13/opinioao-discurso-odio-redes-sociais-marco-civil-parte>> Acesso em: 06 de Outubro/2019.

MARINO, L.F. A banalização do absurdo e os discursos de ódio. **Revista Eletrônica Justificando**. Mentis inquietas pensam Direito. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/09/16/a-banalizacao-do-absurdo-e-os-discursos-de-odio/>> acesso em: 06 de outubro de 2019.

MARINO, L. F. Tempos Intolerantes: as redes sociais e os discursos de ódio. **Estado de Direito**, v. 1, p. s/p, 2017

MELLO, Paulo. Banalização do ódio e ódio político on-line marcam 2018 e ameaçam liberdade de expressão. Revista Eletrônica Intervezes- Coletivo Brasil de Comunicação. 2019. Disponível em: <<http://www.intervezes.org.br/direitoacomunicacao/?p=30195/>> Acesso em: 06 de outubro de 2019.

OLMOS, Olívia Martins de Quadros. Liberdade de expressão x discurso de ódio: abordagem a partir das redes sociais. 2016. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/liberdade-de-expressao-x-discurso-de-odio-abordagem-a-partir-das-redes-sociais/> Acesso em: 12 de outubro de 2019.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 10. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

PONTIERI, Alexandre. Marco Civil da Internet: neutralidade de rede e liberdade de em: <https://jus.com.br/artigos/68466>. Acesso em: 6 out. 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. In: **Direitos humanos**[S.l: s.n.], 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPIA, Tatiana. Liberdade de expressão e discurso de ódio: O conflito discursivo nas redes sociais. Santa Maria, RS. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>> Acesso em: 06 de outubro/2019.

SAMPAIO, Simone Sobral. A liberdade como condição das relações de poder em Michel Foucault. **Revista Katálysis**. 2011, Florianópolis. Vol 14. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802011000200009 > Acesso em 23. Set. 2019.

SARLET, Ingo. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na internet e a jurisprudência da CEDH. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-out-26/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-discurso-odio-redes-sociais#top/> > Acesso em: 06 de outubro de 2019

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e discurso do ódio: de Karlsruhe a Charlottesville. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-10/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-discurso-odio-karlsruhe-charlottesville> Acesso em: 12 de outubro de 2019.

SILVA, Rosane Leal da et al . Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Rev. Direito GV**, São Paulo , v. 7, n. 2, p. 445-468, Dec. 2011 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 Outubro de 2019.

STF. ADO 26. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> Acesso em 10 de outubro de 2019.

STF, informativo 944, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=racismo+e+crime&pagina=1&base=INFO>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

STF. 1ª Turma. RHC 134682/BA, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 29/11/2016 (Info 849). Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/04/a-incitacao-de-odio-publico-feita-por.html>. Acesso em: 17 de outubro de 2019.

WANDERLEY, Klebson - Advogado Criminalista (OAB-PB 25.570). Internet é terra “sem lei”. Será?. De olho no Cariri. Disponível em: <<https://deolhonocariri.com.br/geral/artigo-internet-e-terra-sem-lei-sera>> Acesso em: 06 de outubro/2019.

_____. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 14 de outubro
2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.424. Relator: Ministro Moreira Alves.
Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=205245
2](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452)>