

LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE FRENTE AO DISCURSO DE ÓDIO

Paulo César Bellé¹

Taynara Stefani Schmitz²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ANÁLISE INICIAL ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 4 LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 4.1 DISCURSO DE ÓDIO: MANIFESTAÇÃO LEGÍTIMA OU ELEMENTO INIBIDOR AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO?. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

Resumo: A compreensão de que existem direitos fundamentais à pessoa humana é de extrema importância para que se possa conviver em sociedade, sendo a democracia um elemento imperioso para garantir a concretização de tais direitos. Por esse sentido, sabe-se que a liberdade é um valor democrático, e o seu desdobramento na liberdade de expressão também o é, sendo uma das principais formas de validação desse processo. No entanto, mais importante do que reconhecer a essencialidade desse valor, é compreender que o mesmo não é absoluto, ainda mais quando proveniente de discursos de ódio, o qual encontra sua legitimidade ainda discutível no campo jurídico, tendo em vista que se baseia na intolerância, discriminando indivíduos ou grupos que resultam em atos violentos que atingem a dignidade da pessoa humana. Diante disso, para alcançar o objetivo proposto neste trabalho, será utilizado do método procedimental monográfico, por meio da interpretação comparativa, sistemática e sociológica, tendo como método de abordagem dedutivo, sendo esta presenciada na análise da controvérsia permeada sobre o direito fundamental à liberdade de expressão e sua limitação quando oriunda de discursos de ódio.

Palavras-chave: Democracia. Direitos Fundamentais. Discurso de Ódio. Liberdade de expressão.

Abstract: The understanding that there are fundamental human rights is extremely important for us to live in society, with democracy being an imperative element to guarantee the realization of such rights. In this sense, it is known that freedom is a democratic value, and its development in freedom of expression is also one of the main forms of validation of this process. However, more important than recognizing the essentiality of this value, is understanding that it is not absolute, even more so when it comes from hate speech, which finds its legitimacy still debatable in the legal field, considering that it is based on intolerance, discriminating against individuals or groups that result in violent acts that affect the dignity of the human person. Therefore, to achieve the objective proposed in this work, the monographic procedural method will be used, through comparative, systematic and sociological interpretation, with a deductive approach method, which is seen in the analysis of the controversy surrounding the fundamental right to freedom of expression. expression and its limitation when arising from hate speech.

Keywords: Democracy. Fundamental rights. Hate Speech. Freedom of expression.

¹ Acadêmico do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário FAI – UCEFF Itapiranga. Email: paulocbelle@gmail.com

² Professora do Curso de Graduação em Direito na Unidade Central de Educação Fai Faculdades de Itapiranga – SC. Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pela Faculdade de Itapiranga –FAI. E-mail: taynara@uceff.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa aborda uma questão central no âmbito dos direitos individuais: a liberdade de expressão, um direito fundamental consagrado em diversas constituições ao redor do mundo. Essencial para a democracia e a construção de uma sociedade plural e tolerante, a aplicação plena desse direito encontra desafios e limitações que geram debates pertinentes e complexos.

Neste sentido, este artigo tem como objetivo analisar criticamente as implicações da liberdade de expressão no cenário contemporâneo, especialmente no contexto do discurso de ódio, questionando se sua manifestação pode ser considerada legítima ou se representa um elemento inibidor ao exercício pleno desse direito. Para isso, é fundamental conduzir uma análise inicial aprofundada sobre os direitos fundamentais e a evolução da liberdade de expressão como um direito inalienável, sujeito, ao mesmo tempo, a restrições em prol do bem comum e da coexistência pacífica na sociedade.

E para tanto, o artigo será dividido em três tópicos: o primeiro abordará considerações iniciais sobre os direitos fundamentais, destacando sua importância para a manutenção da harmonia na sociedade, incluindo uma retrospectiva histórica, principais características, separação e classificação dos direitos em gerações. O segundo tópico discutirá a liberdade de expressão em um contexto amplo, examinando sua expansão no ordenamento jurídico ao longo das décadas e sua compreensão como um direito fundamental, incluindo sua conceituação e positivação em âmbito nacional e internacional.

No terceiro tópico, será abordado o caráter não absoluto da liberdade de expressão, expondo suas principais limitações e discutindo o polêmico discurso de ódio, desde sua conceituação até sua aplicação e a forma de resolução quando entra em conflito com outros direitos igualmente relevantes. Em resumo, este estudo visa promover uma reflexão abrangente sobre a liberdade de expressão e suas nuances na contemporaneidade, proporcionando uma compreensão mais profunda dos desafios e complexidades envolvidos em seu exercício, e estimulando um debate informado e construtivo sobre esse tema crucial para a democracia e a convivência social.

2 ANÁLISE INICIAL ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, nas palavras de Luís Roberto Barroso, podem ser conceituados como “direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico. Significam a positivação, pelo Estado, dos direitos morais das pessoas”.³

Sobre o surgimento desses direitos, Barroso afirma que

os direitos fundamentais nascem, historicamente, como direitos individuais, voltados para a proteção do indivíduo em face do Estado. No plano filosófico, sua origem mais próxima está no Iluminismo, estuário final das ideias libertárias que se iniciam com o humanismo racionalista do Renascimento e sofrem a influência de eventos marcantes como a Reforma Protestante, a Revolução Científica e a Paz de Westfalia (pondo fim às guerras religiosas na Europa). No plano político, sua consagração se dá com a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na França.⁴

Desenvolvido por Karel Vasak no ano de 1977, a evolução dos direitos fundamentais acabou ganhando novos contornos quando relacionada ao lema da Revolução Francesa, popularmente conhecido como: *liberdade, igualdade e fraternidade*.⁵ Dessa forma,

os direitos de primeira geração correspondem ao Estado liberal, ligados à autonomia privada (direitos e liberdades individuais) e à autonomia pública (direitos de participação política). Consistem, portanto, nos direitos à vida, à liberdade, à igualdade formal, bem como os direitos de votar e ser votado. A segunda geração se identifica com os direitos que se consolidaram com o Estado social, como consequência da industrialização, da luta contra a desigualdade e da reação ao avanço do socialismo. São direitos que envolvem as chamadas liberdades sociais – direitos de sindicalização e de greve –, os direitos trabalhistas, como salário mínimo, férias, repouso remunerado, bem como as prestações afetas a educação, saúde, previdência e assistência sociais. A primeira geração, portanto, é a dos direitos fundados na liberdade e, a segunda, os que buscam a

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. s.p.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. s.p.

⁵ RODRIGUES SILVA, Isabel Germano; SILVA, Josiane da Costa. Liberdade de Expressão e seus Limites: o Discurso de Ódio é Tolerável?. **Virtuajus**, v. 3, n. 5, p. 255-273, 14 fev. 2019. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/19519>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

igualdade material. A terceira geração, ainda inspirada no lema da Revolução Francesa, é a da fraternidade (ou solidariedade), compreendendo direitos que não são fruídos individualmente, mas por toda a sociedade, como a proteção do meio ambiente, o patrimônio histórico, o direito à paz, ao desenvolvimento e à autodeterminação dos povos.⁶

Partindo dessa perspectiva, os direitos de primeira geração tiveram como objetivo a limitação do poder estatal, também conhecidos como direitos negativos. Esses direitos estão intrinsecamente ligados às liberdades individuais, ao exemplo da liberdade de opinião, imprensa e crença.⁷

E por esse sentido, importante salientar que sobre essa geração de direitos, o seu surgimento teve como marco inicial o século XVIII, especificamente no período das revoluções liberais, ao exemplo da Revolução Francesa, e, dentre os diversos direitos fundamentais, esta garantia também teve suas expansões, o qual é possível ainda visualizar até os dias atuais.⁸

Sua conceituação advém de concepções positivas ou negativas. Sendo que, no sentido negativo, está relacionado à resistência à coação ou à opressão do poder autoritário. Já no sentido positivo, está relacionada principalmente à livre participação no poder.⁹ Kildare Gonçalves Carvalho expande essa abordagem ao dispor que

a liberdade, [...] deve ser entendida como liberdade positiva e liberdade negativa. A primeira refere-se à liberdade dos antigos (gregos), ou seja, a liberdade que leva os cidadãos a participarem da atividade política e das decisões públicas. É concebida como liberdade para. A segunda é a liberdade-autonomia do homem, que impede que o poder político avance sobre os direitos individuais. É concebida como a liberdade de. Preserva assim os direitos individuais contra o poder político.¹⁰

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. s.p.

⁷ RODRIGUES SILVA, Isabel Germano; SILVA, Josiane da Costa. Liberdade de Expressão e seus Limites: o Discurso de Ódio é Tolerável?. **Virtuajus**, v. 3, n. 5, p. 255-273, 14 fev. 2019. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/19519>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 111.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 234-235.

¹⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 6ª ed. Belo Horizonte: Delrey, 1999. p. 113.

Não obstante, com relação aos direitos de segunda geração, destaca-se a passagem dos direitos de liberdade para direitos políticos e sociais, em que recai uma intervenção direta do Estado, pois o mesmo adotou um comportamento positivo, relacionado principalmente com os direitos à saúde, educação e trabalho.¹¹

Já com relação aos direitos de terceira geração, cita-se os direitos metaindividuais ou transindividuais, conhecidos também como direitos coletivos em sentido *lato*. Por estarem fundamentados no princípio da solidariedade, os referidos direitos são considerados de titularidade difusa, ou seja, da sociedade humana como um todo, ou ao menos uma parcela expressiva desta. Neste sentido, encontram-se nesta categoria, a proteção às relações de consumo e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹²

Muito embora os direitos de quarta e quinta geração sejam recentes, sendo objetos de discussão e dúvidas pela doutrina, a corrente majoritária, notadamente sobre os direitos da quarta geração, se encontram posicionados nos chamados “direitos às novas tecnologias”, principalmente com relação à identidade genética e o patrimônio dos indivíduos. E, conforme destaca Gonçalves, embora existam divergências e questionamentos acerca do assunto, já existem autores que classificam e defendem a “paz” como sendo a quinta geração desses direitos.¹³

Outrossim, também é importante salientar o caráter personalíssimo desses direitos, tendo em vista que a partir dele, os respectivos direitos se tornam irrenunciáveis e inalienáveis. Com isso, muito embora seus titulares não os exerçam, lhes é garantido essa faculdade, não podendo deles dispor, vender ou transferir.¹⁴

¹¹ RODRIGUES SILVA, Isabel Germano; SILVA, Josiane da Costa. Liberdade de Expressão e seus Limites: o Discurso de Ódio é Tolerável?. **Virtuajus**, v. 3, n. 5, p. 255-273, 14 fev. 2019. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/19519>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

¹² DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. s.n.

¹³ GONÇALVES, Fernandes Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 367.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 278.

E essa proteção disposta sobre os mesmos, podem ser compreendidas tanto no plano interno, quanto no plano externo. No primeiro, visualiza-se através de normas constitucionais, presentes na Constituição de cada Estado, já no segundo, através de tratados, declarações e convenções de direitos humanos.¹⁵

Dessa forma, os Estados que buscam garantir direitos fundamentais são denominados de Estado de direito, já, de outro modo, aqueles que asseguram infimamente os direitos de seus cidadãos, são conhecidos como Estados não de direito. Com isso, pode-se compreender que os cidadãos que necessitam de proteção internacional de maneira mais acentuada são aqueles que residem em Estados que não seguem princípios de um Estado de Direito, sendo este, o Estado não de direito. No entanto, estes Estados são os que menos se sujeitam a aceitar transformações advindas da comunidade internacional, muito embora seja possível visualizar violações em ambos os Estados. Por isso a importância de ocorrer atividades de tutela, ao exemplo do controle, promoção e da garantia.¹⁶

Quanto a isso, Norberto Bobbio bem destaca que a separação das duas primeiras formas de tutela e a terceira são bastante nítidas, pois, enquanto a promoção e o controle concentram-se principalmente nas salvaguardas que já estão presentes ou a serem estabelecidas dentro do âmbito do Estado, visando fortalecer ou aprimorar o sistema jurisdicional nacional, a terceira abordagem tem como objetivo estabelecer uma nova e mais elevada jurisdição, substituindo as garantias nacionais pela jurisdição internacional, quando as primeiras se mostrarem inadequadas ou mesmo inexistentes.¹⁷

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 40.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 38.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 39.

3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é um dos direitos mais significantes e valorizados dentre todos os direitos fundamentais, representando uma das reivindicações mais antigas ao longo da história humana.¹⁸

Nota-se que este direito, encontra previsão em diversas convenções e declarações internacionais de Direitos Humanos, sobre o qual o Brasil é signatário, trazendo, por consequência, a positivação na Carta Magna brasileira, o qual pode ser visualizada tanto no artigo 5º, inciso IV e IX, ao dispor sobre a livre manifestação do pensamento, bem como, no artigo 220, ao estipular sobre a liberdade de informação, vedando a criação de leis que embaracem a atividade dos respectivos veículos de imprensa.¹⁹

Em seu conteúdo, a liberdade de expressão abrange, todo tipo de opinião, crença, avaliação ou análise sobre qualquer indivíduo, independentemente de ser de interesse público, de relevância ou valor, desde que não conflite com outros direitos fundamentais e valores constitucionais. No entanto, este direito não se estende a violência, limitando-se apenas a possibilidade de fornecer a sua audiência, um impacto espiritual.²⁰

Neste sentido, sendo um direito de não intervenção do Estado, essa liberdade é, em geral, aplicada em relação ao Poder Público. Não implicando, em circunstância comum, uma reivindicação a ser exercida contra terceiros. Ainda assim, sua forma de exteriorização não se limita apenas ao uso da expressão verbal, tendo em vista que outras formas de manifestação artística e comportamental também são protegidas constitucionalmente no Brasil, como marchas públicas e tatuagens. A liberdade de expressão no país abrange atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação sem censura ou licença. Entretanto, comportamentos simbólicos podem ser menos protegidos em comparação com expressões diretas de pensamento, dependendo da cultura

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. s.n. *E-book*.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988 Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2023.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. s.n. *E-book*.

e da situação. Como exemplo, houve um caso em que o STF não puniu criminalmente um diretor de teatro que expôs suas nádegas desnudas como expressão simbólica durante uma reação às vaias, considerando o contexto do espetáculo e do público presente.²¹

Já na Alemanha, um editor de livros antimilitarista foi absolvido pela Corte Constitucional após enfrentar um processo criminal por profanar a bandeira nacional. O símbolo nacional foi representado na capa de um livro através de uma fotomontagem, com a urina de um soldado durante uma cerimônia militar. A Corte concluiu que a mensagem expressiva principal da fotomontagem (protesto antimilitarista) era mais relevante do que a forma ofensiva utilizada.²²

4 LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Durante muito tempo os jusnaturalistas acreditaram que, por ser derivado da natureza humana, o fundamento dos direitos fundamentais era absoluto, de forma a considerá-los irrefutáveis. Contudo, conforme expõe Kant, citado na obra de Norberto Bobbio, os direitos considerados irresistíveis foram reduzidos a apenas um: a Liberdade. No entanto, ao contra-argumentar, Bobbio expõe que não existe fundamento irresistível, pois “toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada”,²³ considerando-a uma ilusão.

Com isso, cita o autor quatro dificuldades contra essa ilusão:

A primeira deriva da consideração de que “direitos do homem” é uma expressão muito vaga. Já tentamos alguma vez defini-los? E, se tentamos, qual foi o resultado? A maioria das definições são tautológicas: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem.” Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo. [...] Em segundo lugar, os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. s.n. *E-book*.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. s.n. *E-book*.

²³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 13.

seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.

[...] O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. [...]

[...] a classe dos direitos do homem é também heterogênea. Entre os direitos compreendidos na própria Declaração, há pretensões muito diversas entre si e, o que é pior, até mesmo incompatíveis. Portanto, as razões que valem para sustentar umas não valem para sustentar outras. Nesse caso, não se deveria falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem, de diversos fundamentos conforme o direito cujas boas razões se deseja defender. [...]

[...] é preciso distinguir um caso que põe ainda mais gravemente em perigo a busca do fundamento absoluto: aquele no qual se revela uma antinomia entre os direitos invocados pelas mesmas pessoas. [...] São antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. [...] Pois bem: dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis.²⁴

Dessa forma, pode-se concluir que o direito de liberdade encontra sua limitação nos direitos sociais expressamente previstos no ordenamento jurídico. E isso se torna muito visível com o art. 5º, inciso IV, da Constituição, ao assegurar a livre manifestação de pensamento. Do mesmo modo, no art. 220, *caput*, o qual novamente reforça a liberdade de manifestação, conquanto observado o disposto na própria Carta Magna.²⁵

Na esfera internacional, é possível vislumbrar ainda mais, através do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos,²⁶ no art. 19, § 3º, “a” e “b”, bem como, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos,²⁷ notadamente no art. 13, § 2º, “a” e “b”, o qual determinam a sujeição do exercício da liberdade de expressão a certas restrições, desde que se façam presentes em lei, de forma

²⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 13.

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988 Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2023.

²⁶ BRASIL, Decreto no 592 de 6 DE julho de 1992. Atos Internacionais. **Pacto Internacional sobre direitos cíveis e políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 26 ago. 2023.

²⁷ **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 26 ago. 2023.

a assegurar o respeito aos direitos e a reputação das demais pessoas, protegendo a ordem, saúde, segurança e moralidade pública.

Com isso, nota-se que, ao mesmo tempo que se busca proteger os direitos fundamentais, também existe uma preocupação com o princípio da dignidade da pessoa humana, além da tutela aos demais direitos fundamentais que eventualmente vierem a colidir com a liberdade de expressão.

4.1 DISCURSO DE ÓDIO: MANIFESTAÇÃO LEGÍTIMA OU ELEMENTO INIBIDOR AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

Para melhor compreender a temática do presente tópico, se faz por oportuno ressaltar que o discurso de ódio propriamente dito, baseia-se na afirmação em que o emissor demonstra superioridade em relação a um grupo ou indivíduo, sendo em razão de sua cor, raça, nacionalidade, etnia, religião ou sexo, tendo por objetivo a propagação ou justificação de seu ódio, seja ele racial, homofóbico, xenofóbico, dentre diversas outras formas de manifestação, todas elas baseadas na intolerância, e que conseqüentemente acarretam na discriminação e na violência de determinados grupos ou indivíduos.²⁸

Atualmente, esse tipo de discurso se encontra cada vez mais presente na sociedade, gerando debates e divergências, principalmente sobre os efeitos que essas manifestações podem resultar a curto e a longo prazo, notadamente pelo fato de não existir um critério objetivo que estipule um limite legalmente tolerável sobre essas formas de expressão. Com isso, o problema acaba surgindo na amplitude do direito fundamental à liberdade de expressão, através de discursos preconceituosos que excluem, denigrem e até mesmo instigam na violência a determinados grupos, e que, quando acabam se concretizando, seus emissores se valem do direito fundamental à liberdade de expressão para legitimar a propagação dos mesmos.²⁹

²⁸ RODRIGUES SILVA, Isabel Germano; SILVA, Josiane da Costa. Liberdade de Expressão e seus Limites: o Discurso de Ódio é Tolerável?. *Virtuajus*, v. 3, n. 5, p. 255-273, 14 fev. 2019. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/19519>>. Acesso em: 02 set. 2022.

²⁹ RODRIGUES SILVA, Isabel Germano; SILVA, Josiane da Costa. Liberdade de Expressão e seus Limites: o Discurso de Ódio é Tolerável?. *Virtuajus*, v. 3, n. 5, p. 255-273, 14 fev. 2019.

De todo modo, não existe uma unanimidade sobre essa liberdade ilimitada. A principal divergência resulta da colisão da liberdade de expressão manifestada através do discurso de ódio e outros direitos fundamentais com valores igualmente importantes, e que, do mesmo modo, também possuem tutela constitucional. Carolina Torres bem esclarece que

[...] a justificativa para o reconhecimento de limites ao direito de liberdade de expressão deve basear-se, primeiramente, na coesão do sistema jurídico, no propósito de viabilizar a coexistência de direitos aparentemente incompatíveis. Em decorrência, presume-se, que a proteção constitucional de um direito não pode estabelecer a impossibilidade de sua restrição quando o abuso em seu exercício implicar a violação de outros direitos fundamentais.³⁰

Dessa forma, é possível perceber que o discurso de ódio se trata de um elemento inibidor ao exercício da liberdade de manifestação, tendo em vista que a sua exteriorização implica consequentemente na violação de outros direitos fundamentais. A própria Constituição Federal dispõe no art. 5º, inciso XLI, de que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.³¹

No entanto, o discurso de ódio pode ser interpretado de diferentes formas ideológicas. Como exemplo, nos Estados Unidos, a jurisprudência da Suprema Corte utiliza como base o mercado de ideias e a liberdade negativa. Neste sentido, o mercado de ideias tem como proposição a não intervenção do Estado no ato de determinar se os argumentos são falsos ou verdadeiros, supondo, com isso, que o ente estatal fique neutro. Essa posição busca enfatizar a liberdade negativa, desconfiando do intervencionismo governamental quando se trata do direito fundamental à liberdade de expressão.³²

Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/19519>>. Acesso em: 02 set. 2022.

³⁰ TORRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 set. 2023.

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988 Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 set. 2023.

³² LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Disponível em:

Em inúmeros casos polêmicos que se julgam discurso de ódio na Suprema Corte americana, o direito fundamental à liberdade de expressão prevaleceu frente aos demais, tendo em vista que a limitação do exercício da liberdade pelo Estado apenas se justificaria quando presente um risco efetivo, ou ameaça de desordem pública. Diante disso, Luna e Santos questionam:

Não existem outros danos relevantes relacionados ao discurso do ódio? Não é sério ataque à dignidade humana a utilização de determinadas expressões? As respostas a essas indagações, segundo a filosofia americana, é que qualquer discurso, por si mesmo, não produz dano, ódio, violência ou intolerância. No entanto, quando o discurso não mais está sendo feito in abstrato, revelando não mais apenas um posicionamento político, mas está dirigido a incitar a violência, ameaçando concretamente pessoas reais, a Suprema Corte entende ser possível a penalização dos responsáveis.³³

Em outro contexto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, diferentemente do americano, ao julgar, utiliza-se da dignidade da pessoa humana como algo intangível, respeitando, principalmente, o disposto no artigo 1º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, sendo dever de todo o poder público respeitá-la e protegê-la.³⁴ Neste sentido, é possível perceber que a Constituição Alemã se utiliza da conduta positiva do poder público como garantia da tutela à dignidade, pois para eles, a existência do Estado apenas se justifica para o bem do homem, não o oposto. Seus cidadãos querem um papel proativo do Estado para que seus planos de vida possam ser assegurados, e, de forma alguma isso significaria que o modelo seja antidemocrático, apenas de que o ente público não fique em um discurso neutro, definindo-se através de valores baseados na superioridade ética.³⁵

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/85642/liberdade_expressao_discurso_luna.pdf>.
Acesso em: 02 set. 2023.

³³ LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/85642/liberdade_expressao_discurso_luna.pdf>.
Acesso em: 02 set. 2023.

³⁴ ALEMANHA. [Constituição (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/informationmaterial/55/64/anr80208000>>.
Acesso em: 08 set. 2023.

³⁵ LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Disponível em:

E é por esse sentido que, valores como a liberdade de expressão não se considera como o mais importante, tendo em vista que essa posição já pertence à dignidade da pessoa humana. Com isso, quando se analisa o conflito do direito fundamental à liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, está inevitavelmente se sobrepõe àquela.³⁶

Entretanto, percebe-se que em casos polêmicos julgados pelo Tribunal, ao exemplo do caso Lüth, que, em 1945, chamou o público alemão, distribuidores de filmes e proprietários de cinema para boicotar filmes nazistas do diretor artísticos Veit Harlan, especificamente, o filme “judeu doce”, que continha propaganda do cinema nacional-socialista antisemita, o Tribunal Constitucional Federal, utilizando-se da ponderação de princípios constitucionais colidentes, fez por entender quem neste caso em específico, a liberdade de opinião seria priorizado perante os princípios em sentido contrário, com isso, Lüth ganhou.³⁷

Diante disso, ao adentrarmos no contexto brasileiro, percebe-se que a partir do Habeas Corpus n. 82.424, o Supremo Tribunal Federal tem inclinado mais para o modelo alemão, ou seja, priorizou a dignidade da pessoa humana em detrimento do direito fundamental à liberdade de expressão. E como exemplo, cita-se o caso em que o fundador da editora gaúcha Revisão, Sr. Siegfried Ellwanger Casten, foi acusado de ter praticado racismo, com base no art. 20 da Lei nº 7.716/1989, por ter publicado escritas que disseminavam ódio aos judeus. Em primeiro grau de jurisdição o acusado foi absolvido, tendo por fundamento o fato de que os textos não incitavam ou induziam à discriminação do povo judeu. No entanto, em apelação dirigida aos Desembargadores, fora condenado sob a alegação de ter havido discriminação racial. Assim, com a

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/85642/liberdade_expressao_discurso_luna.pdf>.

Acesso em: 08 set. 2023.

³⁶ LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Disponível em:

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/85642/liberdade_expressao_discurso_luna.pdf>.

Acesso em: 08 set. 2023.

³⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 24, p. 334-344, 2005. Disponível em: <<https://www.conhecerparareconhecer.com.br/imprime.php?id=45>>. Acesso em: 08 set. 2023.

impetração do Habeas Corpus em favor do paciente, o Supremo Tribunal Federal reiterou a condenação em sede de apelação, repudiando as manifestações expressamente discriminatórias.³⁸

Entretanto, há de se ressaltar que essa decisão não foi unânime. Em plenário, os Ministros Carlos Ayres Britto, Moreira Alves e Marco Aurélio votaram para deferir o Habeas Corpus, justificando o voto pela inexistência de racismo ao optar pela liberdade irrestrita de expressão. De outro modo, os Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence e Maurício Corêa, votaram para denegar o Habeas, repudiando o discurso e optando pela ponderação dos valores em casos em que existe conflito de direitos.³⁹

Desta feita, é possível perceber que o discurso de ódio tem sua legitimidade condicionada ao modelo jurídico adotado por cada Estado. No Brasil, os julgadores se utilizam da técnica da ponderação de valores, amplamente adotada na Alemanha, sendo aplicado no caso concreto o princípio da proporcionalidade, fazendo uma análise de necessidade, adequação e proporcionalidade no sentido estrito para o especial fim de determinar qual direito se manterá em detrimento dos demais no caso concreto. Com vista a atual Constituição, não existe uma hierarquia entre direitos fundamentais, logo, não se pode determinar de forma genérica e abstrata qual direito irá prevalecer sobre os demais.⁴⁰

5 CONCLUSÃO

Do exposto, não é forçoso reconhecer que os direitos fundamentais são salvaguardados pela dignidade da pessoa humana. E esses direitos continuam evoluindo de acordo com os valores culturais e morais de cada sociedade, sendo incorporado nas Constituições de cada Estado e protegidos no cenário

³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 824242**. Rel. Min. Moreira Alves, 2004.

³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 824242**. Rel. Min. Moreira Alves, 2004.

⁴⁰ RODRIGUES SILVA, Isabel Germano; SILVA, Josiane da Costa. Liberdade de Expressão e seus Limites: o Discurso de Ódio é Tolerável?. **Virtuajus**, v. 3, n. 5, p. 255-273, 14 fev. 2019. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/19519>>. Acesso em: 08 set. 2023.

internacional através de tratados, convenções e declarações de direitos humanos.

Nesta senda, muito embora a liberdade seja um dos direitos fundamentais de primeira geração, a mesma ainda continua ganhando novos contornos. Neste sentido, não se ignora a importância desse valor em um Estado democrático, tendo em vista que, quanto mais democrático a nação demonstra ser, mais livre é o seu povo, e é crucial a existência da liberdade de expressão para que o processo democrático seja cada vez mais legítimo.

Todavia, não se pode afirmar que esse direito tem caráter absoluto, pois, como já demonstrado no decorrer desse trabalho, um direito fundamental encontra seu limite quando conflitado com outros direitos igualmente tutelados pelo ordenamento dos Estados. E apesar do discurso de ódio decorrer da liberdade de expressão, percebe-se que sua legitimidade ainda é discutível, pois se baseia na intolerância, exteriorizando-se na discriminação de grupos ou indivíduos, resultando em atos violentos ou até mesmo na exclusão social ao afetar, principalmente, a dignidade dos atingidos.

Com isso, ao conflitar esses direitos e garantias fundamentais da pessoa atingida, com a liberdade de expressão de quem promove o discurso de ódio, ao que parece, a forma alemã de se lidar com a situação tem demonstrado ser a mais viável, pois compreende o discurso de ódio como elemento inibidor da liberdade de expressão. Assim, ao não tolerar discursos de ódio, se torna dever do Estado agir de forma positiva, com a regulação de normas que limitem tais manifestações a fim de tutelar a dignidade dos atingidos, assegurando que esses atos de intolerância não comprometam os valores da democracia.

Por oportuno, embora seja possível crer que este método seja o formato ideal para um Estado, não se pode ignorar que existem Estados que sequer possuem uma regulação específica para isso. E como exemplo, o próprio Estado brasileiro, ao não regulamentar, ainda atribui esse encargo à Constituição, o qual genericamente impõe limitações à liberdade de expressão através do repúdio ao racismo e a discriminação em razão do sexo, nacionalidade e religião. E ao abordar os direitos fundamentais expressamente previstos, não estabelece um

grau de hierarquia entre eles, não sendo possível escolher qual direito prevalece sobre os demais.

Assim, enquanto se aguarda uma regulação específica sobre a liberdade de expressão, e a forma de resolução de conflito com os demais direitos, deverão os julgadores zelar principalmente pelo princípio da proporcionalidade, decidindo no caso concreto qual direito prevalecerá sobre outro igualmente relevante.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. [Constituição (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/informationmaterial/55/64/anr80208000>>.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 24, p. 334-344, 2005. Disponível em: <<https://www.conhecerparaconhecer.com.br/imprime.php?id=45>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, Decreto no 592 de 6 DE julho de 1992. Atos Internacionais. **Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 824242**. Rel. Min. Moreira Alves, 2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988 Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 6ª ed. Belo Horizonte: Delrey, 1999.

Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. s.n.

GONÇALVES, Fernandes Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/85642/liberdade_expressao_discurs_o_luna.pdf>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. s.n. *E-book*.

RODRIGUES SILVA, Isabel Germano; SILVA, Josiane da Costa. Liberdade de Expressão e seus Limites: o Discurso de Ódio é Tolerável?. **Virtuajus**, v. 3, n. 5, p. 255-273, 14 fev. 2019. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/19519>>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

TORRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**. 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequence=1>>.