



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANA ISABELE DE OLIVEIRA PIMENTEL**

**DOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE  
AO *HATE SPEECH***

Salvador  
2018

**ANA ISABELE DE OLIVEIRA PIMENTEL**

**DOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE  
AO *HATE SPEECH***

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gabriel Dias Marques da Cruz

Salvador  
2018

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**ANA ISABELE DE OLIVEIRA PIMENTEL**

**DOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE  
AO *HATE SPEECH***

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2018.

À minha mãe, por me permitir acreditar na possibilidade de concretização dos sonhos.

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Esmeralda Oliveira, agradeço todo o apoio e direcionamento e, principalmente, o exemplo de profissional ética e determinada que me inspirou nesses anos de curso. Ao meu pai e irmão, Pimentel e João Felipe, que estiveram ao meu lado, me auxiliando sempre que necessário na graduação.

À minha avó, Vivaldina, em memória, por todo amor e incentivo ao longo dos anos que esteve presente. Aos demais membros da minha família, tias e tios, principalmente minha prima Beatriz, por me mostrarem a necessidade de equilibrar todos os pontos da vida, tornando-a mais leve.

Ao meu orientador, professor Gabriel Marques da Cruz, de quem eu tive o privilégio de ser aluna em duas disciplinas, agradeço todo o auxílio durante a construção do trabalho de conclusão de curso, e por sua compreensão nos momentos mais difíceis desse trajeto.

Ao Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Baiana de Direito, por me proporcionar uma formação mais humana e crítica e por despertar meu interesse para áreas mais sociais do Direito.

À Bruna Libório, Isabela Rocha, Adriane Maia, Kissia Gonzaga, amigas que conquistei ao longo dos anos na Faculdade Baiana de Direito e que concluíram essa etapa de monografia juntamente comigo. Mesmo com todas as dificuldades, nunca deixaram de oferecer o suporte necessário para que vencêssemos mais essa etapa.

À Nina Gabriela, Giovana Barros, Larissa Alves, Jana Queiroz, Ingrid Bastos agradeço toda a preocupação e cuidado durante esse período de conclusão de curso, e, principalmente à Maria Carolina Ribeiro, agradeço por todas as ajudas nessa difícil caminhada, além de grande amiga, é um exemplo para os alunos dessa instituição.

Aos demais amigos que conquistei dentro e fora da graduação, por estarem presente me dando suporte emocional sempre que necessário, e por entenderem a minha ausência nesse período de conclusão de curso.

Por fim, a todos que de alguma forma se mostraram presentes, contribuindo para a construção da presente monografia.

“Porque cuando la tiranía es ley, la revolución es orden”.  
Calle 13.

## RESUMO

A liberdade de expressão, enquanto princípio, não tem valor absoluto, sendo possível, portanto, a sua limitação quando em confronto com outros valores constitucionais, à exemplo da dignidade da pessoa humana, afim de que seja possível coibir a prática de discursos ofensivos e, por conseguinte, a prática de atos violentos. É nesse sentido que gira a problemática do *hate speech*. Tal instituto jurídico tem por objetivo a disseminação do ódio, a discriminação e a segregação da população, de modo que, essa forma de manifestação fere uma gama de valores protegidos constitucionalmente, agredindo uma série de preceitos fundamentais. Neste ponto, fez-se mister a realização de uma sistematização fática de tais direitos, destacando o novo papel dos princípios no ordenamento jurídico e o método de resolução de eventuais conflitos entre essas normas jurídicas. Partindo da concepção de que todo confronto entre princípios deve ser resolvido a partir de um trabalho ponderativo, e que nenhum desses valores tutelados pela Carta Magna devem ser afastados completamente da atuação no caso concreto, é entendível que a limitação à liberdade de expressão seja feita apenas em prol da proteção do direito fundamental cerceado na situação em específico. A discursão sobre essa temática passa, necessariamente, pela Constituição Cidadã de 1988, que não apenas positivou diversos direitos fundamentais, como também os elevou a um patamar de alta hierarquia, destacando a dignidade da pessoa humana como o pilar no Texto Constituinte. Diferente se faz no ordenamento jurídico norte-americano. Este, por sua vez, positiva o princípio da liberdade de expressão, colocando-o como uma das máximas do Estado e defendendo a sua predominância em relação a demais princípios. Sobre a matéria, a própria jurisprudência segue a tendência alemã que visa a proteção da dignidade e da honra do indivíduo, diante do *hate speech*. À guisa de exemplificação, tem-se o caso *Ellwanger*, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela condenação do sujeito que disseminava conteúdos antissemitas em seus livros. Ademais, não há como deixar de analisar as mídias sociais, que ocupam um grande espaço na atualidade sendo o amplo espaço de veiculação de informação. Por ser assim, haja vista de que se trata de um espaço público em que impera o anonimato, a internet torna-se um dos principais difusores de disseminação dos discursos de ódio. A par de todos esses percalços, percebeu-se que, ainda que se sobreleve a liberdade de expressão, não há como admitir, no ordenamento brasileiro, a legitimação do *hate speech*, por ferir o princípio basilar do ordenamento jurídico, a dignidade do ser humano.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; princípios; liberdade de expressão; *hate speech*; dignidade da pessoa humana; Constituição Federal.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF/88	Constituição Federal da República
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas corpus
inc.	Inciso
Min.	Ministro
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF	Tribunal Regional Federal



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>13</b>
2.1 DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS	14
<b>2.1.1 Resolução de conflitos entre princípios e regras</b>	<b>19</b>
<b>2.1.2 A proporcionalidade ou razoabilidade</b>	<b>23</b>
2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO BASILAR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	29
<b>3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO</b>	<b>34</b>
3.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	35
3.2 CARACTERÍSTICAS	39
3.3 CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	42
3.4 TRATAMENTO DADO POR LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA	47
<b>3.4.1 A legislação norte-americana</b>	<b>48</b>
<b>3.4.2 A legislação alemã</b>	<b>52</b>
<b>4 HATE SPEECH COMO LIMITAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO</b>	<b>56</b>
4.1 O <i>HATE SPEECH</i> : CONCEITO E ANÁLISE	56
4.2 INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS	61
4.3 JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA: ANÁLISE DO CASO ELLWANGER	66
4.4 A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO FORMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	71
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>77</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>81</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade democrática e plural, sobretudo diante do próprio Estado Democrático de Direito balizador da atual Constituinte, se faz mister externar à relevância da liberdade de expressão, haja vista que, os direitos fundamentais são postos como principais pilares na garantia da proteção do indivíduo e do bem-estar e consequente desenvolvimento da noção de coletividade.

A Constituição Federal de 1988 é considerada como o ápice dos direitos fundamentais no Brasil, nomeada de Constituição Cidadã, a Carta Magna, através das atribuições dadas pelo legislador constituinte, outorga uma posição elevada a tais preceitos fundamentais, destacando-se a dignidade da pessoa humana como o princípio base que baliza o texto constituinte.

Tradicionalmente entendia-se que os princípios desempenhavam uma função auxiliar no ordenamento jurídico, sendo utilizados apenas em casos que houvesse lacuna jurídica. A mudança de paradigma que ensejou o entendimento atual atrelado aos princípios está ligada a uma necessidade de interpretar o Direito a partir de um viés moral, permitindo uma reaproximação do Direito com a filosofia baseando-se, principalmente, na ideia de dignidade humana.

Dessa forma, foi dado um grande espaço aos princípios fundamentais na Carta Magna de 1988, sendo estes entendidos, atualmente, como normas jurídicas que se diferenciam das regras apenas no que tange ao seu respectivo grau.

Por ser assim, observa-se uma crescente necessidade de buscar critérios para resolução de conflitos entre os princípios. Ainda que sejam normas jurídicas, por trazerem em seu núcleo valores fundamentais protegidos constitucionalmente, não há como se aplicar a simples diretriz da subsunção utilizada na resolução de conflitos entre regras. Faz-se necessário, portanto, uma análise profunda do caso concreto buscando entender qual princípio deve ser preponderante naquela situação em específico.

Nesse sentido, o presente trabalho, fundamentado a partir de pesquisa legislativa, bibliográfica e jurisprudencial busca analisar as possíveis limitações do princípio liberdade de expressão, trazendo para exame, como um dos possíveis pontos limitadores, o discurso de ódio. Isso porque, o mesmo, fere demais direitos do homem

como a dignidade e a honra, tendo apenas a finalidade de discriminação e segregação da população.

Para realizar tal análise faz-se necessário tecer considerações acerca do tema direitos fundamentais. Em capítulo geral sobre a matéria se faz mister tratar da diferenciação entre os princípios e regras, assim como tratar das diferentes formas de resolução dos conflitos entre essas normas jurídicas. Ainda que sejam espécies do mesmo gênero, sua diferenciação é tanta que não cabe aplicar-lhes a mesma forma de resolução. Se assim o fosse, haveria o risco de ignorar as suas diferenças mais importantes, o que resultaria em uma não efetivação de nenhuma dessas normas.

Ainda neste primeiro capítulo, serão tecidas considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, delineando os seus contornos e salientando o seu papel de pilar da Carta Magna atual. Nesta feita, será averiguada a sua função de base do ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se o papel das demais normas em exprimir, ainda que em um menor grau, o valor essencial constitucionalmente protegido.

O capítulo seguinte, por sua vez, tratará do próprio princípio da liberdade de expressão, abordando seu desenvolvimento histórico, características gerais e principalmente o seu papel na Constituição Federal de 1988. À guisa de uma maior sistematização fática, tratar-se-á acerca do período que precedeu a propositura da Lei Maior, haja vista que este foi marcado por um governo autoritário e ditatorial que despiu a população de suas liberdades e direitos mais basilares. Assim, será abordado o cenário pós a promulgação da nova Constituição, que buscou garantir amplitude as liberdades, ainda que, nunca tratando esse princípio como absoluto.

Posteriormente, no capítulo resguardado ao tema principal, será explorado o contexto atual de avanços tecnológicos, destacando o papel das mídias sociais como sendo uma das principais fontes de veiculação de informações. Neste ponto, verificar-se-á brevemente os pontos positivos e negativos dessa forma de comunicação. Por ser marcada pelo anonimato, a internet se tornou um dos principais meios de propagação de discursos discriminatórios, dessa forma, a presente pesquisa buscou analisar o papel das redes sociais como meio facilitador e propagador da disseminação do discurso de ódio.

Por fim, será analisado se, de fato, o instituto jurídico do *hate speech* pode ser considerado uma das barreiras limitadoras da liberdade de expressão, enfatizando o seu objetivo em oprimir as minorias, deslegitimar suas lutas, tendo e segregar a população.

Nesse esteio, o presente trabalho abordará o emblemático caso Ellwanger com intuito de verificar se há uma tendência dos tribunais brasileiros em priorizar demais direitos fundamentais em detrimento da liberdade de expressão, quando há em contrapartida apenas um discurso embasado em incitação ao ódio.

Assim, têm-se que o objetivo desta pesquisa é analisar os limites da liberdade de expressão, enquanto valor relativo, afim de mensurar a sua extensão e dimensão, sobretudo quando em confronto com discursos ofensivos de discriminação e segregação social, à par do *hate speech*, para que se possa avaliar de que forma tal restrição poderá proteger demais direitos fundamentais com base em parâmetros pré-estabelecidos constitucionalmente.

## 2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há uma dificuldade em conceituação do que seriam os direitos fundamentais. Em verdade, estes traduzem os valores atribuídos aos homens, visto em sua individualidade, e à sociedade, sendo assegurados e protegidos constitucionalmente. A doutrina há muito que adverte sobre a heterogeneidade, ambiguidade e falta de consenso na conceituação desses direitos. São utilizadas diversas expressões sem uma delimitação do seu significado, que, muitas vezes, são entendidas como sinônimos, tais como: “direitos do homem”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos públicos” e “direitos humanos fundamentais”<sup>1</sup>.

A própria Constituição Federal de 1988, apesar dos diversos avanços, continua a se destacar por sua variedade semântica, adotando expressões como “direitos e garantias fundamentais” (epígrafe do Título II, e art. 5º), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, inc. LXXI), “direitos e garantias individuais” (art. 60)<sup>2</sup>.

Entretanto, faz-se necessário caracterizar o que seriam os direitos fundamentais. Para Ingo Sarlet, esses são os direitos reconhecidos e assegurados na Constituição que se desenvolvem com ela<sup>3</sup>. Este é o entendimento que se acolhe para fins da presente pesquisa.

Partindo desse pressuposto, o presente capítulo pretende analisar as diferenças entre as normas jurídicas (princípios e regras), analisando como é feita a resolução de conflitos entre valores fundamentais, positivados no ordenamento por meio dos princípios, perpassando pela proporcionalidade ou razoabilidade que dá ensejo a teoria da ponderação.

Ademais, destaca-se a importância da dignidade da pessoa humana como base do sistema jurídico brasileiro, possibilitando a limitação de certos princípios em detrimento dela.

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais** – teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 27.

<sup>2</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 35.

## 2.1 DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Tradicionalmente, os princípios sempre foram entendidos como subsidiários às regras que fundamentavam o ordenamento jurídico, entretanto, houve uma evolução nesse campo que possibilitou a elevação dos princípios constitucionais ao papel de protagonistas do atual campo jurídico brasileiro.

Por muito tempo, a teoria jurídica tradicional aceitava a ideia de que os princípios desempenhavam apenas uma função auxiliar na aplicação do direito, servindo como ferramentas de integração e aplicação como na hipótese de eventuais lacunas. Foi apenas com o pós-positivismo e o novo Direito Constitucional pós-guerra que houve a superação da teoria tradicional de distinção entre princípios e regras<sup>4</sup>.

Essa mudança de paradigma, que cominou no chamado neoconstitucionalismo, pode ser melhor compreendida a partir de uma divisão em três grandes marcos: o filosófico, teórico e histórico, neles estão contidas as principais ideias que deram ensejo a uma nova percepção de Constituição e do seu papel na interpretação do ordenamento jurídico como um todo<sup>5</sup>.

Na primeira metade do século XX, o Direito foi considerado equivalente à lei por conta de uma necessidade de objetividade científica que cominou no positivismo, assim, afastou-se o Direito da filosofia e de discussões ligadas à legitimidade e justiça. A decadência dessa forma de pensamento está ligada à derrota do fascismo e do nazismo, uma vez que, esses regimes políticos, promoveram atrocidades sob a proteção da legalidade<sup>6</sup>.

Pelo viés histórico, no Brasil, o renascimento do direito constitucional se deu com a reconstitucionalização do país que culminou na Carta Magna de 1988. Esta promoveu a transição, de forma bem-sucedida, de um regime autoritário e violento, vigente anteriormente, para um Estado Democrático de Direito<sup>7</sup>.

Na Europa, a segunda metade do século XX serviu como estopim para reconstitucionalização, assim como o fim da segunda Grande Guerra Mundial, que

---

<sup>4</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p.126.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Rev. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, v.4, Abr./Jun., 2005, p. 4. Disponível em: < file:///C:/Users/Isabele/Downloads/43618-92338-1-PB.pdf >. Acesso em: 12 de set. 2018.

<sup>6</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 3.

aproximou as ideias de constitucionalismo e democracia, produzindo um novo paradigma de organização política do Estado<sup>8</sup>.

Já no plano teórico, essas transformações mudaram o campo do conhecimento convencional quanto a aplicação do direito. Foi reconhecido o caráter normativo da Constituição, uma vez que as suas normas são dotadas de imperatividade e sua inobservância resulta em mecanismos de cumprimento forçado, próprios das normas jurídicas. Essa discussão, acerca da força normativa da Lei Maior, só chegou no Brasil na década de 80, cabendo a Constituição de 1988 o rompimento com a posição mais retrógrada<sup>9</sup>.

O fracasso do positivismo e a superação histórica do jusnaturalismo abriram espaço para reflexões acerca do Direito, sua função social e interpretação. O pós-positivismo procurou interpretar e aplicar o Direito a partir de um viés moral, sem apelar para categorias metafísicas, indo além da legalidade estrita e se inspirando na teoria da justiça, mas sem comportar voluntarismos ou personalismos, principalmente, os judiciais. Este foi o marco filosófico do neoconstitucionalismo<sup>10</sup>.

O novo paradigma pós-positivista enfatiza a relevância prática e teórica dos princípios que passam a ser um instrumento metodológico mais adequado ao funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos, conciliando não só legalidade com legitimidade, mas também estreitando os laços entre direito e moralidade civil<sup>11</sup>.

Ideias ricas e heterogêneas acham espaço nesse novo paradigma, assim como a atribuição de normatividade aos princípios e o avanço da teoria dos direitos fundamentais pautados na dignidade da pessoa humana, há aqui uma reaproximação do Direito e da filosofia<sup>12</sup>.

Dessa forma, entende-se que:

A alternativa pós-positivista para a materialização de um direito justo passa pelo uso adequado dos princípios como reguladores teleológicos e axiológicos da compreensão do direito, ao permitir o desenvolvimento de uma interpretação capaz de materializar as exigências contingentes de justiça<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Rev. Dir. Adm., Rio de Janeiro, v.4, Abr./Jun., 2005, p. 4. Disponível em: < file:///C:/Users/Isabele/Downloads/43618-92338-1-PB.pdf >. Acesso em: 12 de set. 2018.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p.6.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>11</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.112.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit.*, 2005, p. 4.

<sup>13</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Op.cit.*, 2010, p.113.

Muitos autores se destacaram ao trazerem essa nova ideia da normatividade dos princípios a partir de bases teóricas e metodológicas irrefutáveis, como Robert Alexy e Ronald Dworkin, sendo no Brasil não apenas uma ideia, mas uma realidade compartilhada por parte significativa dos constitucionalistas<sup>14</sup>.

Destacando a obra de Dworkin, o autor indica a necessidade de uma nova forma de interpretação e aplicação do direito, fazendo uma crítica ao positivismo jurídico. Para Dworkin o fenômeno positivista é voltado para um sistema de regras e que, por ter sua noção geral pautada em um único teste fundamental para o direito nos faz ignorar importantes papéis desempenhados por outros padrões que não são regras. Essa necessidade se faz mais clara a partir de uma análise das experiências dos juízes nos chamados casos difíceis em que a supremacia das regras, enquanto fonte do direito, demonstra sua fragilidade<sup>15</sup>.

Em verdade, a tentativa de diferenciação entre regras e princípios não é nova, entretanto, no que tange sua longevidade e sua utilização frequente, a seu respeito imperam a falta de clareza e polêmica. Há uma multiplicidade desconcertante de critérios de diferenciação, além de uma falta de delimitação que torna obscura e vacilante a sua terminologia<sup>16</sup>.

De acordo com Ricardo Mauricio Freire Soares:

Etimologicamente, o vocabulário “princípio” significa, numa acepção vulgar, início, começo ou origem das coisas. Transpondo o vocabulário para o plano gnosiológico, os princípios figuram como os pressupostos necessários de um sistema particular de conhecimento, servindo como a condição de validade das demais proposições que integram um dado campo de saber, até mesmo no plano do conhecimento jurídico<sup>17</sup>.

Atualmente, o critério utilizado com mais frequência para a distinção entre princípios e regras, adotado na presente pesquisa como critério inicial de distinção, é o da generalidade. De acordo com ele, os princípios fazem parte do gênero norma, porém, vão ter um grau de generalidade alto, enquanto que as regras são normas de generalidade relativamente baixa. Importante destacar que esse critério em nada se confunde com o conceito de universalidade, o princípio de liberdade de crença assim como a regra que permite que presos convertam outros presos à sua crença, ambas

---

<sup>14</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p.127.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.36.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p.86.

<sup>17</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.113.



são normas universais que se distinguem entre duas espécies, quais sejam: princípio ou regra<sup>18</sup>.

Para Robert Alexy, os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que podem ser preenchidos por graus distintos de acordo com as possibilidades fáticas e também jurídicas apresentadas, diferentemente das regras, mandamentos definitivos, que devem ser ou cumpridas ou não cumpridas, não havendo espaço para regras antinômicas<sup>19</sup>.

Os valores protegidos pela Constituição são muitas vezes conflitantes e por isso é comum que a resposta de um determinado problema normativo-constitucional não seja encontrada por um simples recurso a um texto normativo em particular, a clássica teoria da subsunção, bastante utilizada quando se trata de regras, não é suficiente para chegar a solução adequada ao caso concreto<sup>20</sup>.

Assim, os princípios não se excluem mesmo que colidentes, por se mostrarem normas jurídicas impositivas de otimização, é possível que coexistam permitindo o balanceamento de valores e interesses de acordo com a sua importância no caso concreto<sup>21</sup>.

Desta forma, a distinção que pode ser feita acerca de princípios e regras é de natureza estrutural, quanto a natureza das decisões apontadas, uma vez que as regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada tendo apenas duas opções: ou a regra é válida e deve ser aceita, ou a regra não é válida e a resposta que oferece não deve contribuir para decisão do caso<sup>22</sup>.

Em caso de colisão entre princípios não é adequado falar em invalidade de um princípio quando este for afastado do caso concreto, assim, ele permanece vivo dentro do ordenamento jurídico uma vez que os princípios podem ter diferentes pesos em determinados casos, especialmente naqueles chamados de *hard cases*. Assim, é possível concluir que a saída da colisão está no campo do sopesamento e valor e não da validade<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p.87.

<sup>19</sup> *Idem*. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar v. 217, Jul./1999, p.76.

<sup>20</sup> SILVA, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.96.

<sup>21</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p.130.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39.

<sup>23</sup> SOUZA, Sergio Ricardo. **Abuso da liberdade de imprensa e pseudocensura judicial: no sistema luso-brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.71.

Como normas jurídicas, os princípios trazem em seu bojo geralmente direitos tidos como fundamentais aos cidadãos e por isso adquirem grande importância nas sociedades contemporâneas, visto que, uma vez reconhecidos como dispositivos normativos, todo esforço é voltado para garantir sua aplicabilidade e efetividade<sup>24</sup>.

Os princípios possuem ainda a dimensão do peso ou importância, diferentemente das regras, quando entram em embate, aquele que vá resolver o conflito deve levar em conta a força relativa de cada um dos princípios não sendo aceitas resoluções que destaque um princípio ou política particular como mais importante que outra<sup>25</sup>.

Ademais, é possível identificar o grande esforço da doutrina em compreender a morfologia e estrutura dos princípios jurídicos, essa é a razão pela qual o paradigma pós-positivista se preocupa em colocar a norma jurídica na posição de gênero, enquanto que as regras e princípios figuram as suas espécies<sup>26</sup>.

Com a multiplicação dos desafios políticos, fruto de sociedades mais complexas, a doutrina jurídica deve ajustar-se as novas formas de racionalidade, assim, em um sistema de princípios não há mais lugar para que o juiz negue o seu protagonismo no processo de aplicação e conhecimento do direito<sup>27</sup>. O papel do novo intérprete e aplicador do direito será de reconstruir a norma vigente identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido<sup>28</sup>.

Em suma, os princípios jurídicos são dotados de normatividade, que obrigam e vinculam, se distinguindo das regras na medida que se referem diretamente a valores (normas com intensa carga axiológica) e por isso se caracterizando como normas mais flexíveis e adaptáveis as múltiplas possibilidades dos casos concretos, enquanto que as regras jurídicas, ocupam o espaço de normas descritivas de situações fáticas hipotéticas, que concretizam os valores normatizados pelos princípios<sup>29</sup>.

Dessa forma, o estudo do Direito exige que se deixe de lado essa antiga distinção entre princípios e regras, sendo ambas espécies de um mesmo gênero o das normas jurídicas. Os princípios, enquanto normas, se caracterizam por terem textura aberta e pouca densidade jurídica vinculando as ideias primordiais que fundamentam todo o

---

<sup>24</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.114.

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

<sup>26</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Op.cit.*, 2010, p.114.

<sup>27</sup> MURICY, Marília. **Senso comum e direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p.68.

<sup>28</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Op.cit.*, 2010, p.117.

<sup>29</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p.131.

ordenamento jurídico, já as regras possuem textura fechada e alta densidade jurídica sendo normas imperativas que uma vez conflitantes se excluem<sup>30</sup>.

O que se pretende aqui é destacar que mesmo fazendo parte do mesmo gênero, o das normas, os juristas, ao utilizarem os princípios para a resolução de casos concretos, não podem usar o mesmo método aplicado na resolução de conflitos entre regras.

Mesmo fazendo parte de um mesmo gênero, os princípios e regras se diferenciam de tal maneira que a utilização de um só método para sanar as possíveis divergências acarretaria em uma falha no sistema que acabaria por descaracteriza-los, esse é o fundamento que será maior estudado no tópico seguinte.

### **2.1.1 Resolução de conflitos entre princípios e regras**

Os princípios, enquanto normas reguladoras, trazem valores tutelados pela Constituição, e por se tratarem de normas gerais e abstratas, ao entrarem em conflito, a sua resolução deve ser feita de maneira diversa daqueles resultantes de embates entre regras jurídicas.

Uma das características principiais de um Estado democrático é a tutela dos interesses dos mais diversos grupos da sociedade, esses ordenamentos jurídicos, inerentes às sociedades plurais, devem refletir a complexidade dos mais diversos segmentos do corpo social não podendo se resumir ao reconhecimento de apenas valores determinados por uma parcela da sociedade<sup>31</sup>.

Desta forma, é cabível falar que tais interesses protegidos, principalmente no campo constitucional, possam eventualmente entrar em conflito<sup>32</sup>. Em sede de princípios, para solucionar os casos de colisão entre os mesmos, é necessário que se faça um trabalho reflexivo, ou seja, uma atividade cognitiva do jurista afim de encontrar a solução mais justa para o caso concreto.

De outro lado, os conflitos entre regras são resolvidos a partir da introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Se este meio não for

---

<sup>30</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p.131.

<sup>31</sup> LINHARES, Marcel Queiroz. O método da ponderação de interesses e a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. **Rev. De Ciên. Jur. E Soc. Unipar**, Toledo, v.4, jan./jun. 2001, p.50. Disponível em: < <http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/viewFile/1256/1109> > Acesso em: 21/08/2018.

<sup>32</sup> *Ibidem*, *loc.cit*.

possível é necessário que ao menos se declare a invalidade de uma das regras conflitantes e sua eventual exclusão do ordenamento jurídico<sup>33</sup>.

No âmbito das regras, a colisão se dá no plano da validade, se essa norma jurídica é válida, então a sua consequência jurídica também será válida e poderá ser aplicada no caso concreto, o que resultaria na exclusão da demais regra conflitante no caso concreto. Quando a contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, ao menos uma dessas regras deve ser declarada como inválida<sup>34</sup>.

Aqui a resolução se dá com base nos critérios tradicionais de hierarquia, anterioridade e especialidade, estes são os critérios utilizados na solução de conflitos entre regras jurídicas relevantes, em que apenas uma vai prevalecer em detrimento da outra<sup>35</sup>. É o que ocorre no método da subsunção que se organiza na simples fórmula: premissa maior = enunciado normativo; premissa menor = fatos; consequência = aplicação da norma no caso concreto, o que conseqüentemente gera a exclusão entre regras quando há um conflito<sup>36</sup>.

As regras, na concepção de Robert Alexy, demonstram uma exigência de que seja feito exatamente o que se ordena, há uma determinação da extensão do seu conteúdo no plano das possibilidades fáticas e jurídicas existentes<sup>37</sup>.

Em outras palavras, os instrumentos utilizados para a resolução de conflitos entre regras não possibilitam a aplicação simultânea dos textos conflitantes, haverá apenas a incidência de uma delas e a conseqüente exclusão das demais que disponham em contrário<sup>38</sup>.

No âmbito dos princípios, entender a incidência absoluta de um em detrimento de outro é entender que um desses princípios não está em conformidade com o Texto Constitucional, daí se tem a necessidade de buscar uma unidade dentro da própria constituição e uma resolução desses conflitos por meio de uma técnica nova<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p.92.

<sup>34</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>35</sup> LINHARES, Marcel Queiroz. O método da ponderação de interesses e a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. **Rev. De Ciên. Jur. E Soc. Unipar**, Toledo, v.4, jan./jun. 2001, p. 54. Disponível em: < <http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/viewFile/1256/1109> > Acesso em: 21/08/2018.

<sup>36</sup> SILVA, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.97, *et. seq.*

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. *Op.cit.*, 2015, p.104.

<sup>38</sup> LINHARES, Marcel Queiroz. *Op.cit.*, 2001, p.54.

<sup>39</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p.319.

É a esta tarefa que se volta a técnica de ponderação de interesses, como uma alternativa a tradicional técnica da subsunção, quando há um conflito entre princípios ou direitos fundamentais<sup>40</sup>. Em tais situações, os princípios não se põem como opostos e excludentes, devendo haver um trabalho de ponderação no intuito de identificar qual é preponderante naquele caso concreto.

Assim, na tensão entre princípios constitucionais faz-se necessário a utilização de um método ponderativo para orientar o intérprete da norma na solução de qual deve prevalecer em determinado caso concreto. Essa ponderação deve estar pautada no epicentro do ordenamento jurídico, o princípio mãe da dignidade da pessoa humana, que se põe como base na estrutura normativa brasileira regendo os demais princípios constitucionais<sup>41</sup>.

O que ocorre na ponderação é um juízo de valor sobre duas situações identificado qual a melhor a partir de um determinado ponto de vista. Dessa forma, tal método será utilizado como uma forma de sopesamento de valores no caso concreto, ou seja, naquela determinada circunstância um dos princípios precede o outro, podendo, em situação diversa, não<sup>42</sup>.

O conflito entre princípios se dá quando, isoladamente, levam a uma contradição, ou seja, um princípio restringe as possibilidades jurídicas de concretização do outro. Assim, não é possível que haja a declaração de invalidade de um desses princípios pois resultaria na consequente exclusão, do mesmo, do ordenamento jurídico<sup>43</sup>.

Luis Roberto Barroso, no julgamento da ADI 4815 destaca a necessidade da ponderação na resolução de conflitos entre princípios nos chamados “*hard cases*”, em seu voto ressalta:

No caso específico aqui em discussão, a liberdade de expressão e o direito de informação entram em tensão com os chamados direitos da personalidade, a privacidade, a imagem e a honra. Quando isso ocorre – isto é, quando há uma colisão entre direitos fundamentais –, a técnica jurídica mais utilizada para construir-se argumentativamente uma solução é a ponderação. 2. É importante registrar que pelo princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia entre normas constitucionais. Uma norma constitucional não colhe o seu fundamento de validade em outra norma constitucional. Logo, uma não está acima da outra. 3. A ponderação é uma forma de estruturar o raciocínio jurídico (...) a ponderação deve procurar fazer

---

<sup>40</sup> SILVA, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.97.

<sup>41</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p.320.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p.96.

<sup>43</sup> *Ibidem*, *loc.cit*.

concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa<sup>44</sup>.

A demanda em questão se tratava de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, que buscavam a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, uma vez que sua abertura textual estava dando ensejo a proibição de biografias não autorizadas em virtude da ausência de autorização previa do biografado ou daqueles retratados como coadjuvantes. Tratava-se de um conflito entre liberdade de expressão e direito à informação; e os direitos da personalidade<sup>45</sup>.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso, em seu livro, diz que o método da ponderação pode ser visto como uma técnica aplicada em três etapas, indicadas a seguir. A primeira etapa é caracterizada pela identificação, pelo intérprete, das normas relevantes ao caso concreto e os possíveis conflitos entre elas<sup>46</sup>.

Uma vez identificadas, cabe uma apuração dos fatos e sua ligação com os elementos normativos, uma vez que é nesse momento, em que os enunciados normativos entram em contato com as situações fáticas, que podemos ter com maior clareza o entendimento do papel de cada uma delas e sua real influência no caso concreto<sup>47</sup>.

Por fim, a terceira fase será de decisão, ou seja, é aqui que o intérprete passa a analisar, de forma conjunta, a repercussão dos fatos e o grupo de normas presentes na situação fática, buscando verificar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em questão e, dessa forma, o princípio que deve preponderar no caso<sup>48</sup>.

Nota-se que é nessa fase que há uma distinção crítica entre o método da subsunção e o da ponderação, uma vez que aqui não é falado em exclusão de norma e sim uma preponderância entre valores expressos por princípios conflitantes, mas que, de toda forma, são protegidos pela Carta Magna<sup>49</sup>.

Para Robert Alexy a técnica da ponderação é resultado do terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade em sentido lato, que teve como sua origem o direito

---

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815**. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJ.: 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815LRB.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

<sup>45</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 335.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 336.

<sup>48</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>49</sup> *Ibidem, loc.cit.*

constitucional alemão. Alexy esquematiza a proporcionalidade em três princípios parciais: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>50</sup>.

O primeiro diz respeito a adequação do meio empregado para que se alcance o objetivo pretendido, o segundo diz respeito a necessidade desse meio, e por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é de onde extrai-se a ponderação que se faz imprescindível para a resolução dos conflitos entre princípios<sup>51</sup>.

O que se pretende, com a aferição desse terceiro princípio parcial, é um exame complexo afim de analisar se as vantagens aferidas na adoção de tal solução são proporcionais às desvantagens geradas dentro dessa mesma escolha<sup>52</sup>.

Em suma, o intérprete da norma tem o papel de analisar o caso concreto devendo fazer concessões recíprocas entre os valores conflitantes preservando ao máximo cada um deles<sup>53</sup>. O intérprete da lei tem a função de analisar todos os princípios antagônicos que incidem no caso em análise, devendo chegar a uma conclusão a partir desses princípios expostos ao invés de identificar qual deles seria “valido” no caso concreto<sup>54</sup>.

Essa atividade interpretativa deve sempre resultar em uma solução que mais se aproxime com a finalidade pretendida pela Constituição ao proteger esses valores trazidos pelos princípios. A sua interpretação deve ser pautada ainda pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, estes que vão ser analisados no tópico subsequente.

### 2.1.2 A proporcionalidade ou razoabilidade

Como mencionado anteriormente, a ponderação, critério utilizado para a resolução de conflitos entre princípios, pode ser extraída da proporcionalidade. Esta se divide em três elementos parciais, dos quais, se destaca o critério da ponderação, da proporcionalidade em sentido estrito.

---

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v.17, 1999, p. 279. Disponível em: < file:///C:/Users/Isabele/Downloads/70952-294112-1-PB.pdf > Acesso em: 22 ago. 2018.

<sup>51</sup> *Ibidem*, loc.cit..

<sup>52</sup> PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 193.

<sup>53</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 339.

<sup>54</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 114.

O presente trabalho pretende analisar as facetas da proporcionalidade como guia para a resolução de conflitos entre as normativas constitucionais, alinhando-se ao entendimento que concebe como respectivo o conteúdo desses dois preceitos (proporcionalidade ou razoabilidade), o que coaduna com o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal.

É possível destacar divergência doutrinária quanto a classificação da proporcionalidade. Para Ingo Wolfgang Sarlet<sup>55</sup> e Robert Alexy<sup>56</sup> trata-se de um elemento pertencente ao arcabouço principiológico. Em sentido diverso, o autor Humberto Ávila trata da proporcionalidade como: “postulado normativo que decorre da estrutura principal das normas e da própria forma de estruturação do Direito<sup>57</sup>”. Para fins da presente pesquisa, não cabe adentrar em tal discussão.

A proporcionalidade pode ser extraída do direito alemão. Para jurisprudência da Corte alemã o seu fundamento estaria relacionado tanto ao âmbito dos direitos fundamentais quanto do contexto do Estado de Direito. Todavia, é inegável que em diversas vezes, tal elemento, decorre de uma compreensão ampla do ordenamento jurídico<sup>58</sup>.

A proporcionalidade por vezes é invocada quando há um conflito dentro da vida constitucional ou dos processos constitucionais, quando os Poderes, órgãos, instituições, ou demais partícipes do ordenamento jurídico, se põem diante de conflitos jurídicos. No Brasil, sua origem está ligada principalmente a defesa dos valores constitucionalmente protegidos, tendo como primeira referência, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a proteção do direito de propriedade<sup>59</sup>.

Quanto a sua natureza jurídica, temos duas correntes: a substancialista e a formal. Para a doutrina material ou substancialista, a proporcionalidade é uma medida de justiça e por isso tem conteúdo material, uma vez que, o intérprete da norma, diante

---

<sup>55</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais** – teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p.200.

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p.100.

<sup>57</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 130.

<sup>58</sup> SCHLINK, Bernhard, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 217.

<sup>59</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.217.



de um conflito, irá aplicar a proporcionalidade destacando os pontos de vistas materiais que conformam a decisão<sup>60</sup>.

Já a doutrina formal, tem por objetivo alcançar a decisão do caso concreto entendendo a proporcionalidade como o procedimento necessário para se chegar a essa conclusão. Aqui entra-se em contato com as normas substanciais, revelando os seus sentidos, uma vez que, trabalha com a adequação, a necessidade e a lei da ponderação<sup>61</sup>.

A teoria formal é mais aceita dentre os autores e doutrinadores, destacando Alexy como um dos seus adeptos. Essa é a doutrina que atende de forma mais completa o objetivo da proporcionalidade, sendo ele o de efetivação das normas materiais, visto que se caracteriza como um nítido trabalho procedimental<sup>62</sup>. Essa é a teoria aplicada no presente trabalho.

A doutrina material ou substancialista é dotada de subjetivismo, uma vez que aflora a vagueza e a inconsistência ao se atar à investigação de justiça. Fica claro aqui a impossibilidade de se definir os critérios materiais da decisão enquanto que, na seara formal, há uma situação definida e objetivada procedimentalmente<sup>63</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro a proporcionalidade pode ser extraída do art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988, o mesmo não está expresso na Carta Magna mas pode ser extraído do espírito dessa norma<sup>64</sup>.

Uma vez que o rol de direitos e garantias do art. 5º é meramente exemplificativo, é possível extrair a proporcionalidade não apenas dele, mas de um conjunto normativo, a partir de uma leitura sistemática da Constituição. Porém, é no art. 5º que está a justificativa latente para aplicação desse preceito, por se tratar de uma garantia dos cidadãos contra os excessos do Poder Público<sup>65</sup>.

Assim sendo, a proporcionalidade vai estabelecer que as entidades, órgãos e agentes públicos ao executarem a suas funções, adotem meios, que para seus fins, demonstrem-se adequados. O meio adequado é aquele que promove o fim desejado,

---

<sup>60</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 63.

<sup>61</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>62</sup> *Ibidem, p. 64.*

<sup>63</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>64</sup> BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.63.

<sup>65</sup> *Ibidem, loc.cit.*

sendo ainda, entre os meios igualmente adequados, aquele que menos restringe um preceito fundamental<sup>66</sup>.

Há uma tríplice exigência para a aplicação da proporcionalidade, que se subdivide em três elementos parciais, sendo eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como já mencionado anteriormente. Assim, pelo viés da adequação exige-se que as providências adotadas sejam aptas a atingir os objetivos pretendidos, enquanto que o viés da necessidade se traduz na adoção de um meio que se revele menos gravoso ao indivíduo<sup>67</sup>.

Em verdade, o que se entende é que um meio adequado pode ser um meio necessário, entretanto, um meio necessário jamais pode ser inadequado. Por fim, é da proporcionalidade em sentido estrito que se extrai a teoria da ponderação, funcionando como um fator de aferição da justeza da decisão encontrada ou a possível necessidade de revisão<sup>68</sup>.

Para que se possa entender melhor a aplicação da proporcionalidade, faz-se necessário destacar a importância de tratar seus fundamentos a partir de uma ordem de aplicação. Se apenas enumeramos, independentemente de qualquer ordem, tem-se a impressão de que tanto faz, se a necessidade do ato estatal é, no caso concreto, por exemplo, analisada antes ou depois da adequação ou da proporcionalidade em sentido estrito. Este não é o caso, o estudo da adequação virá antes da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito<sup>69</sup>.

No que toque o elemento adequação, este deve estar ligado a uma relação entre meio e fim, essa relação que possibilita a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade como um todo. O exame de proporcionalidade sempre será aplicado quando estiver diante de medida concreta destinada a realizar uma finalidade, sem essa relação meio/fim não é possível realizar esse exame postulatório, uma vez que faltaria um dos elementos que o estruturam<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 157.

<sup>67</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.225.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p.226.

<sup>69</sup> SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol.91, Abr./Jun., 2002, p. 34. Disponível em: < <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 29 de set. 2018.

<sup>70</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 164, *et seq.*

“Se assim é, sua força estruturadora reside na forma como podem ser precisados os efeitos da utilização do meio e de como é definido o fim justificativo da medida. Um meio cujos efeitos são indefinidos e um fim cujos contornos são indeterminados, se não impedem a utilização da proporcionalidade, certamente enfraquece seu poder de controle sobre os atos do Poder Público<sup>71</sup>”.

O que se pretende aqui é que o intérprete da norma escolha um meio que promova minimamente o fim, dado que não é viável conceber que a Administração Pública escolha, dentre todos os meios igualmente adequados, sempre o que é mais intenso, melhor e mais seguro na realização do fim. Essa concepção acabaria por tornar inviável a atuação do Poder Público, que para cada decisão por mais insignificante que fosse, tivesse que avaliar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir um fim<sup>72</sup>.

É nesse momento que fica clara a necessidade de análise dos elementos parciais, arcabouço teórico da proporcionalidade, à luz dos casos concretos. É a partir dessa conexão entre explicação teórica e aplicação prática que se torna possível a compreensão, em linhas gerais, do problema<sup>73</sup>.

O estudo desses casos concretos não intenta em fornecer uma resposta única e correta para a solução do conflito, uma vez que, isso só seria possível através de uma extensiva análise de medidas alternativas, atividade incompatível como o próprio exercício do Poder Público, mas sim, a aplicação em objetivo da proporcionalidade<sup>74</sup>. No âmbito da necessidade, o que se tem é a verificação da existência de meios alternativos ao escolhido primeiramente, e que possa proporcionar igualmente o fim, sem limitar, na mesma intensidade, os valores fundamentais tutelados. Dessa forma, é necessário que haja duas etapas de investigação, a primeira relativa ao exame da adequação dos meios, e a segunda relativa ao exame do meio menos restritivos<sup>75</sup>.

O exame da igualdade de adequação dos meios será a análise entre os meios alternativos e aqueles aplicados pelo Poder Público. Essa comparação nem sempre é fácil, em alguma medida esses meios diferem entre si. Outro problema se dá quando

---

<sup>71</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 165.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>73</sup> SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol.91, Abr./Jun., 2002, p. 35. Disponível em: < <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 29 de set. 2018.

<sup>74</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>75</sup> ÁVILA, Humberto. *Op.cit.*, 2010, p. 172.

a distinção entre esses meios é obscura, é possível que essa distinção seja evidente, porém, essa não é a regra<sup>76</sup>.

Mesmo sendo necessária essa análise entre os meios, não pode todo e qualquer aspecto ser base para comparação, uma vez que, se assim o fosse, nenhum meio resistiria ao controle da necessidade. Assim, é fundamental respeitar a escolha do intérprete da norma, que deve afastar um meio quando for manifestamente menos necessário que o outro<sup>77</sup>.

O exame do meio menos restritivo se torna mais fácil quando comparados meios cuja intensidade de fomento do fim é a mesma, se distinguindo apenas no grau de restrição. Todavia, por vezes esse exame de necessidade se torna complexo principalmente quando analisados meios que não só se diferem no grau de restrição dos direitos fundamentais como também no grau de promoção de sua finalidade, sendo necessário aqui a intervenção do último elemento divisor da proporcionalidade que se traduz na teoria da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito<sup>78</sup>.

Ainda que, a alternativa adotada seja adequada e necessária, isso não garante que a mesma seja proporcional. Para auferir a proporcionalidade em sentido estrito, faz-se necessário um terceiro exame qual seja de sopesamento entre a limitação ao preceito fundamental que se pretende atingir e a importância da realização do direito fundamental colidente e que justifica a adoção dessa medida restritiva<sup>79</sup>.

Para Virgílio Afonso Silva, uma medida será reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, quando a mesma não for adequada e quando implicar a não-realização de um direito fundamental. Além disso, não é preciso que a medida atinja o núcleo básico de um direito fundamental, logo, para ser desproporcional é necessário apenas que os fundamentos da adoção da medida não justifiquem a restrição ao direito fundamental em conflito<sup>80</sup>.

Assim, é possível que a restrição feita, ao direito fundamental atingido, não seja grande, não alcançando o seu núcleo essencial ou impedindo que algum direito seja

---

<sup>76</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 172.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>79</sup> SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol.91, Abr./Jun., 2002, p. 40. Disponível em: < <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 29 de set. 2018.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 41.

realizado. Se a importância da realização desse preceito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for o bastante para justificá-la, será ela desproporcional<sup>81</sup>.

Em suma, a proporcionalidade se faz importante por se tratar de um dos mecanismos adotados para a resolução de conflitos dentro do ordenamento jurídico, é dela que se extrai a teoria da ponderação, a qual se destaca por ser a forma utilizada na resolução de divergências entre os valores fundamentais, constitucionalmente protegidos, e que se manifestam na forma de princípios.

## 2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO BASILAR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em uma análise sistemática da Constituição, podemos extrair os diversos princípios fundamentais que baseiam, de maneira geral, todo o texto normativo presente na Carta Magna, porém, é no artigo 5º que esses princípios ganham protagonismo especialmente o da dignidade da pessoa humana.

Segundo Ricardo Mauricio Freire:

Decerto, dentre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram *status* constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um Direito justo não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana<sup>82</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana se desenvolve a partir de uma ideia de justiça, baseada na proporcionalidade e igualdade, sendo a própria dignidade da pessoa humana um ente racional e social. Isso porque o homem, vivendo em sociedade e procurando o seu bem, acaba compreendendo a necessidade de respeitar em todo homem uma pessoa, para que também possa se afirmar como pessoa<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol.91, Abr./Jun., 2002, p. 40. Disponível em: < <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 29 de set. 2018.

<sup>82</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Direitos Fundamentais**: reflexões e perspectivas. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 46.

<sup>83</sup> *Idem*. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.130.

Assim, o reconhecimento e proteção da dignidade pelo Direito é consequência de uma evolução de pensamento humano a respeito do que significa este ser pessoa e quais os valores lhe são atribuídos, o que acaba por induzir o modo pelo qual o Direito reconhece e protege este princípio<sup>84</sup>.

A lei escrita, como regra geral e uniforme aplicada a todos os sujeitos de uma mesma sociedade, foi o fator principal para a adoção da ideia de igualdade de tratamento entre todos os seres humanos pelo simples fato de sua humanidade. Entretanto, foram necessários vinte e cinco séculos, desde o período axial da história, para que nascesse a primeira organização internacional que englobasse quase todos os povos da Terra em um mesmo instituto, sendo este a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>85</sup>.

Antes disso, a primeira invocação explícita desse princípio foi feita no preâmbulo da lei que aboliu a escravatura na França, em 1848. Esse texto jurídico trouxe, em sua redação, a ideia de que a escravidão era um ato que atentava contra a própria dignidade da pessoa humana<sup>86</sup>.

Apenas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que o princípio da dignidade da pessoa humana foi concebido de forma explícita em seu artigo VI. Consolida-se a ideia de que todo homem deve ter o direito assegurado de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa<sup>87</sup>.

Mesmo com essa proclamação, os problemas éticos-jurídicos não se extinguiram, pelo contrário, a medida que a sociedade avança, e, concomitantemente, a tecnologia, surgem mais problemas nesse campo, à espera de soluções satisfatórias<sup>88</sup>.

Para Daniel Sarmento, mesmo que antes disso não houvesse uma menção expressa da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos sociais, as diversas lutas que foram travadas em prol da tolerância e liberdade como a emancipação dos escravos,

---

<sup>84</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. **Revista brasileira de Direito Constitucional – RBDC**. São Paulo, v.9, Jun./2007, p. 373. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>85</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24.

<sup>86</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdos, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 53.

<sup>87</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Op.cit.*, 2013, p. 44.

<sup>88</sup> *Ibidem, loc.cit.*

universalização do sufrágio, garantias trabalhistas, base para o constitucionalismo moderno, beberam da fonte desse princípio<sup>89</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, nasceu com a finalidade de constituir um arcabouço adequado para tratar dos casos de violação dos direitos fundamentais e assegurar a sua proteção. É nítido que sua redação foi influenciada pelas atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra Mundial que geraram um grande impacto na sociedade. A Declaração traz ainda uma retomada aos valores da Revolução Francesa enaltecendo um ideal supremo de igualdade, liberdade, e de fraternidade entre os homens<sup>90</sup>.

Teoricamente, a Declaração foi constituída como uma forma de recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas para os seus membros. Assim, primeiramente entendeu-se que tal documento não teria força vinculante, sendo necessário que tivesse, como fase preliminar, a adoção de um tratado ou pacto internacional sobre a matéria<sup>91</sup>.

Entretanto, esse entendimento não é mais concebido, exatamente por pecar pelo excesso de formalidade, uma vez que as exigências de cumprimento dos preceitos fundamentais independem de sua expressa declaração em constituições, leis ou tratados internacionais por se tratar de exigências de respeito ao princípio da própria dignidade da pessoa humana<sup>92</sup>.

Para a presente pesquisa, adota-se o significado de dignidade da pessoa humana elaborado por Ingo Wolfgang Sarlet, sendo então:

Dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdos, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 53.

<sup>90</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p.238.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p.239.

<sup>92</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>93</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 71.

Assim, partindo do pressuposto que a pessoa humana é o valor fundamental do ordenamento jurídico, “deste modo, se os direitos humanos são históricos e temporais, a dignidade humana, extraída das entranhas deste direito, é valor supremo e atemporal”<sup>94</sup>. Assim, a partir do momento que a Constituição destaca a dignidade da pessoa humana como valor essencial, este se torna importante pois vai limitar os demais princípios que devem estar em conformidade com a ideia central da magna-carta.

Há então uma hierarquia axiológica entre os princípios por haver distintas cargas valorativas entre eles, enquanto uns possuem intensa força valorativa, exigindo que sejam observados os valores que eles consagram, há outros que, apesar de possuírem densidade normativa, detêm pouca carga valorativa sendo denominados de princípios derivados ou subprincípios, que devem estar sempre em conformidade com aqueles de maior força valorativa<sup>95</sup>.

Embora os direitos fundamentais tenham *status* constitucional, estes são passíveis de limitação desde que, essa limitação, seja em favor de outro valor constitucional que se pretende proteger no caso concreto<sup>96</sup>.

O sistema de direitos fundamentais é marcado pela necessidade de harmonização de posicionamentos jurídicos que muitas vezes são contraditórios, por darem voz a valores fundamentais distintos, resultantes de situações historicamente localizadas, mas que decorrem do mesmo princípio: Dignidade da pessoa humana, uma vez que, este constitui o núcleo essencial de todas as reivindicações<sup>97</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana está situado no ápice do sistema jurídico, é dele que emana os objetivos finais a serem alcançados pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil devendo ser vista, em uma perspectiva objetiva, como a norma que encerra valores e fins superiores ao da ordem jurídica<sup>98</sup>.

Nesse sentido Rosa Maria Alves destaca:

---

<sup>94</sup> ALVES, Rosa Maria Guimarães. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Colloquium Humanarum**, Presidente Prudente, vol. 6, jul./dez. 2009, p.28. Disponível em: <<http://revistas.unoeste.br/revistas/ojs/index.php/ch/article/view/456/445>> Acesso em: 02 jul. 2018.

<sup>95</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 157.

<sup>96</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 370.

<sup>97</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>98</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.149.



Por isso, premissa básica é o reconhecimento no homem de sua própria dignidade, tornando-se desprezáveis eticamente condutas incompatíveis com tal condição, porque o princípio da dignidade da pessoa humana obriga ao inafastável compromisso com o absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade de todo ser humano<sup>99</sup>.

É possível reconstruir o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como objetivo a realização de um direito mais justo a partir do princípio da dignidade da pessoa humana ao possibilitar, entre outras coisas, o reconhecimento do valor fundamental dos direitos sociais de cunho prestacional, a aceitação da aplicabilidade imediata e direta dos direitos fundamentais, assim como a vedação do retrocesso nesse campo<sup>100</sup>.

Assim, é desse entendimento, dignidade da pessoa humana como base para a realização dos demais valores fundamentais, que é possível a legitimação de pontuais limitações aos demais princípios constitucionais. A dignidade da pessoa humana é inerente a própria concepção do homem como pessoa e como participe de uma sociedade, entendendo o seu papel e os valores que lhe devem ser garantidos.

---

<sup>99</sup> ALVES, Rosa Maria Guimarães. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Colloquium Humanarum**, Presidente Prudente, vol. 6, jul./dez. 2009, p.28. Disponível em: <<http://revistas.unoeste.br/revistas/ojs/index.php/ch/article/view/456/445>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

<sup>100</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.150;

### 3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em uma sociedade democrática e pluralista é imprescindível que a liberdade de expressão seja garantida aos seus cidadãos. A liberdade, em todas as suas faces, seja de informação, de manifestação, de imprensa, é o que garante aos indivíduos um poder de pleito e crítica perante o Estado. Desta forma, a possibilidade de manifestar-se sem o temor de censura do Poder Público, proporciona a livre circulação das mais diversas ideias, crenças, pensamentos o que possibilita que o próprio Estado se mantenha plural.

A comunicação é o pilar que sustenta a moral da comunidade, as investigações sociais e a atuação dos públicos. Este seria o meio pelo qual o Estado democrático poderia se concretizar. Assim sendo, se a comunicação é fundamental para a autorrealização do indivíduo e para a construção de uma sociedade democrática, a liberdade de expressão se põe como uma forma para sua viabilização uma vez que é essencial o enriquecimento da opinião pública pelas mais diversas ideias e pensamentos<sup>101</sup>.

Conseqüentemente esse princípio ocupa uma posição elevada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo positivado ao longo do Texto Constitucional. Trata-se de um dos reflexos do sistema ditatorial vivido em período anterior a consagração da Magna Carta de 1988, o legislador constituinte pretendeu assegurar as bases para o desenvolvimento de uma sociedade mais democrática e livre<sup>102</sup>.

Entretanto, a liberdade de expressão não pode ser exercida de forma absoluta, o próprio texto constituinte impõe certas limitações visando proteger outros valores também protegidos pela Magna Carta.

Nesse contexto, o presente capítulo tem por objetivo a análise das origens históricas do princípio, destacando suas características e a forma como é retratado pelo ordenamento constitucional brasileiro. Ademais pretende-se examinar a forma como a liberdade de expressão é tratada em sistemas jurídicos estrangeiros, elegendo o sistema norte-americano e germânico para a análise.

---

<sup>101</sup> MENDONÇA, Ricardo Fabrino. LIMA, Vinício A., In: GUIMARÃES, Juarez (Orgs.). **Liberdade de expressão**: as várias faces de um desafio. São Paulo: Paulus, 2013, p. 56.

<sup>102</sup> SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “*Hate Speech*”. In: FARIAS, Cristiano Chaves. **Leituras complementares de direito civil** – o direito civil-constitucional em concreto. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 83.

### 3.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Os direitos fundamentais do homem só passaram a ser garantidos pelo Estado nas sociedades contemporâneas. Entretanto, a luta para garantir que os mesmos fossem observados, de maneira generalizada a todos os cidadãos, perpassa eventos históricos muito antes de sua efetiva positivação.

A positivação desses direitos explicitamente só é vista nas declarações de direitos da atualidade. Cada passo na evolução da humanidade se faz importante na conquista de novos direitos e por isso suas possibilidades estão longe de esgotar<sup>103</sup>.

No que tange a liberdade de expressão, esta se faz importante, uma vez que, foi base para as reivindicações dos movimentos constitucionalistas do século XVII, período marcado pela Revolução Francesa e o processo de independência dos Estados Unidos da América. Foi a partir daqui que os textos constitucionais passaram a ser redigidos, com a finalidade de servir de instrumento limitador do poder do Estado e garantidor dos direitos fundamentais<sup>104</sup>. Entretanto, necessário destacar que tais movimentos têm influências mais antigas, possuindo, como fonte, a Magna Carta inglesa de 1215<sup>105</sup>.

Nem todas as disposições, desse texto normativo de 1215, podem ser consideradas como importantes para o cenário de evolução histórica e afirmação dos direitos humanos, entretanto, algumas de suas cláusulas apontam para o rumo histórico que iria ser tomado em seguida. Aqui podemos destacar a cláusula 1, que fala quanto a liberdade eclesiástica, as cláusulas 41 e 42, que reconhecem a liberdade de ingresso e saída do país, assim como, a livre circulação dentro das fronteiras<sup>106</sup>.

A cláusula 39 é por muitos considerada o coração da Carta Magna, destaca-se a necessidade do homem livre ser julgado por seus iguais e de acordo com a lei da terra, desvinculando, do monarca, tanto a lei como a jurisdição. Daqui decorre o princípio do devido processo legal, presente nos ordenamentos jurídicos atuais como

---

<sup>103</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.151.

<sup>104</sup> CRUZ, Gabriel Dias Marques. Liberdade de Expressão, redes sociais e discurso de ódio: breves considerações. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; BORGES, Lázaro Alves; PINTO, Rodrigo Pacheco. **Novas perspectivas do Direito Público em homenagem à professora Maria Auxiliadora**. Salvador: Paginae, 2017, p. 110.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>106</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p.94.

o norte-americano em sua 14ª Emenda, ou mesmo o brasileiro, em seu artigo 5º, inc. LIV<sup>107</sup>.

Ainda que essa Magna Carta traduzisse, em verdade, garantias e privilégios apenas para algumas castas da sociedade, não há que se negligenciar os impactos que as liberdades asseguradas nela geraram para posterior reconhecimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais nas constituições, além disso, serviu de base para muitos textos normativos ulteriores<sup>108</sup>.

Para Ingo Sarlet, a paternidade dos direitos fundamentais é disputada por dois eventos históricos: a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América em 1776 (o que cominou na redação da Constituição norte-americana em 1787), e a Declaração Francesa, fruto da revolução de 1789. Aqui, pela primeira vez, os direitos fundamentais foram acolhidos e positivados em texto normativo chegando ao *status* constitucional<sup>109</sup>.

Quanto a Declaração de Independência norte-americana, sua importância se dá justamente por ser o primeiro documento político que declara a existência dos direitos humanos, perante a legitimidade e soberania popular, independentemente de cor, sexo, posição social ou religião<sup>110</sup>.

A Confederação dos Estados Unidos da América do Norte nasce sob o fundamento de liberdade, principalmente a liberdade religiosa e de opinião, assim como o de igualdade de todos perante a lei. Diferente do que aconteceu na França, porém, não foi admitido o terceiro elemento da tríade da democracia resultante da Revolução francesa, a fraternidade<sup>111</sup>.

Assim, é possível identificar um grande individualismo presente no ordenamento norte-americano, presente em todas as camadas sociais, que legitima o princípio da liberdade de forma ilimitada, sendo incompatível a adoção, por parte do Estado, de medidas efetivas de políticas corretivas das grandes desigualdades socioeconômicas<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 94.

<sup>108</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais** – teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 64.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>110</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Op.cit.*, 2013, p.119.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p.120.

<sup>112</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

Já a Declaração Francesa de 1789, tinha por objetivo o reestabelecimento de antigas liberdades e costumes presentes na própria tradição histórica. Esse foi, principalmente, um movimento que não focou seus esforços apenas no lugar onde se originou, dessa forma, o resultado foi a Declaração de Direitos do homem e do Cidadão que garante direitos invariáveis que ultrapassam o tempo e as fronteiras dos Estados<sup>113</sup>.

A famosa tríade da Revolução francesa, qual seja: “*liberté, égalité, fraternité*”, desencadeou, em um pequeno espaço de tempo, a cessação de desigualdades entre indivíduos e grupos de uma mesma sociedade, como nunca visto antes na história<sup>114</sup>. A liberdade aqui traduzia-se em uma supressão de todas as amarras sociais associadas à existência de estamentos e corporações de ofícios. Em verdade, esse movimento em muito se diferencia do que aconteceu nos Estados Unidos da América, uma vez que o espírito da Revolução na França estava menos relacionado a consagração de liberdades individuais, sendo muito mais uma forma de suprimir as desigualdades estamentais<sup>115</sup>.

Entretanto, a positivação desse princípio na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão teve grande importância para a própria construção da Constituição. A liberdade de expressão aparece nos artigos 10 e 11 do texto normativo, que destacam a importância da manifestação de opiniões, inclusive as de cunho religioso, sem que o indivíduo fosse de alguma forma molestado por isso<sup>116</sup>.

Além disso, no artigo 11, a livre manifestação atinge o patamar de direito fundamental, todavia, já aqui é imposto uma limitação, qual seja o abuso do direito de liberdade que desencadearia uma resposta do Estado. Outro artigo importante da Declaração é o 16, aqui o legislador anuncia que para que uma sociedade tenha uma Constituição é necessário que a mesma proteja os direitos fundamentais e resguarde a separação de Poderes<sup>117</sup>.

A Declaração de 1789 se destacou daquelas proferidas na América do Norte pela sua universalidade, ou seja, pela sua visão universal dos direitos do homem. Essa foi a

---

<sup>113</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p.146.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p.148.

<sup>115</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>116</sup> CRUZ, Gabriel Dias Marques. Liberdade de Expressão, redes sociais e discurso de ódio: breves considerações. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; BORGES, Lázaro Alves; PINTO, Rodrigo Pacheco. **Novas perspectivas do Direito Público em homenagem à professora Maria Auxiliadora**. Salvador: Paginae, 2017, p. 112.

<sup>117</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

característica marcante do texto normativo francês, e por conta disso, passou a ser tema de reconhecimento supraestatal em declarações de natureza multinacional ou mesmo universal<sup>118</sup>.

Por fim, vale apontar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, redigida pela ONU em 1948, como um dos textos de maior importância no cenário internacional. No que pese a liberdade de expressão, alcançou referência mundial ao estar prevista no artigo 19 da Declaração, nele é previsto a liberdade de opinião e expressão, bem como a possibilidade de manifesta-las por quaisquer meios e independente de fronteiras<sup>119</sup>. Como já mencionado anteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos nasce após um período de guerra em que foram cometidas barbaridades que só começaram a ser expostas a partir dessa época. A positivação da liberdade nessa Declaração, toma proporções universais ainda maiores do que a Declaração de 1789. Nesse sentido, é possível evidenciar a liberdade de expressão, positivada no texto normativo, em seu preâmbulo, como as “quatro liberdades” declaradas no discurso do Presidente Franklin Roosevelt no ano de 1941. Destaca-se aqui a liberdade de crença, da palavra e a liberdade de viver sem temor, como uma das mais altas aspirações do homem que vive em sociedade e goza de direitos<sup>120</sup>.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a liberdade é tratada tanto na sua perspectiva política quanto individual. A primeira é extraída do artigo XXI, enquanto que a segunda vem declarada nos artigos VII a XIII, e XVI a XX<sup>121</sup>.

Dessa forma, entende-se que ambas as dimensões são complementares e estão conectadas, uma vez que, um Estado sem as liberdades individuais, apenas com as liberdades políticas, não passa de um regime totalitário ou autoritário. Já o reconhecimento de apenas liberdades individuais sem a efetivação das liberdades políticas, mal esconde a soberania daquelas camadas mais abastadas da sociedade, caracterizando uma dominação oligárquica dos mais ricos<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.164.

<sup>119</sup> CRUZ, Gabriel Dias Marques. Liberdade de Expressão, redes sociais e discurso de ódio: breves considerações. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; BORGES, Lázaro Alves; PINTO, Rodrigo Pacheco. **Novas perspectivas do Direito Público em homenagem à professora Maria Auxiliadora**. Salvador: Paginae, 2017, p. 113.

<sup>120</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p.240.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p.242.

<sup>122</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

Em suma, a positivação da liberdade de expressão em textos normativos, como direito fundamental, faz parte da contemporaneidade. Entretanto, esse princípio pode ser observado em diversos movimentos ao longo da história que procuravam assegurar, aos cidadãos, preceitos fundamentais a muito perdidos pela sociedade.

### 3.2 CARACTERÍSTICAS

A liberdade de expressão está na moda. Cada vez mais vemos o uso dessa expressão, ainda que de maneira rasa e sem conhecimento científico, sendo invocada para justificar qualquer tipo de posicionamento contrário ou mesmo ofensivo, disseminado em lugar público.

Em uma sociedade democrática e plural faz-se necessário a proteção do princípio da liberdade de expressão, isso porque tal princípio garante que a vontade do povo seja formada a partir do debate de ideias entre todos os cidadãos, dos mais variados grupos sociais, a partir da fala, escrita e até mesmo de manifestações artísticas gerando decisões mais acertadas<sup>123</sup>.

Primeiramente, ao tratarmos de liberdade de expressão, convém analisar a próprio escolha de palavras utilizada para destacar o princípio, “liberdade de expressão” nada mais é que uma tradução usual para a expressão inglesa “*free speech*”, ou ainda “*freedom of speech*” (expressão utilizada na Constituição norte-americana) que pode ser traduzida de forma literal para “discurso (ou fala) livre”<sup>124</sup>.

Ao levarmos esse fator em consideração percebe-se que o que se pretende proteger aqui é a liberdade do uso da linguagem em um espaço público, não importando se essa é uma linguagem verbal ou não<sup>125</sup>.

O direito de expressão se coaduna ao direito de manifestar experiências, sensações, sentimentos ou a criatividade do indivíduo de forma a garantir que todos tenham liberdade de apresentar seus feitos artísticos, intelectuais e científicos sem que gere censura ou a necessidade de licença<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.123.

<sup>124</sup> ADVERSE, Helton. Parresia e Isegoria: Origens político-filosóficas da liberdade de expressão. *In* LIMA, Vinício A., GUIMARÃES, Juarez (Orgs.). **Liberdade de expressão**: as várias faces de um desafio. São Paulo: Paulus, 2013, p. 21.

<sup>125</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>126</sup> DA CUNHA, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 543.

A partir de uma análise histórica é possível compreender que a liberdade, em suma, consiste em um processo de liberação do homem de vários obstáculos que se opõem a realização de sua personalidade, sejam eles naturais, econômicos, sociais ou políticos. Hoje é função do Estado promover o respeito ao exercício da liberdade<sup>127</sup>.

O Estado se mostra como o meio apropriado para realizar a liberação desses obstáculos. Essa função é consequência do processo de democratização, uma vez que passa a inteirar campos diversos ao do novo procedimento de formação e concretização da vontade estatal<sup>128</sup>.

Assim, é no Estado democrático que os direitos fundamentais se concretizam. A liberdade de expressão ganha aqui um amplo campo de atuação, visto que, é nesse regime que o homem detém ampla possibilidade de coordenar os meios indispensáveis para alcançar a sua felicidade<sup>129</sup>.

Dessa forma, podemos conceituar a liberdade de expressão como “a prerrogativa de livre manifestação do pensamento, consistindo, portanto, na garantia de exteriorização da convicção”<sup>130</sup>. Como ocorre com os direitos fundamentais em geral, há um plano objetivo e subjetivo, ou seja, busca-se efetivar fins e valores constitucionalmente postos, bem como, preservar e garantir a liberdade individual<sup>131</sup>.

A Constituição de 1988 teve um grande papel ao positivizar esse princípio em seu texto normativo, o artigo 5º determina a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, assim como a liberdade de manifestação do pensamento desde que não seja de forma anônima. Percebe-se que o legislador enfatiza a necessidade de preservar a livre circulação de ideias, sendo esta uma consequência do sistema adotado anteriormente, com a ditadura militar, que legitimou a censura de maneira banalizada<sup>132</sup>.

A Ditadura Militar representou anos de terror, “anos de chumbo” como veio a ser conhecido esse período, marcado principalmente pelo Ato Institucional – 5 que gerou

---

<sup>127</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.236.

<sup>128</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>129</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>130</sup> CRUZ, Gabriel Dias Marques. Liberdade de Expressão, redes sociais e discurso de ódio: breves considerações. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; BORGES, Lázaro Alves; PINTO, Rodrigo Pacheco. **Novas perspectivas do Direito Público em homenagem à professora Maria Auxiliadora**. Salvador: Paginae, 2017, p. 117.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>132</sup> MARMELSTEIN, George **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.124.



a cassação dos direitos políticos e civis da população brasileira e que, mesmo assim, foi apoiado por massas de cidadãos nas marchas da Família com Deus e pela Liberdade<sup>133</sup>.

Um dos artigos do Ato Institucional nº 5 que melhor representa a situação política do país naquele período, corresponde ao art. 5º. O texto normativo prevê a suspensão dos direitos políticos, enumerando todas as possibilidades de restrições de direitos. Dessa forma, suspende o direito de voto e de ser votado no que consta eleições sindicais, proíbe as manifestações e atividades de natureza política, e prevê a aplicação de medidas de segurança quando necessário<sup>134</sup>.

A implementação do AI-5 representou a institucionalização das repressões e censuras pretendidas pelo Estado autoritário e ditatorial que estava presente no Brasil naquela época. Pretendia-se controlar os meios de comunicação, com a justificativa de proteção da moral e dos bons costumes, cerceando qualquer manifestação política que fosse contrária à Ditadura. Mostravam apenas o Brasil otimista e potência que passavam nos filmes de autoria da Assessoria Especial de Relações Públicas, órgão criado pelo governo com a finalidade de fazer propaganda política desse período tão tenebroso da história do Brasil<sup>135</sup>.

A superação dessa fase histórica se fez com muita luta e sangue da população que não deixou que sua voz fosse calada, a própria Constituição Federal de 1988 é prova disso, seu texto é voltado para a proteção dos direitos fundamentais do homem do qual se destaca a liberdade de expressão, tão duramente reconquistada.

Este princípio se relaciona com diversos outros protegidos pela Constituição, como, por exemplo, a liberdade de crença e a liberdade de manifestação. Todos se vinculam a um dos fundamentos constitucionais brasileiros: pluralismo político, presente no inciso V do artigo 1º da Carta Magna. Todos esses princípios guardam um mesmo

---

<sup>133</sup> KUSHNIR, Beatriz. **Cães de guarda – jornalistas e censores**, do AI-5 à Constituição de 1988. São Paulo: Boitempo, 2012, p.69.

<sup>134</sup> BRASIL, **Ato Institucional Nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. Brasília, 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 30 de out. de 2018.

<sup>135</sup> FICO, Carlos. Versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar. **Rev. Bras. Hist.** São Paulo, vol. 24, p. 6. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01882004000100003&script=sci\\_arttext#nt01](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01882004000100003&script=sci_arttext#nt01)>. Acesso em: 20 de out. de 2018.

núcleo, qual seja, de garantia da manifestação de ideias em um ambiente de tolerância e pluralismo<sup>136</sup>.

Faz-se importante salientar que mesmo sendo um princípio positivado na carta constituinte, este não é adotado de maneira absoluta, é necessário adapta-lo para que o mesmo esteja em afinidade com os objetivos pretendidos pelo constituinte, adotando sempre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade para fazer esse balizamento.

Ao falarmos em liberdade de expressão a atuação dos meios de comunicação social se tornam de extrema importância, uma vez que, é por meio deles que os debates que influenciam a opinião pública são travados. Na sociedade moderna esses meios de comunicação se traduzem na atividade da mídia, garantida pelo Texto Constitucional que consagra o direito à informação pelo cidadão em seu artigo 5º, inciso XIV<sup>137</sup>.

Entretanto, estes mesmos meios de comunicação, como as redes sociais, se tornam potenciais facilitadoras da propagação de crenças intolerantes e preconceituosas contrárias ao espírito inclusivo que tem a Carta Magna. A internet deve ser tratada como um mecanismo de inclusão e democratização e não de exclusão de determinados grupos, sendo este mais um veículo de troca de informações necessário para constituição de um Estado democrático e plural.

### 3.3 CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Promulgada em 1988 a Constituição Federal vigente surgiu após um período conturbado política e socialmente no Brasil, a nova Carta Magna se preocupou em trazer um grande leque de princípios e direitos fundamentais para o povo.

A sociedade brasileira viveu por quase 30 anos em um regime militar em que não havia liberdade de expressão, muito menos liberdade política, assim, fez-se

---

<sup>136</sup> CRUZ, Gabriel Dias Marques. Liberdade de Expressão, redes sociais e discurso de ódio: breves considerações. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; BORGES, Lázaro Alves; PINTO, Rodrigo Pacheco. **Novas perspectivas do Direito Público em homenagem à professora Maria Auxiliadora**. Salvador: Paginae, 2017, p. 119.

<sup>137</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o papel promocional do Estado. In: **Revista Dialogo Jurídico**. Fortaleza, v.16, Jul./2007, p.79-80. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/LIBERDADE\\_DE\\_EXPRESS\\_O\\_\\_PLURALISMO\\_E\\_O\\_PAPEL\\_PROMOCIONAL\\_DO\\_ESTADO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O__PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2018.

necessário ousar em favor dos direitos fundamentais. Em tempos de ditadura, qualquer manifestação contrária ao Governo vigente era considerada perigosa<sup>138</sup>.

Da notícia do jornal às músicas de Chico Buarque de Holanda, era um tempo “heroico” para aqueles que denunciavam os abusos do regime militar, e tentavam exercer a liberdade de expressão<sup>139</sup>. A Constituição de 1988 é fruto desse clamor popular daqueles que foram para as ruas, durante os anos 80, pedindo por “Diretas já”<sup>140</sup>.

No que diz respeito ao processo de elaboração da Constituição de 1988 há que se fazer referência ao amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do Estado, resultando na atual formatação do catálogo dos direitos fundamentais presentes na nova ordem constitucional<sup>141</sup>.

Não há dúvidas que as eleições livres, que ocasionaram a instalação da Assembleia Nacional Constituinte, proporcionaram também um debate nunca antes presenciado na história do País, sobre o que viria a ser conteúdo da Carta Magna vigente na redação final que lhe deu o Constituinte<sup>142</sup>.

A nova Carta Magna difere de todas antes positivadas, sua estrutura compreende nove títulos que se dividem em: (1) dos princípios fundamentais; (2) dos direitos e garantias fundamentais; (3) da organização do Estado; (4) da organização dos poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário; (5) da defesa do Estado e das instituições democráticas; (6) da tributação e do orçamento; (7) da ordem econômica e financeira; (8) da ordem social; (9) das disposições gerais. Nota-se que esta é uma Constituição que prioriza não só os direitos fundamentais como também a plena realização da cidadania<sup>143</sup>.

Nesse sentido Dirley da Cunha Jr. destaca:

A Constituição de 1988 inaugura, pelo menos teoricamente, uma etapa de amplo respeito pelos direitos fundamentais e reconhecida efetividade. (...) Distingue-se das Cartas anteriores, a Constituição em vigor positivou os referidos direitos logo no início de suas disposições (título II), após o que tratou da organização do Estado (título III), dando cristalinas amostras de que

---

<sup>138</sup> SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “*Hate Speech*”. In: FARIAS, Cristiano Chaves. **Leituras complementares de direito civil** – o direito civil-constitucional em concreto. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 39.

<sup>139</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>140</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62.

<sup>141</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais** – teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 64.

<sup>142</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>143</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.89, *et seq.*

se preocupou prevalentemente com o ser humano, enaltecendo-o como o “fim” do Estado, este considerado “instrumento” de realização da felicidade daquele. Em outras palavras, com a novel posição topográfica dos direitos fundamentais, é nítida a opção da Constituição atual pelo Estado como instrumento, e pelo homem como fim, e isso é importante subsidio hermenêutico<sup>144</sup>.

Toda Constituição advém de uma ruptura com o passado e um compromisso com o futuro, dessa forma, a Constituição de 1988 pretendeu sepultar o caráter autoritário predominante na ditadura militar apresentando, aos brasileiros, uma democracia, ainda que tardia<sup>145</sup>.

A relevância que foi dada aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e ainda a configuração de seu conteúdo, foi consequência das forças sociais e políticas representadas pelo Constituinte contra o regime anterior de restrição e autoritarismo que chegou ao extremo de aniquilar as liberdades fundamentais<sup>146</sup>.

Dessa forma percebemos que a trajetória histórica dos direitos fundamentais, desde seu estágio inaugural de proteção as liberdades civis, advém de uma dinâmica que tem como seu ponto principal a auto compreensão da sociedade e que a partir daí os eleva aos textos constitucionais<sup>147</sup>.

A inovação mais significativa da Constituição está no art.5, § 1º, ao dizer que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>148</sup>, foi dado, então, um *status* jurídico diferenciado reforçando a ideia desses preceitos. Ademais, o legislador atentou a inclusão destes no rol de cláusulas pétreas pelo art.60, § 4º, o que impede que haja a eventual supressão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do Poder Constituinte<sup>149</sup>.

A Nova Carta Magna traz ainda diversos dispositivos jurídicos-processuais de proteção contra o abuso de poder, dos quais podemos destacar: *habeas corpus*, *habeas datas*, mandado de segurança, mandado de injunção e ainda a ação popular.

---

<sup>144</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p.503.

<sup>145</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63, *et seq.*

<sup>146</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais** – teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 63.

<sup>147</sup> MURICY, Marília. **Senso comum e direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 99.

<sup>148</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

<sup>149</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, 2015, p. 68.

Estes remédios constitucionais tem a finalidade de garantir os direitos fundamentais sempre que o Estado falhar, sendo legitimados pelo princípio de acesso à justiça<sup>150</sup>.

No que pese o princípio da liberdade, a Constituição traz diversos textos normativos sobre a matéria, seja na sua faceta de liberdade de informação, expressão ou de imprensa. De forma geral pode ser destacado o artigo 5º, incisos IV, V, IX, XIV, que tratam da liberdade de informação e expressão, garantindo a livre manifestação do pensamento, expressão livre da atividade intelectual, científica, artística ou de comunicação, sendo assegurado o acesso à informação<sup>151</sup>.

Para a chamada liberdade de imprensa, a Carta Magna confere tratamento privilegiado, consequência do período histórico anterior, positivando no artigo 220 CF/88. Tal texto normativo destaca, no seu parágrafo 1º, a impossibilidade de Lei conter dispositivo que constitua bloqueio à plena liberdade de informação jornalística ou sua veiculação em qualquer meio de comunicação social. Para alguns autores, esse artigo proíbe toda restrição legislativa a tal princípio, transferindo essa responsabilidade integralmente para os juízes encarregados por resolver os conflitos concretos e individualizados<sup>152</sup>.

Em verdade, o próprio Texto Constitucional traz diversas formas de limitações aos princípios fundamentais. Ao longo de seus dispositivos é possível ver tais restrições, tendo em vista que nenhum dos princípios são absolutos, sendo necessária uma análise sistemática do texto constituinte.

Ademais, o princípio da liberdade, tratado na Constituição em todas as suas facetas, é positivado através de normas de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses relacionados à matéria. Dessa forma, tais normas não precisam de lei ou ato do Poder Público para serem aplicadas<sup>153</sup>.

Algumas dessas normas foram determinadas na Constituição como de eficácia contida, entretanto, ainda assim, serão sempre de aplicabilidade direta e imediata.

---

<sup>150</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63.

<sup>151</sup> BARROSO, Luís Barroso. Liberdade de Expressão *versus* Direitos da Personalidade: colisão de Direitos Fundamentais e critérios de ponderação. *In*: BARROSO, Luís Barrosos (Coord.). **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.118.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p.120.

<sup>153</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.270.

Aqui o que há é uma restrição da plenitude desta, regulamentando os direitos subjetivos que delas se originam, e que tem por destinatário os indivíduos ou grupos<sup>154</sup>.

Há uma preocupação do constituinte em adotar uma cláusula de abertura material ou de não tipicidade dos direitos fundamentais, assim, os direitos expressos na Carta Magna não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, sendo todos eles protegidos pela cláusula de irredutibilidade prevista no art. 60 da Constituição<sup>155</sup>.

A Constituição de 1988 é fruto do neoconstitucionalismo emergente nessa época, que resulta do surgimento de uma nova concepção jusfilosófica denominada de Pós-positivismo jurídico. O sistema jurídico não é mais visto como um sistema complexo e puro de normas, mas sim, um complexo permanente de fatos e valores sociais, é a superação das posições sectárias do jusnaturalismo e do positivismo legalista<sup>156</sup>.

Dessa forma, há de se concluir que, entendendo os direitos fundamentais como um sistema, este será um sistema aberto e flexível receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos<sup>157</sup>. Direitos protegidos não se esgotam apenas em breves textos normativos, mas, decorrem de uma análise sistemática e global da Constituição, uma vez que, representam o espírito que o constituinte pretendia ao redigir a magna-carta. Em suma, o legislador constituinte que redigiu a Constituição Federal de 1988, preocupou destacar os direitos fundamentais do homem, uma vez que saía de um período histórico em que, tais direitos, de nada serviam frente a um Estado autoritário. Entretanto, esses preceitos fundamentais não são absolutos, a própria Constituição brasileira, assim como demais textos constituintes, elenca limitações ao seu exercício para que seja mantido o bem-estar social.

---

<sup>154</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.271.

<sup>155</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 503.

<sup>156</sup> SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Direitos Fundamentais: reflexões e perspectivas**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 32.

<sup>157</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais** – teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 73.

### 3.4 TRATAMENTO DADO POR LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Em si tratando de liberdade de expressão, é necessário fazer uma breve análise da forma que diversos ordenamentos jurídicos tratam esse valor. Os Estados Unidos da América e a Alemanha representam, com clareza, essa dicotomia de formas de tratamento dada ao princípio.

Há duas tendências internacionais distintas no que tange a limitação da liberdade de expressão, essas são encabeçadas pelos dois países aqui destacados. Em um lado, há uma priorização extrema da efetivação desse princípio em detrimento de quase qualquer outro interesse em jogo, ainda que, o discurso esteja cheio de ódio. Para o grupo de nações que seguem essa linha, há, normalmente, uma base na lei norte-americana<sup>158</sup>.

De outro lado, há uma preocupação maior com a proteção da dignidade e igualdade, sendo veemente rechaçado qualquer forma de discurso contendo ódio ou agressão verbal, o Estado tem uma posição ativa de punir esse tipo de ato. Essa concepção é seguida pelos germânicos, por grande parte da Europa, Canada e também pelo Brasil<sup>159</sup>.

Dessa forma, compreende-se que de um lado há uma garantia a aplicação da liberdade de expressão de forma absoluta, enquanto que, de outro, é possível ver uma necessidade maior em efetivar outros valores igualmente protegidos pela Constituição. Para Calvacante, esses ordenamentos apenas se assemelham no que tange a participação política, ou seja, a visão alemã apenas coincide com a visão norte-americana no que diz respeito a interferência política na própria forma de efetivação desse princípio<sup>160</sup>.

Essa diferença, para muitos, é concebida de forma natural até mesmo por conta da história do povo alemão. Dessa maneira, há uma necessidade maior em proteger outros direitos constitucionalmente previsto em prol de um comunitarismo, da realização do direito em prol de toda a sociedade. Essa perspectiva difere do

---

<sup>158</sup> BRUGGER, Winfried. *The treatment of hate speech in Germany Constitutional Law*. In: **German Law Journal**. Baden Baden, 2002, p. 04. Disponível em <[https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ\\_Vol\\_04\\_No\\_01\\_Brugger.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ_Vol_04_No_01_Brugger.pdf)>. Acesso em 02 set. 2018.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 05.

<sup>160</sup> CAVALCANTE, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 148.

ordenamento jurídico norte-americano, marcado por decisões sempre em prol da liberdade de expressão e do liberalismo utilitarista que admite até mesmo os discursos extremos<sup>161</sup>.

Destarte, os tópicos subsequentes pretendem demonstrar essa diferenciação, entre os ordenamentos jurídicos de ambos os países, traçando semelhanças com o próprio sistema brasileiro do que tange a forma de aplicação da liberdade de expressão.

### 3.4.1 A legislação norte-americana

No Brasil, o princípio da Liberdade de Expressão não pode ser exercido de forma ilimitada, para manter um Estado democrático e plural é necessário que essa liberdade seja balizada. Vemos uma perspectiva diferente no ordenamento jurídico norte-americano, há uma valorização exacerbada da primeira emenda que protege o princípio da liberdade de expressão.

É necessário entender que ao analisar o instituto da liberdade de expressão em diferentes países, os quais se auto proclamam igualmente democráticos, é possível encontrar diversas formas de trato desse princípio<sup>162</sup>. Assim, enquanto no Brasil o princípio basilar é o da dignidade da pessoa humana, nos EUA a liberdade de expressão se torna “direito preferencial” acima de todos os outros<sup>163</sup>.

O ordenamento jurídico norte-americano é marcado por uma política de liberalismo-utilitarista. Aqui o liberalismo se difere daquele pregado por Dworkin, tendo como prioridade a preservação dos valores fundamentais de liberdade, não apenas pelo seu valor intrínseco, mas principalmente porque sua consumação maximiza o bem-estar da sociedade<sup>164</sup>.

De forma diferente se concebe o liberalismo igualitário tratado por Rawls e Dworkin, uma vez que, aqui, o liberalismo é visto como uma forma de alcançar a justiça. Para Rawls, esta concepção está ligada a ideia de prioridade do justo sobre o bom,

---

<sup>161</sup> CAVALCANTE, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 187.

<sup>162</sup> PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, vol. 14, jan./abr. 2018, p.299. Disponível em:< file:///C:/Users/Isabele/Downloads/1788-12088-1-PB%20(1).pdf> Acesso em: 01 jun. 2018.

<sup>163</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 129.

<sup>164</sup> CAVALCANTE, João Trindade. *Op. Cit.*, 2018, p. 90.



diferente do liberalismo-utilitário em que a liberdade se torna o objetivo principal da sociedade política por trazer maiores benefícios à coletividade<sup>165</sup>.

A primeira emenda da Constituição norte-americana, trata do conceito e abrangência da liberdade no país. Quanto a isso, é necessário destacar que há diversas correntes teóricas que visam explicar qual o fundamento basilar dessa emenda e como até mesmo os discursos extremistas podem ser protegidos por ela<sup>166</sup>.

Em uma visão mais tradicional, da liberdade de expressão (liberal-utilitarista), surge duas teorias, quais sejam: a busca da verdade e o “livre mercado de ideias”. Nessa perspectiva, em suma, a liberdade de expressão deve ser assegurada sem reservas pois só com ela podemos alcançar a verdade absoluta, uma vez que, o que hoje pode ser considerado verdadeiro amanhã pode ser falso, assim, deve ser permitido a manifestação de qualquer tipo de ideia<sup>167</sup>.

Nessa linha de raciocínio, o “livre mercado de ideias” torna-se uma forma atualizada desse argumento, é a partir de um ambiente livre, em que todas as ideias competem, que haveria essa análise da verdade, em que as melhores consequentemente prevaleceriam. Essa forma de argumentação é caracterizada como liberal-utilitária por se basear numa análise de custo-benefício<sup>168</sup>.

Esse entendimento é refutado por liberais radicais que entendem que o fundamento da liberdade de expressão não deve ser a busca da verdade absoluta, e sim uma forma de neutralidade do Estado, visto que, este não pode decidir o que é verdade ou não sob pena de atacar a própria ideia de direitos fundamentais. Assim, a liberdade de expressão, entendida como princípio absoluto, deve ser garantida, mesmo em discursos extremistas, como uma forma de assegurar a própria neutralidade do Estado<sup>169</sup>.

Dessa forma, o que se pode concluir é que ambas as correntes defendem a proteção e o albergue de todo tipo de ideia, até mesmo as mais extremas, à luz da Primeira Emenda, apenas se diferenciando no que tange a sua fundamentação, podendo ser

---

<sup>165</sup> CAVALCANTE, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira:** como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva, 2018, p.90.

<sup>166</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>167</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>168</sup> *Ibidem, p. 91.*

<sup>169</sup> *Ibidem, loc.cit.*

ela a partir de uma visão mais utilitarista ou ainda mais extremista que visa a proteção dos direitos fundamentais e a neutralização do Estado.

No direito norte-americano “os membros da famigerada Ku Klux Klan, a seita que prega a supremacia branca e o ódio racial, não podem ser punidos por queimarem cruzeiros em frente à residência de negros, pois isso limitaria seus direitos de manifestação de pensamento”<sup>170</sup>.

Este foi um caso que ficou famoso na jurisprudência norte-americana em 1969, o caso *Brandenburg Vs. Ohio* em que os *justices* da Suprema Corte Americana decidiram pela adoção absoluta do princípio da liberdade de expressão, dado que, não cabe ao Estado a aferição de bondade e maldade dos atos, só podendo limitar a liberdade de expressão quando houver incitação clara e direta à violência<sup>171</sup>.

No caso em destaque, um fazendeiro, em um programa de televisão com grande audiência, ratificou todas as ideias racistas propagadas pelo Ku Klux Klan, afirmando que todos os negros e demais povos voltassem para seus países de origem. O fato ocorreu na década de 1960, entretanto a decisão proferida pela Corte Americana já exprimia um verdadeiro resumo das ideias liberais, no âmbito do *free speech*, adotadas até os dias atuais nos EUA<sup>172</sup>.

É inegável a comparação feita com o Tribunal Constitucional Federal Alemão, enquanto no Estados Unidos da América decisões, como a mencionada anteriormente, são comuns, para os germânicos a simples iniciativa de organizar uma conferência com a finalidade de minimizar os impactos da Segunda Grande Guerra foi considerada um insulto ao povo judeu, de tal forma, que gerou a suspensão da própria conferência<sup>173</sup>. O que vemos é uma dicotomia no tratamento do princípio da liberdade de expressão, em que, por um lado, a uma aplicação ilimitada, e de outro, uma preocupação em tratar o caso concreto a luz de outros princípios que se põem mais importantes.

Entretanto, necessário destacar que, mesmo que a liberdade de expressão seja enaltecida no ordenamento norte-americano, quanto as chamadas “*fighting worlds*”

---

<sup>170</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 129.

<sup>171</sup> CAVALCANTE, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 97.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 105.

não há nenhuma proteção do sistema jurídico. Em tradução livre essa expressão significa “gritos de guerra” ou mesmo “expressões de violência”, essas são manifestações de pensamento que tem potencial concreto de gerar uma resposta de violência<sup>174</sup>.

Nesse sentido Daniel Sarmento destaca:

Na nossa opinião, esta hegemonia pode em parte ser debitada a alguns traços mais gerais da cultura jurídica norte-americana, como o profundo individualismo, a tendência à priorização da liberdade negativa em relação à igualdade, a permanente desconfiança diante do Estado, tido como inimigo mortal dos direitos humanos, aliada a uma visão otimista sobre o funcionamento da sociedade civil e do mercado, que se abstrai do efeito opressivo e silenciador que pode ser produzido por estruturas sociais desiguais<sup>175</sup>.

Vemos claramente que essa idolatria que os EUA possuem pela primeira emenda é incompatível com os valores protegidos na Constituição de 1988, que positivou comandos que tem por finalidade combater o preconceito e o racismo, não só em Texto Constitucional, como também no ordenamento jurídico como um todo, não há aqui espaço para a intolerância<sup>176</sup>.

Em países que há uma proteção ampla às formas de manifestação de opinião, em que o princípio da liberdade de expressão é tido como ilimitado e toda e qualquer pessoa, ou mesmo veículos de comunicação, pode exprimir o que pensa sobre os mais diferentes temas, vemos que institutos como o do *hate speech* se faz bastante presente, exatamente por haver essa falta de balizamento e limitação do princípio da liberdade de expressão<sup>177</sup>.

Um desses países é sem dúvida os Estados Unidos da América, “nesta linha, formou-se firme jurisprudência nos Estados Unidos no sentido de proteção constitucional das mais tenebrosas manifestações de intolerância e ódio voltada contra minorias”<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 129.

<sup>175</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**. Fortaleza, v.16, Jul./2007, p.85-86. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/LIBERDADE\\_DE\\_EXPRESS\\_O\\_\\_PLURALISMO\\_E\\_O\\_PAPEL\\_PROMOCIONAL\\_DO\\_ESTADO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O__PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2018.

<sup>176</sup> MARMELSTEIN, George. *Op.cit.*, 2014, p. 130.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 291

<sup>178</sup> SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “*Hate Speech*”. In: FARIAS, Cristiano Chaves. **Leituras complementares de direito civil** – o direito civil-constitucional em concreto. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 43

Vemos essa forte proteção norte-americana da liberdade de expressão manifestada em legislações internacionais, como na Convenção Americana que restringe a atuação do Estado na liberdade de expressão, só permitindo em casos de incitação à violência. Essa limitação se dá por conta da intervenção dos Estados Unidos na redação do texto normativo uma vez que no próprio país não é possível legislações que restrinjam a liberdade de expressão de forma ampla<sup>179</sup>.

Em verdade a democracia exige que os sujeitos possam expressar sua opinião sobre os mais diversos assuntos, incluindo de raça, gênero, nacionalidade, imigrantes, assuntos estes que despertam opiniões contrárias, mas relevantes para elaboração de leis, políticas públicas e para a boa gestão de uma nação<sup>180</sup>.

Porém, essa mesma democracia é a que pede um balizamento do princípio da liberdade de expressão principalmente por meio de restrições ao discurso de ódio, para que assim a cidadania possa ser de forma mais igualitária pelos indivíduos, especialmente por aqueles que estão em patamares desiguais<sup>181</sup>.

### 3.4.2 A legislação alemã

Ao falarmos em liberdade de expressão se faz importante a diferenciação entre o tratamento dado pelo ordenamento jurídico norte-americano e o ordenamento germânico, uma vez que, se põe evidente a separação entre esses dois sistemas normativos. Aqui, é possível observar uma aproximação maior do ordenamento brasileiro a forma de tratamento dada pelos alemães.

No que pese as decisões dadas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, é possível observar algumas ambiguidades. Primeiramente, o que se passa é uma preocupação com a realização e proteção da liberdade de expressão, porém, em

---

<sup>179</sup> PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, vol. 14, jan./abr. 2018, p.311. Disponível em:< file:///C:/Users/Isabele/Downloads/1788-12088-1-PB%20(1).pdf> Acesso em: 01 jun. 2018.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p.313.

<sup>181</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

diversos casos, reafirma-se a necessidade de fazer uma ponderação entre liberdade e opinião<sup>182</sup>.

Em verdade, essa ponderação resulta na adoção de medidas que valorizam e reforçam valores de unidade da comunidade. Dessa forma, quanto aqueles “inimigos da democracia” a ponderação resolve para o lado da liberdade de expressão, entretanto, quando está em jogo discursos discriminatórios e que incitam o ódio, a ponderação admite que sejam feitas restrições à liberdade de expressão<sup>183</sup>.

Ainda que muito valorizada no ordenamento, a compreensão e o papel que a liberdade de expressão desempenha dentro do Estado é sensivelmente diferente, há uma ideia de duplo papel, sendo, ao mesmo tempo, um instrumento para a construção da livre opinião pública e para a troca de ideias entre os cidadãos de um Estado democrático, e uma forma de representação positiva do direito subjacente individual importante para a dignidade da pessoa humana<sup>184</sup>.

Dessa forma, entende-se que o ordenamento alemão é marcado por uma forte influência do comunitarismo, priorizando as ideias de dignidade e honra em detrimento da liberdade de expressão. O que se pretende é uma ponderação de valores, como usada no ordenamento brasileiro, e, em termos materiais, a ponderação vai favorecer a liberdade de expressão quando não há um real ataque à honra<sup>185</sup>.

A ponderação, como vista no ordenamento brasileiro, não significa um ataque a realização do princípio da liberdade de expressão, o que se pretende é a análise do caso concreto e o sopesamento de valores tão importantes como o protegido por esse princípio. A honra e a dignidade se tornam de extrema importância em um país marcado por uma história sombria de ódio e discriminação, o que resultou em uma preocupação maior quanto proteção de grupos minoritários.

Ainda que seja previsto eventuais limitações à liberdade de expressão, em casos pontuais, no ordenamento jurídico alemão, é necessário salientar que o direito de

---

<sup>182</sup> CAVALCANTE, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira:** como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 129.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>184</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**. Fortaleza, v.16, Jul./2007, p.86. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/LIBERDADE\\_DE\\_EXPRESS\\_O\\_\\_PLURALISMO\\_E\\_O\\_PAPEL\\_PROMOCIONAL\\_DO\\_ESTADO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O__PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2018.

<sup>185</sup> CAVALCANTE, João Trindade. *Op.cit.*, 2018, p. 130.

expressão é abrangente e envolve qualquer ideia, abarcando até mesmo a propaganda comercial. A respeito disso Marmelstein destaca um caso que ocorreu na Alemanha em que o grande dilema consistia na dúvida se uma revista poderia ser censurada ou punida por publicar anúncios publicitários da marca de roupa Benetton, considerada polêmica por retratar imagens perturbadoras de diversas mazelas sociais<sup>186</sup>.

Nesse caso a Corte Constitucional alemã entendeu pela liberdade de expressão “alcança também expressões comerciais, assim como a pura publicidade econômica, que tenham um conteúdo axiológico constitutivo de opinião pública”<sup>187</sup>. Concluiu-se que as imagens vinculadas direcionariam a preocupação do cidadão para as mazelas da sociedade uma vez que representavam conteúdo capaz de formar opinião e que vincula juízo de valor<sup>188</sup>.

Ainda que seja possível essa limitação à liberdade de expressão, a mesma é concebida *a priori* no texto normativo germânico, o que garante a sua proteção assim como os demais valores constitucionais.

Para Daniel Sarmento “talvez a grande contribuição da dogmática germânica para o enriquecimento da liberdade de expressão tenha sido o reconhecimento da dimensão objetiva deste direito, e da sua aptidão de gerar também obrigações positivas para os poderes públicos”<sup>189</sup>.

A partir desse ponto de vista os direitos fundamentais, além de direitos subjetivos, compõem os valores mais importantes da sociedade, condicionando a forma de interpretação do Direito assim como sua forma de aplicação, uma vez que, tais valores irradiam para o ordenamento jurídico<sup>190</sup>.

Dessa forma, os poderes públicos não têm apenas a obrigação de não violar esses preceitos, têm também a obrigação de os promover e de garanti-los diante de ameaças. Aqui os direitos fundamentais não apenas limitam a atuação do Estado,

---

<sup>186</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.125.

<sup>187</sup> SCHWAB, Jurgén *apud* MARMELSTEIN, George. *Op.cit.*, 2014, p. 125.

<sup>188</sup> MARMELSTEIN, George. *Op.cit.*, 2014, p.125.

<sup>189</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o papel promocional do Estado. In: **Revista Dialogo Jurídico**, v.16, Jul./2007, p. 86. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/LIBERDADE\\_DE\\_EXPRESS\\_O\\_\\_PLURALISMO\\_E\\_O\\_PAPEL\\_PROMOCIONAL\\_DO\\_ESTADO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O__PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2018.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p.87.

mas também impulsiona e orienta as ações de seus poderes<sup>191</sup>. Esse entendimento se faz importante quando analisamos casos concretos, em que é necessário o balizamento dos princípios em detrimento do valor fundamental que se pretende proteger.

Há que se destacar uma grande diferença entre o ordenamento jurídico alemão e o norte-americano, enquanto que nesse último há uma grande desconfiança em relação ao governo como censor de ideias, na Alemanha, o que podemos concluir, é uma certa confiança que pende ao Estado, sendo este um indutor de ideias que reforcem a unidade política e o respeito recíproco entre os integrantes da sociedade<sup>192</sup>.

Em suma, o sistema jurídico alemão se baseia em uma proteção aos valores fundamentais, tais como, o de liberdade de expressão, mas não o trata como um valor absoluto sendo previstas limitações avaliadas em análise de casos concretos. Há uma preocupação maior em realização de outros preceitos fundamentais como o de honra e dignidade, ideia que se aproxima da adotada no ordenamento brasileiro.

---

<sup>191</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o papel promocional do Estado. In: **Revista Diálogo Jurídico**, v.16, Jul./2007, p. 87. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/LIBERDADE\\_DE\\_EXPRESS\\_O\\_\\_PLURALISMO\\_E\\_O\\_PAPEL\\_PROMOCIONAL\\_DO\\_ESTADO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O__PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2018.

<sup>192</sup> CAVALCANTE, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 148.

## 4 HATE SPEECH COMO LIMITAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Da restrição feita ao princípio da liberdade de expressão surge diversas consequências. Ainda que hoje haja uma grande valorização aos princípios, estes não podem ser entendidos e exercidos de forma ilimitada, assim, o balizamento desses preceitos fundamentais se dá para garantir que nenhum direito seja cerceado.

É daí que surge a necessidade de debate quanto ao *hate speech*. Esse tipo de discurso, pautado no ódio e na discriminação de indivíduos ou grupo de pessoas, não deve ser legitimado em prol de uma liberdade de expressão desmedida que não se atenha a demais valores fundamentais como o da dignidade da pessoa humana.

Entendendo a sociedade como um complexo sistema político em que indivíduos livres e iguais procuram debater ideias e tomar decisões que favoreçam o bem comum, promovendo o equacionamento de diferenças e a resolução de conflitos pelo diálogo, é fácil ver que o *hate speech* apenas atrapalha tal processo democrático<sup>193</sup>.

A proteção da liberdade de expressão é necessária em um Estado plural, como já falado anteriormente, entretanto essa proteção vai além, se preocupando não só com o autor do discurso, mas também com seu ouvinte. Assim, manifestações que tenham por objetivo cercear os direitos da personalidade de outrem, não podem entrar no âmbito de proteção da liberdade de expressão.

### 4.1 O HATE SPEECH: CONCEITO E ANÁLISE

Há muito tempo que, na ciência do Direito, se ultrapassou a ideia de princípios absolutos. A liberdade de expressão não é exceção, seu valor deve ser sopesado no caso concreto, e pode sofrer limitação quando estiver em jogo demais princípio fundamental que se ponha em posição de preferência, evitando que haja um ataque a dignidade ou a honra do indivíduo.

Ainda que determinado direito fundamental esteja positivado no ordenamento jurídico sem qualquer tipo de contenção firmada pelo legislador, isso não dá fundamento para concluir que poderá ser exercido sem nenhum tipo de limitação. Uma vez que fosse

---

<sup>193</sup> SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “*Hate Speech*”. In: FARIAS, Cristiano Chaves. **Leituras complementares de direito civil** – o direito civil-constitucional em concreto. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 70.



entendido como absoluto, tal direito poderia acabar por se sobrepor a outro, também presente no ordenamento e, portanto, passível de proteção constitucional<sup>194</sup>.

Nesse contexto que se faz necessário o estudo do *hate speech* e sua distinção em relação ao exercício legítimo do princípio da liberdade de expressão. O instituto jurídico do *hate speech* se caracteriza por validar todas as formas de manifestação de ideia, mesmo que essas palavras e opiniões expressem, de forma direta ou indireta, o ódio que o interlocutor tem de determinadas pessoas, ou mesmo grupo de pessoas, que normalmente são tratadas como minorias<sup>195</sup>.

O próprio termo, *hate speech* (discurso de ódio) sugere que é uma forma de discurso e, portanto, protegido de maneira geral em países liberais. Entretanto, se esse “discurso” é motivado, ou expressa o ódio, essa forma de comunicação, não pode atingir o nível de manifestação que merece proteção constitucional<sup>196</sup>.

O discurso de ódio vem muitas vezes ligado ao incitamento do ódio por meio de manifestações que tratam, de forma negativa, sobre temas como etnia, raça, religião, orientação sexual, gênero ou qualquer outra característica de uma pessoa ou grupo de pessoas<sup>197</sup>.

O *hate speech* é composto por dois elementos basilares: discriminação e externalidade, e como manifestação é segregacionista, baseando-se na ideia de superior (emissor) e inferior (atingido). Exatamente por ser uma manifestação, passa a existir apenas quando é dada a conhecer por outrem, que não o próprio autor que profere as palavras<sup>198</sup>.

É necessário que haja a transposição de ideias do campo mental para o plano concreto. Isso porque, o discurso que não é externado, faz parte do campo do pensamento não causando nenhum dano a alguém. Nesses casos, é inconcebível a

---

<sup>194</sup> SILVA, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.466.

<sup>195</sup> TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech* e liberdade de expressão. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 291.

<sup>196</sup> BRUGGER, Winfried. *The treatment of hate speech in Germany Constitutional Law*. In: **German Law Journal**. Baden Baden, 2002, p. 44. Disponível em <[https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ\\_Vol\\_04\\_No\\_01\\_Brugger.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ_Vol_04_No_01_Brugger.pdf)>. Acesso em 02 set. 2018.

<sup>197</sup> TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Op.cit.*, 2013, p. 292.

<sup>198</sup> SILVA, Rosana Leal; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BERCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol.18, jul./dez. 2011, p.447.

atuação jurídica já que não há exteriorização do pensamento, ele fica no âmbito abstrato do autor, em que, todo pensamento é livre<sup>199</sup>.

Ademais, um discurso para ser considerado *hate speech* é indispensável que manifeste discriminação, ou seja, desprezo por alguma característica da pessoa que a torne, aos olhos do autor do discurso, inferior ou indigna da mesma posição que os demais<sup>200</sup>.

Aqueles que atacam esperam cultivar, no interior coletivo das minorias, uma sensação de que não são respeitadas, confiadas, e que não são dignas da mesma cidadania daqueles que proferem esse discurso. Há uma sensação de que, essas pessoas ou grupos de pessoas, vão ser sempre vulneráveis a esse tipo de humilhação e discriminação advindas dos discursos de ódio<sup>201</sup>.

Esse fenômeno não é novo, o mesmo é tratado em diversos ordenamentos jurídicos sendo mencionado ainda na Convenção Americana em seu item 5º, artigo 13. O texto normativo indica a possibilidade de lei doméstica punir casos de propaganda em favor de guerra, assim como toda apologia ao ódio nacional, religioso ou racial que se configure em incitação à violência com base em nacionalidade, religião, raça, cor ou língua<sup>202</sup>.

Contudo, nem as Constituições modernas ou ainda legislação internacional, permite ou proíbe de forma consistente e sólida o discurso de ódio<sup>203</sup>. O que é possível enxergar é a adoção de duas maneiras distintas de tratar a liberdade de expressão e, conseqüentemente, o *hate speech*, adotando ou uma ideia liberal baseada nos Estados Unidos da América, ou a concepção germânica que prioriza outros valores constitucionalmente protegidos, como já tratado em capítulo anterior.

---

<sup>199</sup> SILVA, Rosana Leal; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BERCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol.18, jul./dez. 2011, p.448.

<sup>200</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>201</sup> WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Havard University Press, 2013, p.117.

<sup>202</sup> PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, vol. 14, jan./abr. 2018, p.312. Disponível em:< file:///C:/Users/Isabele/Downloads/1788-12088-1-PB%20(1).pdf> Acesso em: 01 jun. 2018.

<sup>203</sup> BRUGGER, Winfried. *The treatment of hate speech in Germany Constitutional Law*. In: **German Law Journal**. Baden Baden, 2002, p. 44. Disponível em <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ\_Vol\_04\_No\_01\_Brugger.pdf>. Acesso em 02 set. 2018.

Um dos argumentos a favor de uma ampla proteção do discurso de ódio é que, essa forma de manifestação, foi tradicionalmente importante para minorias que desejavam expressar suas ideias consideradas, pela maioria, como absurdas ou ofensivas. Assim, a proteção de um discurso ofensivo seria um dever moral, uma vez que, aquilo que hoje é considerado absurdo pode não o ser amanhã<sup>204</sup>.

Nesse sentido o Ministro Marco Aurélio Mello destaca:

Garantir a expressão apenas de ideias dominantes, das politicamente corretas e daquelas que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida, o que implica desrespeito ao direito de se pensar autonomamente. Em última análise, a liberdade de expressão torna-se realmente uma trincheira do cidadão contra o Estado quando aquele está a divulgar ideias controversas, radicais, minoritárias, desproporcionais, uma vez que essas ideias somente são assim considerando quando comparadas com o pensamento maioria<sup>205</sup>.

Todavia, o risco da não limitação do discurso de ódio está justamente na possibilidade de negar a liberdade de expressão a outrem, ou seja, utiliza-lo como forma de abolir os direitos de outro cidadão<sup>206</sup>. Assim, é necessário que haja uma certa restrição, feita em relação à liberdade de expressão, para defender o direito de manifestação de todos, uma vez que, ninguém deve usar a fala para emudecer outra pessoa.

A liberdade de expressão garante uma sociedade plural, porém, para que essa diversidade se perpetue, é necessário que tal princípio não seja entendido em caráter absoluto. O jogo de ideias que marca o Estado democrático deve conter as mais diversas opiniões, pensamentos e ideias, que se originem dos mais diversos grupos da sociedade. Se um desses grupos ou indivíduo é calado, através de um discurso de ódio que visa apenas segregar e discriminar, a própria liberdade de expressão estaria sendo afetada, não exercendo de forma eficaz o seu papel.

Para tanto é imprescindível que, em certa medida, haja uma restrição que será feita pelo Estado. O mesmo Estado que tem o dever de garantir a liberdade de expressão e não permitir a censura diante de uma situação em que a liberdade de alguém se

---

<sup>204</sup> BRUGGER, Winfried. *The treatment of hate speech in Germany Constitutional Law*. In: **German Law Journal**. Baden Baden, 2002, p. 27. Disponível em <[https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ\\_Vol\\_04\\_No\\_01\\_Brugger.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ_Vol_04_No_01_Brugger.pdf)>. Acesso em 02 set. 2018.

<sup>205</sup> MELLO, Marco Aurélio. Liberdade de expressão. In ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo horizonte: Del Rey, 2005, p.598.

<sup>206</sup> BRUGGER, Winfried. *Op.cit.*, 2002, p. 04.

sobreponha, tem um novo dever de proteger aquele que está em situação vulnerável, aquele que pode ter um de seus direitos cerceados.

Entretanto, não é qualquer forma de atuação do Estado com a finalidade de cercear o *hate speech* que terá o mesmo grau interventivo. É preferível aquela intervenção menos intrusiva que não ponha em risco a total efetividade da liberdade de expressão. Dessa forma, impedir previamente a publicação de obras, a veiculação de declarações pelos meios de comunicação soa como medida extrema que se assemelha mais a censura. Medida mais adequada seria, por exemplo, a retirada *a posteriori* de publicações quando confirmada a sua caracterização em *hate speech*<sup>207</sup>.

A tendência germânica (seguida pela Europa assim como Brasil) prevê, em sua Constituição, não só uma proteção ao enunciado do discurso que se manifesta, mas também, a como afeta a sua audiência. Essa audiência inclui tanto os indivíduos, como grupos de pessoas, as quais, são afetadas pelo enunciado<sup>208</sup>.

Assim, há uma proteção da honra, dignidade e reputação daqueles que se destinam o discurso, podendo ainda incluir a proteção do interesse da sociedade como um todo, paz social e inclusão das minorias como um dos objetivos da limitação da liberdade de expressão. Assim, quanto mais inflamado for o discurso, mais chances de ferir os direitos de outrem<sup>209</sup>.

Para Waldron, a dignidade é o alvo do discurso de ódio. Essa dignidade não é apenas algo abstrato, está relacionado ao próprio papel do indivíduo na sociedade, ao fundamento da reputação, e que permite que todos os indivíduos sejam tratados com equidade nas operações básicas da sociedade<sup>210</sup>.

Como princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana impõe limites à ação do indivíduo, visando a proteção contra atos

---

<sup>207</sup> TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech* e liberdade de expressão. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 297.

<sup>208</sup> BRUGGER, Winfried. *The treatment of hate speech in Germany Constitutional Law*. In: **German Law Journal**. Baden Baden, 2002, p. 29. Disponível em <[https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ\\_Vol\\_04\\_No\\_01\\_Brugger.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ_Vol_04_No_01_Brugger.pdf)>. Acesso em 02 set. 2018.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>210</sup> WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p.125.

degradantes ao mesmo tempo que se preocupa em garantir uma vida saudável a coletividade<sup>211</sup>.

Destarte, para que o *hate speech* atinja seus objetivos danosos, é necessário que seja veiculado por um meio comunicacional, quanto maior o poder difuso escolhido para veiculação, mais nocivo será o discurso propagado. Esse meio escolhido vai variar de acordo com o momento histórico vivido pelo autor, enquanto em um momento entendia-se como grande fonte de circulação de notícias o rádio e a televisão, hoje, atingem o auge da comunicação, a internet<sup>212</sup>.

Em síntese, o *hate speech* é uma forma de manifestação em que o indivíduo tem, por objetivo, a propagação de um discurso pautado no ódio, destinado, normalmente, a pessoas que fazem parte de minorias sociais. Exatamente por ser uma forma de manifestação de ideias com o intuito de diminuir e humilhar outrem, que não podemos falar em sua proteção perante o ordenamento jurídico.

Destarte, é inconcebível que, em um Estado democrático e plural como o brasileiro, discursos que atinjam a dignidade e a honra do ser humano sejam legitimados pela Constituição Federal, visto que, a própria dignidade da pessoa humana é o princípio basilar que rege o sistema jurídico brasileiro.

## 4.2 INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS

Com o advento das novas tecnologias e a modernização da sociedade, diferentes questões foram surgindo fazendo com que novos esforços fossem sendo necessários, em vários campos do direito, para se acompanhar a sociedade contemporânea.

Dessa forma, a discussão sobre o *hate speech* se faz mais importante em uma sociedade globalizada e ligada pela internet, para Marmelstein: “de fato, nesta Era da Informação, onde conhecimento é poder e o que não está no Google não está no mundo, o simples acesso à infovia já seja, talvez, um direito tão essencial quanto a própria liberdade de expressão”<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> SILVA, Rosana Leal; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BERCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol.18, jul./dez. 2011, p.449.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p.450.

<sup>213</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 131.

É necessário entender que o constituinte não havia pensado na internet ao positivizar o direito à informação, os processos de globalização e as iminentes mudanças na sociedade geraram novas situações decorrentes das novas tecnologias. Por infelicidade, as redes sociais se tornaram um lugar propício de disseminação de ideias repugnantes. A falta de controle e a possibilidade do anonimato, bem como o poder de veiculação, tornaram esses meios de comunicação como os ideais para a propagação do *hate speech*.

Assim, o que o legislador tencionava, ao redigir a Lei, era possibilitar que a imprensa pudesse desempenhar seu papel de comunicação sem censura, garantindo isso em diversas legislações não somente na Constituição, como por exemplo na “Lei de acesso à informação”, ampliando o alcance desse princípio ao permitir o acesso a dados governamentais, além de garantir a publicidade dos atos dos governantes<sup>214</sup>.

O meio virtual oportunizou a criação de diversas formas de comunicação como blogs, fóruns, páginas pessoais, atuação em redes sociais, ou seja, a produção de conteúdo dos mais diversos. Embora tenha facilitado a comunicação entre as pessoas, as mesmas ficam cada vez mais expostas a situações ocasionadas pelo abuso do direito de livre manifestação<sup>215</sup>.

Diferente do que se imagina, o que se vê em maior frequência nas mais populares redes sociais, é um desfile de manifestações unilaterais que não compõem um diálogo saudável e efetivo. Assim, a prometida contribuição política e social no sentido de criar espaços para debate de assuntos relativos aos cidadãos e ao exercício de seus direitos, acaba que frustrada, uma vez que as opiniões expressas nesses espaços são feitas de forma sectária ou até mesmo agressivas. Essa comunicação virtual acaba por ser, muitas vezes, autocêntrica, o que conduz a casos de extremismos e radicalizações<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 132.

<sup>215</sup> BAPTISTELA, Tiago. CAUDAS, Claudete. **O discurso de ódio nas redes sociais contra migrantes internacionais: liberdade de expressão ou violação da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: < <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13218/2263>> Acesso em: 03 jul. 2018.

<sup>216</sup> SCHREIBER, Anderson. **Marco Civil da internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por Dano gerado por terceiro**. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/49113729/Artigo\\_Marco\\_Civil\\_da\\_Internet\\_Schreiber.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1528080756&Signature=YzZclOfnAePbMGOohbeXwWRJ5dl%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DMarco\\_Civil\\_da\\_Internet\\_Avanco\\_ou\\_Retroc.pdf](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/49113729/Artigo_Marco_Civil_da_Internet_Schreiber.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1528080756&Signature=YzZclOfnAePbMGOohbeXwWRJ5dl%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DMarco_Civil_da_Internet_Avanco_ou_Retroc.pdf)> Acesso em: 02 jul. 2018.

Assim, “discriminação contra pessoas que partilham de uma característica identitária comum, como a cor da pele, o sexo, a opção sexual, a nacionalidade, a religião, entre outros atributos, encontra ambiente propício nas redes sociais para manifestar suas ideologias<sup>217</sup>”.

Essas manifestações de ódio são articuladas e pretendem, de forma dissimulada, incitar à violência além de atentar contra a dignidade da pessoa, ou de grupos de pessoas. Há uma intenção de desqualificar o indivíduo que não partilha das mesmas ideias ou não possui as mesmas características do interlocutor<sup>218</sup>. Assim, as redes sociais se tornam ambiente oportuno para manifestação de ideias autoritárias e extremistas disfarçadas de manifestações de direito à liberdade.

Tal forma de discurso atinge a dimensão intersubjetiva, no dever de respeito entre os seres humanos. Além disso, não afeta apenas a dignidade individual da vítima, mas sim, a de um grupo social. Mesmo que esse indivíduo tenha sido atingido de forma direta, esse discurso vai afetar os demais sujeitos que partilham a mesma característica que deu ensejo a discriminação<sup>219</sup>.

O Ministério Público Federal, buscando a defesa da dignidade e para conter discursos de ódio de cunho racistas, ajuizou, em 2014, Ação Civil Pública contra a plataforma Google. Nessa Ação, foi solicitado a retirada de vídeos constantes no youtube que disseminavam mensagens de intolerância contra religiões afrodescendentes<sup>220</sup>.

A Ação tinha como base a representação feita pela Associação Nacional de Mídia Afro, e, em decisão, a Sétima Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, entendeu pelo provimento do agravo de instrumento determinado a retirada de imediato dos vídeos, uma vez que, os vídeos, propagavam mensagens de

---

<sup>217</sup> BAPTISTELA, Tiago. CAUDAS, Claudete. **O discurso de ódio nas redes sociais contra migrantes internacionais:** liberdade de expressão ou violação da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13218/2263>> Acesso em: 03 jul. 2018.

<sup>218</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>219</sup> SILVA, Rosana Leal; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BERCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol.18, jul./dez. 2011, p.450.

<sup>220</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Agravo de Instrumento 201400001010430**. Rel. Reis Friede. DJ: 28/08/2014. DOU: 16/09/2014. Disponível em: <[http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/?q=cache%3AylqisGVvtIYJ%3Awww.trf2.com.br%2Fidx%2Ftrf2%2Fementas%2F%3Fprocesso%3D201400001010430%26CodDoc%3D293472%20retirada%20dos%20v%C3%ADdeos%20listados%20pelo%20MPF%20da%20rede%20mundial%20de%20computadores%20&client=jurisprudencia&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lan\\_g\\_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8](http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/?q=cache%3AylqisGVvtIYJ%3Awww.trf2.com.br%2Fidx%2Ftrf2%2Fementas%2F%3Fprocesso%3D201400001010430%26CodDoc%3D293472%20retirada%20dos%20v%C3%ADdeos%20listados%20pelo%20MPF%20da%20rede%20mundial%20de%20computadores%20&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lan_g_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8)> Acesso em: 15 de out. de 2018.

intolerância e violência, e que, por pertencerem a plataformas da internet, seu acesso se torna irrestrito<sup>221</sup>.

No entanto, não há que negar as propriedades intrínsecas dessa forma de comunicação. As redes sociais propiciam um rico intercâmbio entre pessoas e culturas, o seu alcance atinge escalas mundiais, de forma a relativizar as noções de tempo e espaço e proporcionar inúmeras formas de compartilhamento informacional<sup>222</sup>.

Ainda que benéficas, são essas mesmas características que ampliam o alcance de conteúdos danosos, como o discurso de ódio, além de trazerem obstáculos à ação de meio de controle, como a investigação, ainda muito habituados ao mundo palpável. Dentro desses obstáculos é possível destacar a questão do anonimato, a possibilidade de criação de diversos perfis falsos, bem como os diversos endereços eletrônicos de um mesmo sítio<sup>223</sup>.

Não é viável a tolerância de abusos cometidos pelas mídias em prol de uma liberdade absoluta de comunicação, assim, não seria permitida a divulgação de informações de cunho preconceituoso ou que incitem a violência. A mídia é um instrumento de inclusão a serviço da democracia e não um mecanismo de exclusão de determinados indivíduos ou grupos<sup>224</sup>.

Somado a isso, há a questão do despreparo dos agentes das investigações quanto a utilização das novas tecnologias. É necessário compreender que o Direito está sempre em construção, devendo acompanhar as modificações sofridas pelas sociedades modernas e um de seus desafios tem sido, de forma clara, as interações ocorridas em âmbito virtual, principalmente no que tange ao *hate speech*<sup>225</sup>.

---

<sup>221</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Agravo de Instrumento 201400001010430**. Rel. Reis Friede. DJ: 28/08/2014. DOU: 16/09/2014. Disponível em: <[http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/?q=cache%3AylqisGVvtlYJ%3Awww.trf2.com.br%2Fidx%2Ftrf2%2Fementas%2F%3Fprocesso%3D201400001010430%26CodDoc%3D293472%20retirada%20dos%20v%C3%ADdeos%20listados%20pelo%20MPF%20da%20rede%20mundial%20de%20computadores%20&client=jurisprudencia&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lan\\_g\\_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8](http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/?q=cache%3AylqisGVvtlYJ%3Awww.trf2.com.br%2Fidx%2Ftrf2%2Fementas%2F%3Fprocesso%3D201400001010430%26CodDoc%3D293472%20retirada%20dos%20v%C3%ADdeos%20listados%20pelo%20MPF%20da%20rede%20mundial%20de%20computadores%20&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lan_g_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8)> Acesso em: 15 de out. de 2018.

<sup>222</sup> SILVA, Rosana Leal; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BERCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol.18, jul./dez. 2011, p.450.

<sup>223</sup> *Ibidem*, *loc.cit*.

<sup>224</sup> TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech* e liberdade de expressão. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 303.

<sup>225</sup> SILVA, Rosana Leal; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BERCHARDT, Carlise Kolbe. *Op.cit.*, 2011, p.450.



Outro obstáculo, está na própria falta de leis que tratem do discurso de ódio de uma forma ampla. Dessa forma, muito dos discursos pronunciados com o objetivo de propagar o ódio e humilhar o seu interlocutor não encontram tipificação legal. No Brasil há apenas leis para tipificar questões específicas a alguns tipos de *hate speech*. Um exemplo disso é a Lei 7716/89, artigo 20, que aponta como crime, a discriminação em relação a cor, raça, etnia, religião ou procedência nacional<sup>226</sup>.

O ponto é que, por só haver leis específicas que cuidem de reprimir tais comportamentos há uma lacuna quanto a punição do discurso de ódio em sentido genérico. Dessa forma, uma saída para tal vazio legislativo são as iniciativas de criação de delegacias especializadas no combate aos crimes digitais<sup>227</sup>.

O entendimento contrário ao *hate speech* acaba por ser baseado no compromisso constitucional a construção de uma sociedade igualitária e sem preconceitos. É possível identificar tal concepção ao longo das normativas constitucionais, extraído do artigo 3º, I que determina ser um dos objetivos da nação a construção de um meio social livre, igualitário e solidário, ou ainda do artigo 5º que expressamente prevê a punição em casos de discriminações que atentem os direitos fundamentais<sup>228</sup>. Entretanto, não há uma normatização ampla e concreta quanto ao tema do *hate speech* em nosso ordenamento.

Para que haja a proteção adequada do ser humano é necessário combater o preconceito em todas as suas formas. Ainda que no mundo virtual, a liberdade de expressão não deve legitimar a criminalidade covarde, com respaldo em um pretense anonimato, uma vez que isso causaria uma difusão de ideias que não se adequam ao Estado Democrático de Direito<sup>229</sup>.

Em síntese, os avanços tecnológicos que acompanham a sociedade moderna têm por objetivo a facilitação da vida do ser humano. As evoluções no âmbito da comunicação quebraram as barreiras do espaço e do tempo, entretanto, trouxeram consigo um espaço propício para proliferação de ideias de intolerância e violência. Justamente por

---

<sup>226</sup> SILVA, Rosana Leal; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BERCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol.18, jul./dez. 2011, p.450.

<sup>227</sup> ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha**: Policiamento e Segurança Pública no Século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 45.

<sup>228</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 251.

<sup>229</sup> SILVA, Rosana Leal; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BERCHARDT, Carlise Kolbe. *Op.cit.*, 2011, p.453.

ser considerado um “espaço sem lei”, pautado no anonimato, vemos cada vez mais indivíduos robotizados que nada temem senão uma tela fria de um dispositivo móvel.

#### 4.3 JURISPRUDENCIA SOBRE O TEMA: ANÁLISE DO CASO ELLWANGER

Ainda que não haja normas amplas para tratar do *hate speech*, nos casos em que há uma colisão entre o princípio da liberdade de expressão e os direitos da personalidade, há uma tendência brasileira em pender a decisão para o lado que proteja a dignidade da pessoa humana, impondo uma limitação ao outro princípio.

Em uma rápida análise do texto normativo constituinte vemos que, a princípio, todas as ideias serão protegidas pelo direito de livre expressão, sendo ressalvadas algumas situações específicas que são contrárias aos demais valores protegidos pela Constituição e que muitas vezes estão positivas nela, como por exemplo a defesa de ideias racistas<sup>230</sup>.

No Brasil, nas situações em que o Estado foi chamado para intervir em casos concretos relacionados ao tema, em que se fez uma necessária ponderação de princípios constitucionais, a decisão do Judiciário pendeu para a proteção dos direitos da personalidade do ofendido em detrimento da liberdade de expressão<sup>231</sup>.

Um exemplo claro desse posicionamento dos tribunais brasileiros é o caso do gaúcho Ellwanger que foi acusado de publicar obras de cunho antissemita, e por conta disso foi condenado por crime de racismo<sup>232</sup>. Este foi um julgamento que ocorreu em 2003 e chegou a instância do STF pela HC 82.424.

O caso em análise girou em torno de obra escrita pelo gaúcho Siegfried Ellwanger, que foi considerada de cunho antissemita pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, por negar a existência do holocausto além de atribuir características negativas ao caráter do povo judeu. Ellwanger nunca negou sua orientação antissemita e dedicou-se de forma ampla a reeditar os livros que propagavam o antissemitismo, sendo ainda autor de obras polemicas como *Holocausto judeu ou*

---

<sup>230</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.130

<sup>231</sup> TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech e liberdade de expressão*. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 296.

<sup>232</sup> *Ibidem, loc.cit.*

*alemão? Nos bastidores da mentira do século*, negando expressamente o fato histórico do genocídio dos judeus gerado pelo regime nazista alemão<sup>233</sup>.

Por conta de tais condutas Siegfried Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo sido antes absolvido em 1ª instância, pelo crime de racismo previsto na Constituição. De tal decisão o advogado da parte condenada impetra *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal, que mantém a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, condenando Ellwanger pelo crime de racismo<sup>234</sup>

O *habeas corpus* tinha como base um único argumento, sendo ele a extinção da punibilidade do crime. A linha de defesa destacava que os judeus, por não constituírem uma raça, não seriam abarcados pelo artigo 5º, inc. XLII, CF/88, o que impossibilitaria a condenação do paciente pelo crime de racismo. Assim, o delito realizado poderia prescrever<sup>235</sup>.

Nota-se que o argumento utilizado na defesa na impetração do *habeas corpus* de nenhuma forma trata da possível proteção do princípio constitucional da liberdade de expressão, argumento este invocado por alguns dos ministros ao defenderem uma posição favorável a Ellwanger<sup>236</sup>.

Em decisão, o Tribunal denegou o *habeas corpus* por oito votos a três, restando vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e do Ministro relator Moreira Alves<sup>237</sup>.

Conforme apresenta a decisão da HC 82.424, a edição e comercialização de obra que exalte ideias discriminatórias e preconceituosas, ação tipificada no artigo 20 da Lei 7716/89, redação dada pela Lei 8081/90, e constitui crime de racismo como previsto no artigo 5º, inc. XLII, CF/88<sup>238</sup>.

Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito

<sup>233</sup> TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech e liberdade de expressão*. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 298.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p.298.

<sup>235</sup> CAVALCANTE, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 153.

<sup>236</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>237</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>238</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424**. Rel. Min. Moreira Alves. DJ: 19/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 21 de out. de 2018.

segregacionista. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam de raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: incompatibilidade com os padrões éticos e morais, definidos na Carta política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crimes de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerância de sorte a afetar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do país<sup>239</sup>.

Neste julgamento fica claro o forte consenso contrário à proteção constitucional de discurso de ódio, no que tange conteúdos racistas. A posição tomada pelo Supremo Tribunal Federal foi reconhecida quase que unanimemente pela sociedade e na esfera acadêmica<sup>240</sup>.

Em uma posição diferente, o Ministro Marco Aurélio baseia o seu voto, um dos vencidos no órgão colegiado, em argumentos de defesa ao princípio da liberdade de expressão visto que este seria capaz de concretizar o Estado democrático<sup>241</sup>.

Em seu voto destaca a importância dos direitos fundamentais que se põem como estrutura de sustento e de eficácia da democracia. Nesse meio, o princípio da liberdade de expressão, em todas as suas facetas, teria um papel de grande relevância sustentando o direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa e direito à informação e a proibição da censura<sup>242</sup>.

A liberdade de expressão seria então um meio direto para a participação democrática e para a construção de um Estado livre e plural, que exalta as mais diversas opiniões, ideologias e pensamentos. Seria por meio desse princípio que as múltiplas e diferentes ideias poderiam ser externadas, sem medo de, com isso, receber represália por contrariar a opinião majoritária ou mesmo do Estado.

---

<sup>239</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424**. Rel. Min. Moreira Alves. DJ: 19/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 21 de out. de 2018.

<sup>240</sup> SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “*Hate Speech*”. In: FARIAS, Cristiano Chaves. **Leituras complementares de Direito Civil** – o direito civil-constitucional em concreto. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 3.

<sup>241</sup> CAVALCANTE, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 154.

<sup>242</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Op.cit.*, 2004.

Assim, para Marco Aurélio, a liberdade de expressão teria o condão de manter uma sociedade livre, barrando a censura, o que impediria a sociedade de se tornar escrava dos governantes e das mídias sendo apenas massa de manobra. É por meio desse princípio que é possível criticar, alertar e fiscalizar a administração pública<sup>243</sup>.

Embora os argumentos usados pelo Ministro coadunem com objetivo do princípio liberdade de expressão, o mesmo não justifica a sua preponderância em casos em que a dignidade da pessoa humana está em debate por consequente violação ao direito a não-discriminação.

Em verdade, por qualquer ângulo que se analise o caso, não há como inserir o conteúdo das obras de Ellwanger no âmbito de proteção da liberdade de expressão, levando em conta como esse princípio é disposto no ordenamento jurídico pátrio. As obras destacadas fazem uma clara incitação ao ódio disseminado contra o povo judeu. Não é possível que o exercício da liberdade de expressão prevaleça em face de outros valores como dignidade e igualdade<sup>244</sup>.

É possível observar aqui uma aproximação do sistema jurídico brasileiro com a tendência germânica, tratada em capítulo anterior, em que há uma proteção maior aos valores da honra e da dignidade quando em conflito com a liberdade de expressão.

A liberdade, em certa medida, é fundamental para um Estado Democrático e uma sociedade plural, entretanto, como entendido pelo próprio ordenamento pátrio, nenhum princípio é absoluto e por isso deve ser limitado em favor do bem-estar social. Além disso, como já mencionado na presente pesquisa, a base do sistema jurídico brasileiro é a dignidade da pessoa humana, assim sendo, os demais princípios e regras devem, em certa medida, concretizar este princípio.

Nesse sentido, importante destacar o posicionamento do Ministro Mauricio Corrêa. Em uma análise geral “o racismo persiste enquanto fenômeno social e que a

---

<sup>243</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424**. Rel. Min. Moreira Alves. DJ: 19/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 21 de out. de 2018.

<sup>244</sup> TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech* e liberdade de expressão. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 301.

existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social e é esta concepção que deve ser considerada na aplicação do direito<sup>245</sup>.

Dessa forma, as condutas praticadas pelo réu seriam sim caracterizadas atentatórias à dignidade da pessoa humana, vez que, para o Ministro, limitar o racismo apenas a segregação de raças, levando em consideração somente o sentido comum da palavra, implicaria no desprezo do princípio constitucional da igualdade, além de abrir precedente para a eventual limitação de certos direitos para uma parcela da sociedade. Tal conduta resultaria em descaracterizar o próprio sentido dos direitos fundamentais do homem<sup>246</sup>.

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes destaca a preocupação de um Estado democrático no exercício da liberdade de expressão quando há incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento do chamado *hate speech*. Esse é um problema extremamente complexo por se tratar de um conflito entre preceitos fundamentais que devem ser protegidos, quais sejam: a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. Conclui seu voto aduzindo que o próprio exercício indiscriminado da liberdade de expressão, o que levou no caso a discriminação racial, resultaria no comprometimento de um dos pilares do sistema democrático, o próprio princípio da igualdade<sup>247</sup>.

Ademais é “Suficiente dizer que o STF, ao julgar o caso Ellwanger, já decidiu que a incitação ao ódio racial é incompatível com o combate ao preconceito imposto pela Constituição, de forma que não há proteção constitucional para tal comportamento”<sup>248</sup>, faz-se aqui uma limitação do princípio constitucional da liberdade de expressão em prol da dignidade da pessoa humana.

Não houve censura, o livre pensamento é um valor consagrado ao indivíduo e protegido constitucionalmente, que se originou na Europa e se consagrou ainda em meio a Revolução Francesa de 1776. Tal princípio, tão fundamental para a sociedade

---

<sup>245</sup> FONSECA, Alberico Santos. Crime de racismo e antissemitismo: um julgamento histórico do STF (habeas corpus nº 82.424/RS). **Revista Jurídica Paraibana – FAP**. Paraíba, vol.2, jan./jul. 2015, p.30. Disponível em: <[http://www.fap-pb.edu.br/instituto/arquivos/revista\\_juridica\\_2015.pdf#page=24](http://www.fap-pb.edu.br/instituto/arquivos/revista_juridica_2015.pdf#page=24)> Acesso em: 02 jul. 2018.

<sup>246</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424**. Rel. Min. Moreira Alves. DJ: 19/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 21 de out. de 2018.

<sup>247</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>248</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.129.

democrática, não é absoluto e por conta disso vemos a sua limitação no caso em discussão uma vez que o cidadão expressa seu pensamento de modo a atingir o direito de terceiro, o fazendo de modo arbitrário e ainda violento<sup>249</sup>.

Dessa forma vemos que no Direito brasileiro há uma grande preocupação com a proteção do indivíduo, valorizando os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana em detrimento da liberdade pura e ilimitada.

#### 4.4 A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO FORMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A liberdade de expressão é garantida constitucionalmente, seu conceito inclui a proteção das mensagens proferidas pelo sujeito, sem que haja censura prévia por parte do Estado.

Contudo, a própria doutrina destaca que esse princípio não seria absoluto, uma vez que não abrange o discurso de ódio, por exemplo. Esse tipo de manifestação tem por objetivo a discriminação e a segregação da sociedade, afetando o indivíduo no que tem de mais importante perante o direito: a dignidade da pessoa humana<sup>250</sup>.

Questões de relevante interesse público ou ainda razões derivadas do princípio de convivência social permitem, mesmo que de forma excepcional, que os institutos do Estado se utilizem de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas. Entretanto, é necessário que tais medidas estejam em conformidade com o estabelecido na Constituição Federal, assim, conclui-se que no ordenamento jurídico brasileiro não há direitos e garantias em caráter absoluto<sup>251</sup>.

Com efeito, entendendo que o alcance do conteúdo exprimido pelos direitos fundamentais apenas é passível de aferição a partir da inclusão das limitações que os

---

<sup>249</sup> FONSECA, Alberico Santos. Crime de racismo e antisemitismo: um julgamento histórico do STF (habeas corpus nº 82.424/RS). **Revista Jurídica Paraibana – FAP**. Paraíba, vol.2, jan./jul. 2015, p.30-43. Disponível em: < [http://www.fap-pb.edu.br/instituto/arquivos/revista\\_juridica\\_2015.pdf#page=24](http://www.fap-pb.edu.br/instituto/arquivos/revista_juridica_2015.pdf#page=24)> Acesso em: 02 jul. 2018.

<sup>250</sup> CRUZ, Gabriel Dias Marques. Liberdade de Expressão, redes sociais e discurso de ódio: breves considerações. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; BORGES, Lázaro Alves; PINTO, Rodrigo Pacheco. **Novas perspectivas do Direito Público em homenagem à professora Maria Auxiliadora**. Salvador: Paginae, 2017, p. 119.

<sup>251</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23452/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barreti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, DJ 16 set. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

mesmos estão sujeitos, quanto maior a precisão do tratamento normativo e dogmático dado aos conflitos de limitação, mas se estará exaltando a segurança jurídica e, portanto, o Estado Democrático de Direito<sup>252</sup>.

A própria limitação é inerente ao exercício dos direitos fundamentais uma vez que, por se tratarem de normas abertas e gerais, no caso concreto, podem entrar em conflito. Não há aqui a possibilidade de deslegitimar um desses preceitos heterogêneos por se tratarem de valores positivados na Constituição, e que, não se dobram a simples fórmula da subsunção utilizada na resolução de conflitos entre regras jurídicas.

De nada adiantaria assegurar o princípio da liberdade de expressão se o mesmo não pudesse ser exteriorizado, sendo a partir dessa perspectiva que surge a liberdade de comunicação, informação e principalmente de imprensa<sup>253</sup>.

Não é possível construir um Estado democrático com uma sociedade esclarecida sem que se assegure a liberdade de informação jornalística, já que, é a partir dela que se constrói um canal de transmissão dos eventos sociais a estes indivíduos<sup>254</sup>.

Assim, não é possível conceber, em uma sociedade complexa como a qual vivemos, a exclusão desse canal de informações quando os mesmos indivíduos estão tão longe da tomada de decisões políticas, ou ainda econômicas, de suas cidades, estados, países ou outros países, em uma sociedade globalizada como a atual<sup>255</sup>.

Entretanto, é possível que o legislador ordinário, quando expressamente autorizado pela Carta Magna, interceda para restringir o direito de liberdade conferido. Tais limitações se dão por meio de normas constitucionais que ao mesmo tempo que conferem liberdades e garantias individuais, mencionam uma lei limitadora, como ocorre no art.5º, incisos: VI, VI, XIII, XV e XVIII<sup>256</sup>.

A incidência dessas normas constitucionais pode gerar outras formas de limitações, como ocorre no artigo 5º, inc. XVI e XVII que concebe o direito de se reunir de forma

---

<sup>252</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais** – teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 395.

<sup>253</sup> TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech* e liberdade de expressão. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p.480.

<sup>254</sup> SOUZA, Sergio Ricardo. **Abuso da liberdade de imprensa e pseudocensura judicial**: no sistema luso-brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.39.

<sup>255</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>256</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 271.



pacífica, sem armas e com finalidade lícita, restringindo a associação de caráter paramilitar<sup>257</sup>.

Todas essas limitações constituem restrições ao princípio da liberdade visado um bem-estar social e a proteção de demais direitos fundamentais. Todavia, esse controle só cabe para tais casos, uma vez que, a liberdade, como direito constitucionalmente protegido, não pode ser restringida pelo Poder Legislativo ou poder de polícia de forma arbitrária<sup>258</sup>.

Vemos direitos contrapostos, ao mesmo tempo que a Constituição deve proteger a liberdade de expressão do indivíduo, principalmente aquelas manifestações que desagradam a maioria e não se fazem populares<sup>259</sup>, há também uma necessidade que o Estado participe de maneira ativa na restrição de certas manifestações tidas como violentas e que possam atentar quanto aos demais valores constitucionais, tal como o da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Marcela Maffei Quadra Travassos pondera:

Não se chancela, pois, a ideia de que o Estado seja, para sempre, um agente passivo no ambiente do exercício da liberdade de expressão, deve, sim, sempre que possível, promovê-la, como meio implícito de garantia de sua própria ordem democrática e representação do povo. É claro, porém, que ao assim dizer não se esta, de forma alguma, induzindo à ideia de que a liberdade de expressão não poderá jamais sofrer restrições. A própria Constituição e outros diplomas positivos se encarregam de trazer à baila limites expressos e objetivos à liberdade de expressão e comunicação<sup>260</sup>.

No que pese o *hate speech*, fica claro o exercício abusivo da liberdade de expressão por parte do interlocutor, este invade a esfera jurídica do ofendido lesionando os direitos da personalidade<sup>261</sup>.

Quando verificado uma colisão entre direito fundamental à liberdade de expressão e direitos da personalidade do ofendido (diante da veiculação de um discurso de ódio), no caso concreto, aplica-se o instrumento da proporcionalidade. Nesse caso, aplica-se a regra do sopesamento dos direitos tendo como objetivo desequilibrar seus pesos,

---

<sup>257</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 271.

<sup>258</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>259</sup> TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech* e liberdade de expressão. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 290.

<sup>260</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 294.

para permitir, no caso concreto, que os direitos da personalidade prevaleçam em detrimento da liberdade de expressão<sup>262</sup>.

Há uma ideia, nos tempos atuais, de que os princípios possuem um *status* de maior importância em detrimento das demais normas do ordenamento jurídico. Dessa forma, os juristas, na resolução de casos concretos, buscam quase que intuitivamente enquadrar suas decisões aos preceitos previstos nos princípios fundamentais<sup>263</sup>.

Assim, quando se trata de *hate speech* e a violação de direitos da personalidade do ofendido, procura-se impor restrições à liberdade de expressão como uma forma de realizar o princípio basilar da dignidade da pessoa humana. Há um consenso de que tal princípio é dotado de superioridade hierárquica dentro do ordenamento jurídico. Dessa forma, quando os preceitos fundamentais se encontram em rota de colisão, deve-se ater a decisão que melhor promova o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>264</sup>.

Para que a própria liberdade de expressão seja garantida de forma comum a todos os cidadãos é necessário que restrições sejam feitas em favor daqueles que o discurso de ódio tem como destinatário. Em verdade, tais restrições apenas facilitam a participação igualitária de todos os sujeitos em um Estado democrático.

Marcela Travessos completa:

Tal extensão dos limites inerentes ao regular exercício da liberdade de expressão dos órgãos de imprensa, de forma alguma, chancela a veiculação de matérias de conteúdo de ódio, incitação à violência, preconceito ou marginalização de pessoas ou grupos<sup>265</sup>.

Assim, o controle jurisdicional deve ser acionado uma vez que esteja diante de um princípio constitucional preponderante no caso concreto, podendo limitar a expressão da liberdade quando tiver em risco a dignidade da pessoa humana. De nenhuma forma o caráter independente e incensurável da imprensa permite a veiculação do *hate*

---

<sup>262</sup> BARROSO, Luís Barroso. Liberdade de Expressão *versus* Direitos da Personalidade: colisão de Direitos Fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luís Barrosos (Coord.). **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.92.

<sup>263</sup> TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech* e liberdade de expressão. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 294

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 295.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 302.

*speech*, não se permitindo a veiculação de matérias de cunho preconceituoso, que incitem a violência ou marginalização de pessoas ou grupos<sup>266</sup>.

Essa limitação também é prevista em textos internacionais, que não apenas se preocupam em positivizar o direito de manifestação livre de cada indivíduo, como também, impõe restrição ao exercício da liberdade. Um exemplo é o artigo 19, parágrafo 3º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que prevê limitações ao exercício desse princípio para assegurar os direitos e a reputação das demais pessoas e para proteger a segurança nacional, saúde ou moral pública<sup>267</sup>.

Já no sistema europeu, autoriza-se restrições à liberdade de expressão quando necessário para se manter uma sociedade plural e democrática, tendo como justificativa a integridade territorial, segurança nacional ou pública, entre outros. Não há aqui uma determinação de que os Estados-parte adotem uma legislação específica em caos de discursos que levem à discriminação<sup>268</sup>.

A Convenção Americana também faz menção a formas de limitação do exercício da liberdade de expressão. No item 2 do artigo 13, destaca o respeito aos direitos ou à reputação dos indivíduos componentes da sociedade, e a proteção da segurança nacional, ordem, saúde e moral públicas. Além dessas restrições, já positivadas em textos internacionais diversos, a Convenção Americana determina expressamente no item 5 do artigo 13, que a lei doméstica puna propagandas que em seu teor tenham temas favoráveis a guerra, assim como toda apologia ao ódio nacional, religioso ou racial que incitem a violência<sup>269</sup>.

Desta forma, conclui-se que a preocupação com a restrição ao exercício da liberdade de expressão é algo latente, não só no ordenamento jurídico brasileiro, como também, em ordenamentos estrangeiros. A liberdade não pode ser exercida de forma absoluta, como muitos pensam, e mesmo em países em que esse princípio tenha um *status* privilegiado, restrições são previstas para que se assegure a concretização dos demais direitos.

---

<sup>266</sup> TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech* e liberdade de expressão. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 303.

<sup>267</sup> PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, vol. 14, jan./abr. 2018, p.309. Disponível em: < file:///C:/Users/Isabele/Downloads/1788-12088-1-PB%20(1).pdf > Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 310.

<sup>269</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

Não é possível que, se apoiando em um discurso em prol da “liberdade de expressão”, muitos ainda divulguem pensamentos tão retrógrados e preconceituosos, que ferem não só a honra do destinatário de tal premissa, como também sua dignidade humana, e não somente daquele indivíduo ouvinte, mas também de todos aqueles que se incluam no grupo de minoria que se pretende atacar.

## 5 CONCLUSÃO

Após a apresentação das problemáticas enfrentadas no presente trabalho, pode-se concluir, inicialmente que, para que se possa tratar da liberdade de expressão com maior profundidade, é necessário analisar os direitos fundamentais como um todo. Esses direitos trazem em seu núcleo valores que são imprescindíveis para o ser humano, e por isso, devem ocupar uma posição elevada no ordenamento jurídico.

Tais valores são traduzidos nos princípios constitucionalmente protegidos, dos quais, destaca-se, a liberdade de expressão. Tradicionalmente entendia-se que estes apenas preenchem lacunas no caso de omissão do ordenamento, hoje, são tratados como normas jurídicas de alto grau de generalidade, pertencendo ao mesmo gênero das regras.

Nesse sentido, restou evidente a diferenciação entre os princípios e as demais regras jurídicas, vez que, estas, se caracterizam por exprimirem mandamentos definitivos que devem ou não serem cumpridos.

Destarte, a técnica utilizada para resolução de conflitos entre essas normas jurídicas também não deve ser a mesma. Enquanto nas regras haverá um trabalho de subsunção e de eventual exclusão da norma antinômica, concluiu-se que, para os princípios, haverá um trabalho ponderativo, utilizando-se da proporcionalidade ou razoabilidade para definir qual valor será preponderante no caso concreto.

Isso porque, por se tratarem de preceitos fundamentais protegidos pelo Texto Constitucional, não pode haver a exclusão de um princípio em detrimento de um segundo.

Neste desiderato, pode-se concluir que são mandamentos de otimização que podem ser preenchidos por graus diferentes a partir das possibilidades jurídicas e do caso prático apresentado. Restou claro que tais princípios não são absolutos, entretanto, diante de um conflito, não há como aplicar a técnica da subsunção, sendo possível que valores conflitantes coexistam.

É nesse âmbito que se incluiu a problemática do *hate speech* frente a liberdade de expressão. Entendeu-se que, para a questão, cabe um trabalho ponderativo entre princípios incompatíveis entre si no caso em concreto, à exemplo das antinomias envoltas da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana.

Para compreender tal problemática, fez-se necessário analisar o princípio da dignidade da pessoa humana. Verificou-se que tal preceito passou a ocupar um papel base na Carta Magna vigente, sendo fundamental para a interpretação das demais normas jurídicas do ordenamento brasileiro.

O reconhecimento da dignidade, enquanto princípio, para o Direito, foi de extrema importância pois representou a evolução do pensamento do homem enquanto indivíduo pertencente a uma sociedade, e dos direitos que lhe são atribuídos.

Outrossim, para a análise coerente da matéria, fez-se mister o exame da liberdade de expressão, perpassando por seu desenvolvimento histórico no ordenamento jurídico pátrio e estrangeiro, suas peculiaridades e demais características.

A positivação de tal princípio foi consequência das atrocidades vividas na Ditadura Militar de 1964, haja vista que tal período histórico deixou profundas marcas na sociedade que clamava por suas liberdades ao final dessa época.

Assim, a Constituição Federal vigente preocupou-se em positivar a liberdade de expressão, assim como demais princípios, trazendo um caráter inovador ao dar a esses valores um *status* jurídico mais elevado, além de inclui-los no rol de cláusulas pétreas.

Entretanto, como visto ao longo do presente trabalho monográfico, nenhum princípio é absoluto, podendo ser limitado a partir de uma análise do caso em concreto, sobretudo quando houver um cerceamento de demais princípios fundamentais.

No que tange a liberdade de expressão, por sua vez, quanto a sua limitação, concluiu-se que há duas tendências de tratamento da restrição, a primeira advém do ordenamento jurídico norte-americano e a segunda do germânico.

Em primeiro caso prioriza-se a efetivação do princípio em larga escala, sendo legítima a expressão de todo tipo de pensamento ainda que preconceituoso e discriminatório. Já no ordenamento jurídico alemão, mesmo que a liberdade seja protegida constitucionalmente, é possível que haja limitação quando ferir demais direitos como o da honra e dignidade.

A partir dessa análise, entendeu-se que o ordenamento pátrio se alinha a compreensão do sistema jurídico germânico vez que, a própria Carta Magna brasileira, destaca como princípio base a dignidade da pessoa humana. Dessa forma,

ficou evidente a necessidade de limitar a liberdade de expressão quando restar dano a dignidade do homem, caso claro do discurso de incitação ao ódio.

Ato contínuo, no capítulo final dedicado ao cerne do presente trabalho, buscou-se tratar da problemática do *hate speech*, entendendo que este seria uma das barreiras passíveis de limitação quando da liberdade de expressão de forma a ofender demais preceitos fundamentais.

Neste passo, concluiu-se que o discurso de ódio fere visivelmente outros direitos essenciais tutelados na constituição, principalmente, a dignidade da pessoa humana, princípio balizador e estrutural do Texto Normativo.

O *hate speech* caracteriza-se por ser um discurso altamente discriminatório e que, muitas vezes, incita o ódio e a violência ao tratar de maneira negativa assuntos como religião, orientação sexual, etnia, ou qualquer outro tema que destaque uma diferença entre determinado indivíduo ou grupo de pessoas, sobretudo quando se trata de minorias sociais.

Ao analisar a matéria, restou imprescindível tratar das redes sociais, isso porque, tratando-se de *hate speech*, para que cumpra sua finalidade de discriminação e ofensa do indivíduo, é necessário que o discurso seja manifestado e divulgado por seu autor.

Enquanto em momento anterior essa divulgação era feita a partir de meios como jornais, revistas, rádio e televisão, percebeu-se que, atualmente, o meio mais utilizado para a manifestação de tais ideias discriminatórias são as redes sociais. Por reinar o anonimato, e uma ideia de “terra sem lei”, o discurso de ódio se prolifera nesses locais mais amplamente, atingindo um número muito maior de pessoas, justamente por se tratar de um território sem fronteiras.

Por fim, buscou-se trazer, a título exemplificativo, o emblemático caso Ellwanger. Aqui ficou evidente a tendência dos próprios Tribunais brasileiros em tratar o princípio da liberdade de expressão como um instituto limitável, sendo possível que essa restrição seja feita quando há casos de *hate speech*, visando proteger os demais direitos da personalidade.

Deste modo, a análise final se direciona a conclusão de que de nenhuma forma o *hate speech* poderia ser legitimado pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo um dos pontos limitadores da liberdade de expressão. Ainda que esse princípio esteja positivado no

texto constitucional e caiba ao próprio Poder Público garantir a sua efetivação, o mesmo não abarca manifestações que tem por finalidade apenas a segregação de uma parcela da população.

Por essa razão, concluiu-se que cabe ao Estado a proteção da liberdade de expressão, de modo a preservar os interesses democráticos envolvidos na atual sociedade diversificada e plural. Muito embora, por não haver princípio absoluto, não há como se incluir no âmbito de manifestações constitucionalmente passíveis de proteção o discurso de ódio, vez que não só fere o princípio base do próprio ordenamento jurídico, sendo este a dignidade da pessoa humana, como ocasiona uma gama de problemas culturais de normalização da incitação à violência, o que ocasiona, em consequência direta, uma deslegitimação dos direitos das minorias e suas pautas sociais.



## REFERÊNCIAS

ADVERSE, Helton. Parresia e Isegoria: Origens político-filosóficas da liberdade de expressão. In LIMA, Vinício A., GUIMARÃES, Juarez (Orgs.). **Liberdade de expressão**: as várias faces de um desafio. São Paulo: Paulus, 2013.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar v. 217, Jul./1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ALVES, Rosa Maria Guimarães. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Colloquium Humanarum**, Presidente Prudente, vol. 6, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unoeste.br/revistas/ojs/index.php/ch/article/view/456/445>> Acesso em: 02 jul. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAPTISTELA, Tiago. CAUDAS, Claudete. **O discurso de ódio nas redes sociais contra migrantes internacionais**: liberdade de expressão ou violação da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidsp/article/view/13218/2263>> Acesso em: 03 jul. 2018.

BARROSO, Luís Barroso. Liberdade de Expressão *versus* Direitos da Personalidade: colisão de Direitos Fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luís Barrosos (Coord.). **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Rev. Dir. Adm., Rio de Janeiro, v.4, Abr./Jun., 2005, p. 4. Disponível em: <file:///C:/Users/Isabele/Downloads/43618-92338-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 de set. 2018.

BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL, **Ato Institucional Nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. Brasília, 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 30 de out. de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424**. Rel. Min. Moreira Alves. DJ: 19/03/2004. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>.  
Acesso em: 21 de out. de 2018.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815**. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJ.: 10 jun. 2015. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815LRB.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Mandado de Segurança nº 23452/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barreti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, DJ 16 set. 1999. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>.  
Acesso em: 24 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Agravo de Instrumento 201400001010430**. Rel. Reis Friede. DJ: 28/08/2014. DOU: 16/09/2014. Disponível em:  
<[http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/?q=cache%3AylqisGVvtlYJ%3Awww.trf2.com.br%2Fidx%2Ftrf2%2Fementas%2F%3Fprocesso%3D201400001010430%26CodDoc%3D293472%20retirada%20dos%20v%C3%ADdeos%20listados%20pelo%20MPF%20da%20rede%20mundial%20de%20computadores%20&client=jurisprudencia&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8](http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/?q=cache%3AylqisGVvtlYJ%3Awww.trf2.com.br%2Fidx%2Ftrf2%2Fementas%2F%3Fprocesso%3D201400001010430%26CodDoc%3D293472%20retirada%20dos%20v%C3%ADdeos%20listados%20pelo%20MPF%20da%20rede%20mundial%20de%20computadores%20&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8)> Acesso em: 15 de out. de 2018.

BRUGGER, Winfried. *The treatment of hate speech in Germany Constitutional Law*. In: **German Law Journal**. Baden Baden, 2002. Disponível em  
<[https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ\\_Vol\\_04\\_No\\_01\\_Brugger.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b936b5ab48def04c00afda/1454978742214/GLJ_Vol_04_No_01_Brugger.pdf)>. Acesso em 02 set. 2018.

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Gabriel Dias Marques. Liberdade de Expressão, redes sociais e discurso de ódio: breves considerações. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; BORGES, Lázaro Alves; PINTO, Rodrigo Pacheco. **Novas perspectivas do Direito Público em homenagem à professora Maria Auxiliadora**. Salvador: Paginae, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FICO, Carlos. Versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar. **Rev. Bras. Hist.** São Paulo, vol. 24. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01882004000100003&script=sci\\_arttext#nt01](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01882004000100003&script=sci_arttext#nt01)>. Acesso em: 20 de out. de 2018.

FONSECA, Alberico Santos. Crime de racismo e antissemitismo: um julgamento histórico do STF (habeas corpus nº 82.424/RS). **Revista Jurídica Paraibana – FAP.** Paraíba, vol.2, jan./jul. 2015. Disponível em: <[http://www.fap-pb.edu.br/instituto/arquivos/revista\\_juridica\\_2015.pdf#page=24](http://www.fap-pb.edu.br/instituto/arquivos/revista_juridica_2015.pdf#page=24)> Acesso em: 02 jul. 2018.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça.** São Paulo: Saraiva, 2004.

KUSHNIR, Beatriz. Cães de guarda – jornalistas e censores, do AI-5 à Constituição de 1988. São Paulo: Boitempo, 2012.

LINHARES, Marcel Queiroz. O método da ponderação de interesses e a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. **Rev. De Ciên. Jur. E Soc. Unipar,** Toledo, v.4, jan./jun. 2001. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/viewFile/1256/1109> > Acesso em: 21/08/2018.

MARMELSTEIN, **Curso de Direitos Fundamentais.** 5ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 130.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais.** Salvador: Juspodivm, 2008.

MELLO, Marco Aurélio. Liberdade de expressão. *In* ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coord.). **Direito Constitucional Contemporâneo.** Belo horizonte: Del Rey, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. LIMA, Vinício A., *In*: GUIMARÃES, Juarez (Orgs.). **Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio.** São Paulo: Paulus, 2013.

MURICY, Marília. **Senso comum e direito.** São Paulo: Atlas, 2015.

PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito.** Passo Fundo, vol. 14, jan./abr. 2018. Disponível em: <[file:///C:/Users/Isabele/Downloads/1788-12088-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Isabele/Downloads/1788-12088-1-PB%20(1).pdf)> Acesso em: 01 jun. 2018.

PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.** Salvador: Juspodivm, 2013.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha: Policiamento e Segurança Pública no Século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais** – teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. **Revista brasileira de Direito Constitucional – RBDC**. São Paulo, v.9, Jun./2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “*Hate Speech*”. In: FARIAS, Cristiano Chaves. **Leituras complementares de direito civil** – o direito civil-constitucional em concreto. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdos, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Dialogo Jurídico**. Fortaleza, v.16, Jul./2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/LIBERDADE\\_DE\\_EXPRESS\\_O\\_PLURALISMO\\_E\\_O\\_PAPEL\\_PROMOCIONAL\\_DO\\_ESTADO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Marco Civil da internet: avanço ou retrocesso?** A responsabilidade civil por Dano gerado por terceiro. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/49113729/Artigo\\_Marco\\_Civil\\_da\\_Internet\\_Schreiber.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1528080756&Signature=YzZclOfnAePbMGOohbeXwWRJ5dl%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DMarco\\_Civil\\_da\\_Internet\\_Avanco\\_ou\\_Retroc.pdf](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/49113729/Artigo_Marco_Civil_da_Internet_Schreiber.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1528080756&Signature=YzZclOfnAePbMGOohbeXwWRJ5dl%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DMarco_Civil_da_Internet_Avanco_ou_Retroc.pdf)> Acesso em: 02 jul. 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. São

SILVA, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, Rosana Leal; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BERCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol.18, jul./dez. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol.91, Abr./Jun., 2002. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 29 de set. 2018.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Direitos Fundamentais**: reflexões e perspectivas. Salvador: Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Sergio Ricardo. **Abuso da liberdade de imprensa e pseudocensura judicial**: no sistema luso-brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech* e liberdade de expressão. *In*: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Havard University Press, 2013.