



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

DISCURSOS DE ÓDIO:
ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Matheus Teixeira da Silva

Orientador: Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires

Número do Candidato: 20161166

Abril de 2021

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico o estudo à memória de Rosa Parks, mulher negra precursora do movimento pelos direitos civis da população negra, e à memória de Marsha P. Johnson, mulher transexual precursora do movimento pelos direitos civis da população LGBT.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires pela aceitação e desempenho do múnus da orientação desta investigação. À Universidade Autónoma de Lisboa e seu respectivo corpo docente pelo acolhimento e desenvolvimento do curso em alto nível. Aos colegas e amigos da Turma 12 pela parceria e agradável convívio ao longo das jornadas de estudos.

RESUMO

A investigação que se apresenta tem por objeto de análise a problemática dos discursos de ódio, assim compreendidos os atos discursivos que possuem o objetivo de atacar a honra de grupos sociais politicamente minoritários e sobre os quais recai considerável preconceito social. Nesse sentido, dedica-se breve análise a respeito da liberdade de expressão, em perspectiva político-filosófica, reunindo-se os principais teóricos que influenciaram nas discussões concernentes, e também em perspectiva jurídico-normativa, mormente para explicitar o modo pelo qual o constitucionalismo contemporâneo tutela a liberdade de expressão. Busca-se, com efeito, analisar o fenômeno dos discursos de ódio, procedendo-se à sua descrição conceitual e a explicitação dos grupos sociais que são recorrentemente vitimados pela prática dos discursos de ódio. Ainda, analisam-se as diferentes compreensões a respeito da limitação da liberdade de expressão, mormente as correntes jurisprudenciais advindas do paradigma dos Estados Unidos e da Alemanha, diametralmente opostos por razões históricas e culturais, sendo o americano voltado à maior tutela da liberdade de expressão e o europeu à tutela da dignidade das vítimas, admitindo a limitação da liberdade. Ao cabo, realiza-se a demonstração da forma pela qual os direitos fundamentais assentam-se na compreensão doutrinária, viabilizando a chamada eficácia horizontal, de modo a reconhecer que os direitos fundamentais são também oponíveis aos demais cidadãos. Nesse enfoque, reconhecendo-se que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, apresenta-se proposta de solução para a problemática dos discursos de ódio, de modo a admitir que a liberdade de expressão pode ser legitimamente reduzida quando necessário à tutela da dignidade alheia, não havendo, deste modo, um direito à propagação de discursos de ódio.

Palavras-chave: Discursos de ódio. Liberdade de expressão. Dignidade. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The research aims to analyze the problem of hate speech, thus understanding the discursive acts that have the objective of attacking the honor of politically minority social groups and about which there is considerable social prejudice. In this sense, a brief analysis of freedom of expression is devoted, in a political-philosophical perspective, bringing together the main theorists who influenced the relevant discussions, and also in a legal-normative perspective, mainly to explain the way contemporary constitutionalism protects freedom of expression. The research seeks, also, to analyze the phenomenon of hate speech, proceeding to its conceptual description and the explanation of social groups that are repeatedly victimized by the practice of hate speech. Still, the different understandings about the limitation of freedom of expression are analyzed, especially the jurisprudence of the United States and Germany, opposed for historical and cultural reasons, so that the American is turned to greater protection of freedom of expression and the European to the protection of the dignity of the victims, admitting the limitation of freedom. After all, there is a demonstration of the way in which fundamental rights are understood by the doctrine, enabling the so-called horizontal effectiveness, in order to recognize that fundamental rights are also opposable to other individuals. In this approach, recognizing that freedom of expression is not an absolute right, a proposal for a solution to the problem of hate speech is presented, in order to admit that freedom of expression can be legitimately reduced when necessary to protect dignity of others, so there is no right to spread hate speech.

Keywords: Hate speech. Freedom of expression. Dignity. Fundamental rights.

RÉSUMÉ

La recherche présentée a pour objet d'analyse la problématique des discours de haine, donc compris les actes discursifs qui ont pour objectif d'attaquer l'honneur de groupes sociaux politiquement minoritaires et sur lesquels reposent des préjugés sociaux considérables. En ce sens, une brève analyse est consacrée à la liberté d'expression, dans une perspective politico-philosophique, rassemblant les principaux théoriciens qui ont influencé les discussions pertinentes, et aussi dans une perspective juridico-normative, notamment pour clarifier la manière dont le constitutionnalisme contemporain protège la liberté d'expression. En effet, on cherche à analyser le phénomène du discours de haine, en procédant à sa description conceptuelle et à la clarification des groupes sociaux qui sont régulièrement victimes de discours de haine. En outre, les différentes interprétations concernant la limitation de la liberté d'expression sont analysées, en particulier les courants jurisprudentiels issus du paradigme des États-Unis et de l'Allemagne, diamétralement opposés pour des raisons historiques et culturelles, étant l'Américain visant une plus grande protection de la liberté d'expression. et celle européenne à la protection de la dignité des victimes, admettant la limitation de la liberté. En fin de compte, la démonstration de la manière dont les droits fondamentaux sont fondés sur une compréhension doctrinale est réalisée, rendant possible la soi-disant efficacité horizontale, afin de reconnaître que les droits fondamentaux sont également opposés aux autres citoyens. Dans ce contexte, reconnaissant que la liberté d'expression n'est pas un droit absolu, nous proposons une solution au problème du discours de haine, de manière à admettre que la liberté d'expression peut être légitimement réduite lorsque cela est nécessaire pour la protection de la dignité d'autrui, et il n'y a donc pas de droit de répandre un discours de haine.

Mots-clés: Discours de haine. Liberté d'expression. Dignité. Droits fondamentaux.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	2
AGRADECIMENTOS.....	3
RESUMO	4
ABSTRACT	5
RÉSUMÉ.....	6
SUMÁRIO.....	7
Introdução.....	8
1 Liberdade de expressão	11
1.1 Elementos político-filosóficos	12
1.2 Elementos jurídico-normativos.....	23
2 Discursos de ódio	34
2.1 O Discurso de ódio	34
2.2 Vítimas recorrentes de discursos de ódio	42
2.3 Jurisprudência comparada	52
3 A dignidade como limite à liberdade de expressão	65
3.1 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	65
3.2 Proposta de solução	80
Conclusão	88
Referências bibliográficas.....	90

Introdução

Liberdade de expressão e dignidade humana se apresentam como bens jurídicos de extrema relevância para o constitucionalismo contemporâneo. Em torno de tais valores os sistemas jurídicos democráticos se orientam, concedendo importância normativa a ambos, disso resultando a dificuldade para operar os casos nos quais os interesses contrapostos estejam fundamentados justamente nestes pilares.

As recentes movimentações políticas que se observam ao redor do mundo denotam um acirramento de confrontos político-ideológicos, com ascensão de movimentos extremados, mormente de extrema-direita. Associado ao avanço do extremismo, acentua-se o ímpeto preconceituoso daqueles que não perdem a oportunidade de destilar ódio contra as pessoas pelas quais nutrem o mais absoluto desprezo. Tais movimentos beneficiam-se, ainda, da possibilidade de se reforçarem a partir das “bolhas” geradas pelos ambientes de convívio virtual, onde a pluralidade é reduzida.

Nessa toada, os grupos que já são historicamente vulneráveis política e socialmente, sofrendo injustificável preconceito, são ainda mais atacados por discursos extremistas e odiosos que têm por único propósito deturpar a dignidade das pessoas que integram tais grupos. Se era de se esperar que o século XXI traria um sopro de tolerância e paz, vê-se que a realidade está distante da sonhada (embora não por todos) convivência harmoniosa.

Deixando-se para segundo momento o mérito do teor dos discursos odiosos, é sabido que há bons argumentos jurídicos e filosóficos para sustentar-se a possibilidade da mais absoluta liberdade de expressão, inclusive para propagar o ódio e ofensas a grupos vulneráveis. Todavia, há argumentos ainda mais robustos que indicam a necessidade de uma limitação de tal liberdade, o que, evidentemente, redundará em uma discussão que constitui um cenário de *hard case* que põe em xeque a liberdade de expressão de um e a dignidade de outro. Parece improvável uma solução salomônica que possa compatibilizar ambos os legítimos interesses jurídicos contrapostos quando se trata de discursos de ódio.

A investigação que se apresenta tem a pretensão de expor, no primeiro capítulo, os argumentos que fundamentam a liberdade de expressão e sua evolução, evidenciando que para muitos autores pode-se trabalhar até mesmo com a ideia de uma liberdade ilimitada. Para tanto, realiza-se uma subdivisão, para fins de exposição, entre os elementos predominantemente político-filosóficos, em atenção à história e a evolução de tal pensamento, e os elementos

jurídico-normativos, estes com enfoque às questões que dizem respeito de forma direta aos ordenamentos jurídico-positivos, mormente no cenário do constitucionalismo.

Em um segundo capítulo, expõe-se uma tentativa de conceituação dos discursos de ódio, percebendo-se a dificuldade para tanto uma vez que não há consenso doutrinário a respeito, o que gera indesejada insegurança jurídica. Ainda, discorre-se sobre as vítimas recorrentes dos discursos de ódio, com o propósito de chamar a atenção para a concretude da questão e a sua problemática junto à realidade social. Ao cabo, uma comparação jurisprudencial se mostra interessante a fim de que as diversas formas plausíveis de se enfrentar o tema sejam averiguadas, mormente no que diz respeito à discrepância entre os modelos praticados pelos Estados Unidos e pela Alemanha, ambos de extrema relevância para a compreensão do tema e absolutamente antagônicos.

No terceiro e último capítulo, a dignidade da pessoa humana é trazida como elemento normativo (e argumentativo) apto a justificar a restrição à liberdade de expressão alheia, reconhecendo-se a ausência de juridicidade para o exercício dos discursos de ódio em um ambiente democrático, haja vista o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, capazes de limitar o exercício de direitos por outros. Em outras palavras, se admite que, mesmo sendo a liberdade de expressão fundamentada na dignidade, pode a dignidade ser fundamento de validade da restrição da própria liberdade de expressão a fim de tutelar o “núcleo duro” da dignidade daqueles que são vitimados pelos discursos de ódio.

Por óbvio que não se nega a complexidade da matéria, tampouco se pretende apresentar de forma exaustiva aquilo que já expressado pela doutrina especializada; ao contrário, justamente pela complexidade jurídica do tema é que as mais variadas formas de compreensão são possíveis, inclusive para defesa apaixonada de soluções das mais diversas. Trata-se de tema ainda em aberto, sobre o qual não há consenso doutrinário, tampouco jurisprudencial ou mesmo normativo, o que denota a sua complexidade e também a atualidade e a necessidade da discussão.

Para tanto, o desenvolvimento da investigação utiliza-se, metodologicamente, de intensa revisão bibliográfica (sobretudo de autores portugueses e brasileiros) para, a partir de raciocínio dedutivo, chegar às compreensões que se entendem adequadas – e sujeitas à crítica e à divergência, obviamente. Como se percebe, a investigação não pode se dar por encerrada, porquanto o tema é inesgotável, competindo a seu autor a humilde manutenção do acompanhamento dos desdobramentos do tema e aprimoramentos argumentativos.

Se há um propósito para a escolha do tema desenvolvido, por certo é a subjetiva (e talvez ingênua) esperança de que a ciência jurídica possa – e deva - servir como instrumento

de melhoria das condições de vida e sociabilidade, sobretudo em relação àqueles que não possuem as condições de o fazerem por métodos próprios. Se é verdade que para os juristas de hoje soa absurdo que até pouco tempo atrás o Direito legitimasse a segregação racial, a escravidão e a ausência de direitos a casais homossexuais, por exemplo, talvez o futuro próximo faça as próximas gerações de juristas olharem com o mesmo espanto para os que hoje defendem a liberdade de ofender.

1 Liberdade de expressão

“A liberdade de expressão não é uma dádiva dos deuses, um gesto de caridade concedido pelos governos, nem um direito natural que cresce nas árvores. Como qualquer liberdade que vale a pena, teve muitas vezes de ser conquistada à custa de espadas, bem como de canetas, no Ocidente e em todo o lado.”¹

A liberdade de expressão é um dos direitos mais propagados e defendidos ao redor do mundo, praticamente não havendo quem se declare um defensor de sua abolição, na medida em que se reconhece que o ser humano, uma vez que provido da capacidade de elaboração da linguagem, tem na liberdade de expressão uma forma básica de comunicar-se e fazer-se entender por seus reais ou potenciais interlocutores. Ademais, mesmo que sem interlocutor, não seria de se negar o reconhecimento da liberdade de alguém que queira fazer pregações ao vento, ou mesmo ver garantido seu direito de consignar opiniões escritas sem pretensão de publicidade alguma. Jónatas Machado sustenta que “o direito à liberdade de expressão é um direito fundamental de todos os seres humanos”.²

A liberdade, porém, é um conceito abstrato, em relação ao qual o direito e seus diversos operadores possuem natural dificuldade para assimilação em determinadas circunstâncias concretas em razão de vicissitudes que os casos concretos apresentam; não causa espanto, portanto, que falar em liberdade de expressão gere dificuldades dogmáticas em *hard cases*, bem como conflitos hermenêuticos árdios quando do âmbito aplicativo de tal direito.

Cumprir analisar as diferentes formas de se fundamentar a liberdade de expressão, seja a partir de elementos político-filosóficos (isto é, em perspectiva mais abstrata e institucional), seja a partir de fundamentos jurídico-normativos (ou seja, uma análise de maior concretude).

Evidentemente que tais elementos por vezes se entrelaçam e seguramente se irradiam (sobretudo os elementos filosóficos que se transmutam em normativos); portanto, não se traça uma linha clara entre eles, de modo que a distinção aqui empreendida não tem por finalidade uma demarcação definitiva, mas tão somente uma melhor exposição organizacional dos elementos.

¹ HUME, Mick – **Direito a ofender: a liberdade de expressão e o politicamente correcto**. Lisboa: Tinta da China, 2016, p. 83.

² MACHADO, Jónatas E. M. – **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 391.

1.1 Elementos político-filosóficos

Nas sociedades modernas, orientadas pela doutrina liberal, sedimentou-se a compreensão da liberdade (em sentido amplo) como garantia da autonomia individual, mediante a qual o cidadão tem assegurado seu direito de bem exercê-la independentemente de autorização de terceiros ou mesmo do Estado.³ Por certo que a concessão de autonomia aos indivíduos é consequência da compreensão iluminista, bem representada pelo ideário kantiano⁴ segundo o qual a “autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”⁵. Thadeu Weber explica a ideia de Kant, com clareza: “Não há dignidade sem autonomia. E só há autonomia quando o sujeito agente se submete a si mesmo, isto é, quando obedece à lei da qual é autor. Essa autoria, e, portanto, autonomia, expressa sua dignidade.”⁶

Assim, cada sujeito possui competência para, racionalmente, pensar e agir, sendo responsável pelo que pensa e pelo que faz; o indivíduo é, na esteira do pensamento kantiano, sujeito à lei justamente porque participa de sua elaboração: “Nós fazemos a lei que obedecemos. A vontade não está apenas sujeita à lei: está tão sujeita que também deve ser considerada como legisladora, e sujeita à lei apenas porque ela faz a lei.”⁷

Nesse sentido, sendo a autonomia uma condição própria da liberdade e da dignidade⁸, o incentivo é para o livre pensar: o *sapere aude*, que proclamava Kant ao expor suas ideias sobre a maioridade, “indica a confiança absoluta na razão”⁹. Da mesma forma, Descartes, por intermédio do *cogito ergo sum*, ao focar a consciência individual, evidencia a relevância do livre pensar.

³ Não deixa de ser contraditório reconhecer-se que a liberdade é uma garantia contra a atuação do Estado se é o próprio Estado quem a assegura normativamente.

⁴ “Segundo a doutrina filosófica de Kant, a liberdade constitui o maior direito do ser humano, sendo o único direito inato daquele. Aqui, liberdade é compreendida como autonomia (capacidade de autodirigir sua vida e suas escolhas a partir da razão. Nesse aspecto, o direito no pensamento do filósofo prussiano tem um papel fundamental, que é o de limitar arbítrios por meio do conceito de legalidade.” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 482.)

⁵ KANT, Immanuel – **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 79.

⁶ WEBER, Thadeu – **Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana**. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 23.

⁷ “We make the law which we obey. The will is not merely subject to law: it is so subject that it must also be regarded as making the law, and as subject to the law only because it makes the law.” PATON, H. J. – **The categorical imperative: a study in Kant’s moral philosophy**. Philadelphia: Penn, 1971, p. 180.

⁸ “Só tenho dignidade, quando sou autônomo, e só sou autônomo, quando me dou a mim próprio a lei.” (WEBER, Thadeu – **Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano**. Porto Alegre: EdPUCRS, 2009, p. 51.)

⁹ *Idem* – **Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana**. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 12.

Nesse contexto, com o surgimento do Estado Liberal¹⁰ e o aperfeiçoamento da noção de Estado Democrático de Direito, os cidadãos podem ver-se titulares de direitos em uma plêiade de normas em relação às quais são ao mesmo tempo autores e destinatários, evidenciando assim a autonomia conferida por esta configuração política.¹¹ Em tal quadra sedimentam-se, como que alicerces políticos e normativos, os direitos associados à livre expressão, os quais constituem, na expressão de Honneth, “núcleo duro do sistema jurídico liberal”.¹²

Seguramente pode-se afirmar que a doutrina liberal de John Stuart Mill constitui-se como o principal referencial teórico da defesa da liberdade de expressão.¹³ É na afamada obra *Sobre a Liberdade (On Liberty)*, no segundo capítulo (Da liberdade de pensamento e de expressão), que o autor lança a poética lição: “Se todos os homens menos um fossem da mesma opinião, e apenas um indivíduo tivesse a opinião contrária, aqueles não teriam mais justificação para silenciar esse indivíduo do que este, se tivesse o poder, teria justificação para silenciar todos os outros.”¹⁴

Para Mill, não se pode jamais ter certeza de que a própria opinião seja correta, ou de que a opinião alheia seja falsa; para o autor, sempre deve-se aceitar a hipótese de que a posição alheia possa ser a correta, aceitando expressamente uma ideia de falibilismo¹⁵ (que seria posteriormente aprimorada por Popper no âmbito da filosofia da ciência)¹⁶ e mencionando que até mesmo a “mais intolerante das Igrejas, a Igreja Católica Romana, até mesmo na canonização de um santo admite escutar pacientemente um ‘advogado do diabo’”.¹⁷

É com este espírito aberto à crítica e à pluralidade que Mill consigna que nem sempre das duas teses em conflito exista uma que seja falsa para que a outra possa ser verdadeira; pode ser que ambas contenham cada qual parte da verdade, justificando assim o

¹⁰ Deve-se ressaltar que a liberdade, neste momento, é em sentido formal: “durante o primeiro período do capitalismo industrial, a autonomia privada legalmente existente foi, para vastas camadas sociais, oprimida pelas condições econômicas, transformando-se numa insuportável falta de liberdade pessoal”. (ZIPPELIUS, Reinhold – **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 272.)

¹¹ HONNETH, Axel – **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 129.

¹² *Ibidem*, p. 138.

¹³ Schauer acrescenta a doutrina de Nozick; todavia, existe uma precedência cronológica de pouco mais de um século em favor de Mill: “Although there are many differences between Mill and Nozick, they share the common belief that there is a background negative right to liberty, the consequence of which is that they both believe that any government action interfering with an individual’s liberty to do whatever she pleases must bear a burden of justification.” (SCHAUER, Frederick; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter – **The philosophy of law**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 309.)

¹⁴ MILL, John Stuart – **Sobre a liberdade**. Sintra: Publicações Europa-América, 1997, p. 23.

¹⁵ “As crenças para as quais temos maior justificação não têm em que se apoiar, a não ser um convite permanente a todo o mundo para que este prove que elas são infundadas.” (*Ibidem*, p. 27.)

¹⁶ “As tentativas de falsificação parecem oferecer a única possibilidade de teste empírico de uma teoria.” (POPPER, Karl – **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. São Paulo: Unesp, 2013, p. 461.)

¹⁷ MILL, John Stuart – **Sobre a liberdade**. Sintra: Publicações Europa-América, 1997, p. 27.

exercício livre e desimpedido do confronto de ideias em um mercado livre de ideias (*marketplace of ideas*).¹⁸ Mill apregoa, nesse sentido, um certo distanciamento epistêmico do agente, como modo de viabilizar que se ponham em xeque as próprias crenças e pensamentos, em busca da verdade a partir da reflexão.

A ideia de um livre mercado de ideias produz relevantes consequências, como se verifica de precedente do Tribunal Constitucional alemão segundo o qual o governo não deve apenas permitir a diversidade nos meios de comunicação de massa, mas, mais do que isso, realizá-la, impositivamente, justamente por reconhecer-se na pluralidade de ideias benefícios gerais à coletividade.¹⁹ A ideia, nas palavras de Owen Fiss, é a de que “algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros”²⁰, uma vez que, conforme o autor, “quando o Estado age como um mediador, seu propósito não é determinar o resultado, nem tampouco preservar a ordem pública (como poderia ser no caso dos protestos sobre aborto), mas, ao contrário, assegurar a robustez do debate público.”²¹

A questão, porém, mostra-se controversa, havendo também a possibilidade de se defender a abstenção do Estado em tal tentativa de regulação de discursos: pode-se optar pela compreensão de que o Estado, para garantir a liberdade, não deve intervir de nenhuma forma ou, ao contrário, a ideia de que o Estado deve garantir a liberdade intervindo a fim de garantir espaço a todos, em uma visão de matiz comunitarista.

Percebe-se a contundência da defesa de Mill da liberdade plena de expressão ao verificar-se que, de acordo com sua concepção, nem mesmo em relação aos casos extremos deve-se mitigar a liberdade de expressão, na medida em que, como defende o autor, “se as razões não forem boas para um caso extremo, não são boas para caso nenhum”.²²

Em síntese, a doutrina de Mill, ao defender a liberdade de livre expressão da opinião, está calcada em quatro pilares argumentativos. Em primeiro lugar, sustenta o autor que a simples proibição de uma tese seja contraproducente, pois a mera proibição de veiculação da ideia não demonstra sua falsidade: ela pode ser silenciada e, mesmo assim, ser verdadeira, haja vista que ninguém é infalível e, portanto, não se pode ter a certeza de que a opinião silenciada seja falsa. Em segundo lugar, ainda que a tese silenciada não seja a verdadeira, ela pode conter uma parte de verdade, de modo que tal parcela de verdade seja útil à boa compreensão do todo,

¹⁸ MILL, John Stuart – **Sobre a liberdade**. Sintra: Publicações Europa-América, 1997, p. 50.

¹⁹ CHEQUER, Cláudio – **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25.

²⁰ FISS, Owen M. – **A ironia da liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 49.

²¹ *Ibidem*, p. 55.

²² MILL, John Stuart – **Sobre a liberdade**. Sintra: Publicações Europa-América, 1997, p. 28.

valorizando-se, deste modo, a colisão de teses divergentes. Em terceiro lugar, ainda que se tenha uma opinião que possa conter toda a verdade, ainda assim ela seria adotada apenas por preconceito e por desconhecimento das razões que lhe sejam subjacentes, o que é negativo, pois torna irracional sua defesa, ante o desconhecimento das razões da sua antítese. (Interessante notar que para Mill não basta a defesa da tese correta, visto que é igualmente importante a defesa pelos fundamentos certos.) Em quarto lugar, tal opinião tornar-se-ia um dogma, inviabilizando sua aceitação sincera proveniente da razão, o que, por si, já seria suficiente para tornar tal opinião enfraquecida, evidenciando mais uma vez a importância dada à qualidade da defesa da opinião, que deve se dar por bons motivos – jamais pela imposição ou pelo desconhecimento das demais visões.

Destarte, Mill defende a livre circulação de ideias, entendendo ser esta a melhor forma de assegurar que se possa livremente aderir a quaisquer ideias, sempre com a possibilidade de confrontá-las. Nas palavras de Ronald Dworkin, significa dizer que, de acordo com a teoria liberal de Mill, “a sociedade tem mais chance de descobrir a verdade, não apenas nas ciências mas também a respeito das melhores condições para a prosperidade humana, quando tolera o livre mercado de ideias”.²³

A ideia de um livre mercado de ideias constitui-se como base argumentativa dos teóricos que pretendem fazer a defesa de uma ausência de limitação à liberdade de expressão: para eles, apenas a circulação livre de ideias pode levar o cidadão à melhor escolha sobre qual ideia aderir – ou não. Eventuais restrições à livre circulação de opiniões seria nociva por não permitir que o cidadão tenha acesso à totalidade de opiniões existentes, sendo, ademais, questionada a legitimidade do Estado para eventualmente decidir afinal de contas quais ideias poderiam circular e quais seriam censuradas. Onde estaria a legitimidade do Estado para tomar tais decisões?

Mike Hume, ferrenho defensor contemporâneo da liberdade de expressão, vale-se das lições de Mill e do conceito de livre mercado de ideias para consignar seu pensamento: “[Mill] defendeu que se tolerassem todas as ideias, mesmo as que considerávamos como mentiras, pois essa seria a melhor maneira de pôr a verdade à vista de todos. Os avisos de Mill sobre os perigos de permitir que quem tem certeza de estar certo silencie perspectivas alternativas à sua devem ressoar aos ouvidos dos guardiões da Verdade Científica/caçadores de hereges dos dias de hoje. (...) As ideias místicas de infalibilidade devem continuar a ser reserva dos papas e não dos homens e das mulheres de ciência.”²⁴

²³ DWORKIN, Ronald – **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 500.

²⁴ HUME, Mick – **Direito a ofender: a liberdade de expressão e o politicamente correcto**. Lisboa: Tinta da

Nesse contexto de liberdade “extrema”, isto é, sem nenhum tipo de restrição, como defende Mike Hume, surgem as grandes dificuldades atuais a respeito de possíveis “abusos” da liberdade de expressão. Para quem, assim como Mike Hume, defende tal liberdade “extrema”, porém, não há que se adjetivar a liberdade, pois seria inerente à própria ideia de liberdade que esta pudesse ser usada também de modo que parecesse repulsivo à maioria (ou a alguma minoria, pouco importa). Nesse diapasão, Mike Hume defende a liberdade de expressão com natureza indivisível: “Também é uma liberdade indivisível. Para significar alguma coisa, a liberdade de expressão tem de se estender a todas as pessoas que a corrente dominante considere irresponsáveis ou abjectas – sejam elas o nobre filósofo grego Sócrates, o brilhante astrônomo italiano Galileu ou o comediante francês anti-semita Dieudonné M’bala M’bala.”²⁵

Portanto, levando às últimas consequências suas premissas, Mike Hume afirma que são justamente as ideias extremas (quicá revoltantes) que precisam ser defendidas, ou melhor, o direito de as expor – já que defender o direito de expor uma ideia não implica necessariamente a concordância com o conteúdo da ideia cuja exposição se defende. Por isso, o autor afirma-se contundentemente contra a criminalização da negação do Holocausto, por exemplo, ainda que reconhecendo o absurdo de tal proposição. A postura do autor, coerente com suas premissas, é no sentido de que não se sabe aonde a criação de restrições poderá conduzir-nos: se é proibida a negação do Holocausto, qual seria a próxima proibição? Quem define o limite das proibições? A maioria? A respeito deste intrincado problema, Dworkin expõe seu pensamento: “Grande parte da pressão a favor da censura nas democracias contemporâneas não é gerada por tentativa oficial de ocultar segredos do povo, mas pelo desejo de uma maioria de cidadãos de silenciar aqueles cuja opinião desprezam. Essa é uma aspiração de grupos que querem, por exemplo, leis que evitem marchas neonazistas ou desfiles racistas com os participantes vestidos com lençóis brancos. Mas tais leis desfiguram a democracia, pois, se uma maioria de cidadãos tiver o poder de recusar a um concidadão o direito de expressar sempre que considerar suas ideias perigosas ou agressivas, então ele não é um igual na competição argumentativa pelo poder.”²⁶

Portanto, ainda que se tenha certo consenso sobre o exemplo dado por Mike Hume (o absurdo da negação do Holocausto), não se deve partir para a proibição, de acordo com a posição rigorosa desta linha de pensamento. Seria melhor preservar a integralidade da

China, 2016, p. 246.

²⁵ *Ibidem*, p. 242.

²⁶ DWORKIN, Ronald – **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 514.

liberdade de expressão, ainda que para dizer sandices, do que tentar tutelar a correção do discurso (ou o politicamente correto).

Outrossim, não se pode olvidar que a tentativa de proibição sempre acaba por gerar efeitos indesejados, como a eventual repercussão que se tenha da proibição em si, assim como o surgimento de teorias conspiratórias.²⁷ É comum que grupos defensores de ideias exóticas ou moralmente não aceitas pela sociedade acabem por usar justamente o silenciamento mediático como “prova” de que suas ideias sejam contundentes, verdadeiras ou desagradáveis ao *establishment*.

Há, pois, dois nítidos fundamentos utilizados por Mick Hume para sustentar seu posicionamento: um argumento de ordem teórica e um de ordem pragmática. Quanto ao fundamento de princípio, o autor apenas mantém a rigidez da premissa de que só há liberdade se esta for plena, sendo assim um elemento de ordem política cuja virtude está em si (independentemente de suas consequências); quanto ao elemento prático, o autor acredita que a proibição de discursos extremos apenas valoriza a tese extremada ao criar polêmicas desnecessárias que conduzem justamente ao fortalecimento do que se pretendia combater com a proibição de tal discurso, visto que fornece palco àqueles ideais que, sem a polêmica, não teriam força para tanta circulação.²⁸

O mesmo raciocínio faz com que o autor posicione-se a respeito do direito de proferir-se algum discurso de conteúdo racista: ainda que o autor reconheça o absurdo do conteúdo do discurso, por manter a premissa de que a liberdade de expressão seja um direito indivisível, acredita que a proibição não deva ser cogitada, desafiando com bons argumentos os defensores da imposição de restrições.

Nas palavras do autor: “Quem quer policiar com mais firmeza as palavras que utilizamos insiste, como os pseudodefensores da liberdade de expressão sempre fazem na sua guerra silenciosa, que ‘isto não tem que ver com liberdade de expressão’. Trata-se, pelo contrário, de proteger os direitos de outras pessoas através da condenação da linguagem racista ou ofensiva. Mas claro que isso tem que ver com liberdade de expressão. Tem que ver com a necessidade de as pessoas dizerem o que pensam – e não o que acham que deviam dizer.”²⁹

²⁷ “Quando se tenta proteger a verdade sobre o Holocausto das perfídias dos negacionistas através de medidas administrativas e até autoritárias, o governo e os juízes não fazem senão dar crédito às execráveis teorias da conspiração dessas pessoas.” (HUME, Mick – **Direito a ofender: a liberdade de expressão e o politicamente correcto**. Lisboa: Tinta da China, 2016, p. 242.)

²⁸ *Ibidem*, p. 241.

²⁹ *Ibidem*, p. 227.

Portanto, o autor compreende que o racista tenha o direito de externar sua postura racista, porquanto não seria plausível exigir que o sujeito se abstinhasse de proferir seu verdadeiro pensamento a respeito. Este aliás, é apontado como um dilema fundamental das democracias liberais por Erik Bleich, ao questionar como balancear os valores da liberdade de expressão limitando os danos oriundos do discurso racista.³⁰

Outros fundamentos podem ser agregados àqueles já mencionados acima, e vem sendo desenvolvidos e aprimorados a partir do legado da tradição do pensamento político e filosófico de matiz liberal.

Timothy Garton Ash, em extensa obra dedicada à liberdade de expressão, apresenta uma série de fundamentos que o autor denomina pela sigla EVGD: Eu, Verdade, Governo, Diversidade.³¹ Tais elementos seriam, na concepção de Ash, uma espécie de compêndio dos fundamentos que foram se desenvolvendo pelas diferentes doutrinas ao longo do tempo. Abaixo exploram-se, resumidamente, os quatro componentes indicados pelo autor em sua obra.

O primeiro argumento (Eu) diz respeito à individualidade, compreendendo-se que a compreensão da humanidade individual necessita da expressão. Nesse sentido, só seria possível a existência plena de nós-mesmos com a capacidade de exprimirmo-nos pela fala, atributo que diferencia a humanidade dos demais animais (e, por enquanto, dos computadores, como lembra o autor). A ideia defendida é a de “soberania essencial do indivíduo”³², a qual é pressuposto do “livre desenvolvimento da personalidade”.³³

Cláudio Chequer aponta tal atributo como “autossatisfação individual”³⁴, entendendo ser decorrente da própria natureza social do homem, sempre membro ativo de uma determinada sociedade – conforme a noção já exposta por Aristóteles: “o homem é, por natureza, um ser vivo político”³⁵ (*kai óti ho ánthrwpós physei politikòn zwn*).³⁶

³⁰ BLEICH, Erik – **The freedom to be racist?**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 3.

³¹ ASH, Timothy Garton – **Liberdade de expressão: dez princípios para um mundo interligado**. Lisboa: Temas e Debates, 2017, p. 92.

³² *Ibidem*, p. 93/94.

³³ PRETES, Érika Aparecida – **A criminalização do discurso de ódio homofóbico no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2014, p. 107. Dissertação de Mestrado.

³⁴ CHEQUER, Cláudio – **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18.

³⁵ ARISTÓTELES - **Política**. Tradução Antonio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998, p. 53, 1253a.

³⁶ “Desse modo, o ‘político’ abrange um amplo espectro. Começa quase apoliticamente com as relações econômicas das casas; eleva-se quando se trata de relacionamentos de parente, da comunidade de culto e da comunidade cultural, bem como da proteção para dentro e para fora. E política do modo mais forte é a pólis através da comunidade de direito e justiça. Que o ser humano – em termos de um primeiro nível de subsidiariedade – é indicado para a vida em comum com os seus iguais, que ele é um ente social (*ens sociale*) e que – eis o segundo nível de subsidiariedade – as chances da vida comum somente se realizam numa comunidade de livres e iguais

O segundo argumento abordado (Verdade) recorre à ideia de Mill e do livre mercado de ideias: ainda que a liberdade de expressão não assegure que se possa chegar à verdade, mostra-se como o mecanismo mais efetivo para que se possa tencionar buscá-la; nas palavras de Ash, “pelo menos ajuda-nos a procurar a verdade”.³⁷ Como explica João dos Passos Neto, “a busca da verdade é considerada importante como um meio para o progresso geral da humanidade e também para o bem das pessoas em particular”³⁸: tal busca da verdade diz respeito a elementos fáticos (fatos concretos) mas também a elementos axiológicos (subjetivos, de pouca concretude). A ideia sustentada é no sentido de que a chance de se lograr êxito em alcançar a verdade será sempre maior quando não houver impedimentos por parte do Estado à livre busca da verdade, do que se pressupõe o livre exercício do direito de falar e ouvir o que se entender pertinente. Como resume João dos Passos Neto a respeito da liberdade de expressão, esta é “importante para o progresso do saber, ou, no mínimo, em qualquer caso, preferível a um sistema de verdades oficiais”.³⁹ Novamente – e em consonância ao ideário liberal – nota-se a preocupação com a legitimidade de eventual “verdade oficial”, sendo nítida a preferência por dar maior reverência ao indivíduo do que ao Estado.

O terceiro argumento utilizado (Governo) pressupõe que um bom governo necessite de liberdade de expressão. Ash recorre à história para demonstrar que há mais de dois mil anos, em Atenas e em colônias gregas ultramarinas, os cidadãos reuniam-se em praça pública para debater as questões políticas atinentes à cidade-Estado, de modo que os cidadãos apresentavam suas razões publicamente a fim de convencer os demais sobre a correção de seu ponto de vista. Em tal modo de construção da vida política construiu-se a ideia de democracia, entendida como o governo do povo.

Outrossim, a liberdade de expressão mostra-se relevante para o acompanhamento dos atos governamentais, assumindo a forma de controle, ou de “direito de saber” o que se passa com a coisa pública. Como destaca Owen Fiss, para a boa democracia não basta a liberdade de escolha dos cidadãos, sendo imperioso “a escolha pública feita com informação integral e sob condições adequadas de reflexão”⁴⁰, afirmando Fernandes que se tratam de “condições essenciais para a tomada de decisões da coletividade e para o autogoverno

que organizam, eles mesmos, a sua vida comum, que ele é um animal genuinamente político (*ens politicum*).” (HÖFFE, Otfried - **Aristóteles**. Tradução Roberto H. Pich. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 217.)

³⁷ ASH, Timothy Garton – **Liberdade de expressão: dez princípios para um mundo interligado**. Lisboa: Temas e Debates, 2017, p. 94.

³⁸ MARTINS NETO, João dos Passos – **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008, p. 54.

³⁹ *Ibidem*, p. 57.

⁴⁰ FISS, Owen M. – **A ironia da liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 55.

democrático”⁴¹. Conforme doutrina de Paulo Otero, o controle da atuação administrativa se apresenta como “mecanismo de garantia do Estado de Direito democrático”⁴², sendo necessário que a Administração Pública seja objeto de efetivo controle, na medida em que, nas palavras do autor, “não existe Estado de Direito sem sujeição da Administração Pública a mecanismos de controle”⁴³.

Com o mesmo entendimento, Robert Dahl pontua que a liberdade de expressão é “requisito para que os cidadãos realmente participem da vida política”.⁴⁴ Assim, o direito não seria apenas de se expressar perante os demais, mas também o de ouvir aquilo que os outros estejam falando: como os cidadãos assumem responsabilidades políticas, devendo tomar decisões que afetam a comunidade, “devem possuir a informação a estas concernentes, inclusive as opiniões dos demais”⁴⁵.

Como expõe Dahl, a compreensão dos atos políticos e governamentais só se mostra possível em um ambiente com liberdade de expressão.⁴⁶ O autor vai além, exigindo uma postura ativa e comunicativa: “cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para um governante autoritário, mas seriam desastrosos para uma democracia”.⁴⁷ Para Dahl, a democratização é composta por duas dimensões teóricas: o direito de participar de eleições e o direito de exercer contestação pública.⁴⁸

No mesmo sentido, Érika Pretes indica a necessidade de “participação efetiva”, com possibilidade de confronto livre de ideias mediante “intercâmbio público de argumentos”.⁴⁹

Trata-se, afinal, de uma consequência da ordenação democrática da estrutura do Estado: “De forma resumida, a liberdade de expressão é concebida como uma consequência do sistema democrático de tomada de decisões uma vez que contribui para a formação da opinião pública acerca de debates públicos. O argumento da democracia, como o próprio nome indica, requer, para o seu desenvolvimento, que se aceite, a priori, o princípio democrático como diretriz própria para a organização e governo do Estado. O argumento da liberdade de expressão

⁴¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 497.

⁴² OTERO, Paulo – **Direito constitucional português: identidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 109.

⁴³ *Ibidem*, p. 110.

⁴⁴ DAHL, Robert – **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2009, p. 110.

⁴⁵ CAPALDI, Nicholas – **Da liberdade de expressão: uma antologia de Stuart Mill a Marcuse**. Rio de Janeiro: FGV, 1974, p. XI.

⁴⁶ DAHL, Robert – **Polyarchy**. New Haven: Yale University Press, 1972, p. 3.

⁴⁷ *Idem* – **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2009, p. 110.

⁴⁸ *Idem* – **Polyarchy**. New Haven: Yale University Press, 1972, p. 5.

⁴⁹ PRETES, Érika Aparecida – **A criminalização do discurso de ódio homofóbico no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2014, p. 104. Dissertação de Mestrado.

como instrumento da democracia é inteiramente incompatível com sistemas de autocracia, oligarquia e teocracia.”⁵⁰

Portanto, verifica-se que “a liberdade de expressão não é um elemento circunstancial da democracia, mas é sua própria essência”⁵¹, tendo em vista que o governo democrático é impossível sem o direito de falar e ouvir sem impedimentos de razões políticas; não há democracia liberal sem liberdade de expressão.⁵²

O quarto elemento indicado por Ash (Diversidade), com fundamento no liberalismo de John Locke (sobretudo no tocante à tolerância religiosa)⁵³, funda-se na ideia de que a liberdade de expressão facilita a assimilação e o convívio com a diversidade existente na sociedade, mormente as minorias⁵⁴. Assim, com liberdade de expressão aprende-se a conviver com a divergência, mantendo no âmbito comunicativo (e não do embate físico) as divergências. Por tal razão, Cláudio Chequer sustenta ser “evidente o valor da liberdade de expressão como meio de estabilidade social”, tendo em vista que “contribui para a promoção da tolerância”.⁵⁵

Ash consigna, ainda, a importância da *isegoria*, isto é, a igualdade de discursos, ou o direito equânime à fala pública, como condutores de um bom governo: “o historiador Heródoto defendia que era por Atenas ter liberdade de expressão que se tornara poderosa e vitoriosa”.⁵⁶

Hodiernamente questiona-se, com acerto, os impactos negativos que o poder econômico exerce sobre a política (e portanto sobre a construção da vida comum), na medida em que o direito igual à fala (*isegoria*) torna-se impossível quando o acesso aos canais de comunicação de massa são viabilizados pela força econômica⁵⁷, e não pela pluralidade de

⁵⁰ CHEQUER, Cláudio – **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 29.

⁵¹ MARTINS NETO, João dos Passos – **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008, p. 50.

⁵² Interessante notar o surgimento das denominadas “democracias iliberais”, nas quais a estrutura formal do Estado representa uma estrutura democrática tradicional (inclusive com eleições periódicas) mas, por conta de perigoso autoritarismo governamental de cunho populista e descompromissado com os valores democráticos, afastam-se da noção de democracia plena (em sentido liberal), ignorando a necessidade de proteção de minorias e de respeito às instituições.

⁵³ “Começando por defender a liberdade religiosa individual, este autor acaba por sustentar a legitimidade da expressão de opiniões (...)” (MACHADO, Jónatas E. M. – **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 60.)

⁵⁴ “As principais vítimas da intolerância são as minorias e seus integrantes, de todos os matizes, religiosos, sexuais, nacionais, raciais, étnicos.” MARTINS NETO, João dos Passos – **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008, p. 66.

⁵⁵ CHEQUER, Cláudio – **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 33.

⁵⁶ ASH, Timothy Garton – **Liberdade de expressão: dez princípios para um mundo interligado**. Lisboa: Temas e Debates, 2017, p. 96.

⁵⁷ “Os ricos podem, por exemplo, dominar de tal forma o espaço publicitário na mídia e outros espaços públicos que o público, efetivamente, só ouça a sua mensagem. Consequentemente, a voz dos menos prósperos pode ser

ideias: “A tese é a de que, por conta de fatores econômicos ou culturais presentes na estrutura da sociedade, as manifestações expressivas de grupos hegemônicos acabam por ‘abafar’ aquelas emanadas de estamentos menos favorecidos, condenados à invisibilidade e ao silêncio no grande debate público.”⁵⁸

Tal elemento assume especial relevo em relação às campanhas eleitorais, visto que impossível a reunião presencial em praça pública dos cidadãos de grandes aglomerados urbanos. Ainda que Ash não faça tal menção, percebe-se que mesmo a desobediência civil pode ter amparo na ideia de legitimidade de um discurso divergente, como consigna John Rawls.⁵⁹

Por fim, cabe destacar o que a doutrina denomina de *chilling effect*, ou efeito silenciador⁶⁰, como argumento para não permitir qualquer tipo de controle ou censura sobre a expressão. A ideia defendida é no sentido de que ao se criar embaraços, como a possibilidade de penalização judicial de quem profere um discurso que não seja compatível com a mediana de pensamento, as pessoas possam sentir-se inibidas ou temerosas e, deste modo, deixarem de contribuir com o debate público por receio de alguma reprimenda posterior. Como explica David Herrera, “pode gerar no sujeito a ilusão errônea de autocensura por medo das consequências da norma”⁶¹.

Portanto, o efeito silenciador, que seria decorrência da tentativa de limitação da liberdade de expressão, atuaria de modo danoso e mitigaria os elementos positivos que advêm do pleno exercício da liberdade de expressão pela coletividade. O raciocínio empreendido é no sentido de que “se a liberdade de consciência é um direito, nenhum homem deve ser silenciado sob ameaça de punição legal”⁶², de modo que o grande risco visto por conta do *chilling effect* é o de inibir os indivíduos de participar do debate sincero de ideias.

simplesmente soterrada.” (FISS, Owen M. – **A ironia da liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47.)

⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo - Prefácio. In FISS, Owen M. – **A ironia da liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 11.

⁵⁹ “Tratando-se de uma forma de apelo público, da afirmação de uma profunda e consciente convicção política, ela tem lugar no fórum público.” (RAWLS, John - **Uma teoria da justiça**. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 2013, p. 283.)

⁶⁰ “Efecto general de silenciamiento causado por una norma restrictiva qué, aun de forma indirecta, acabe afectando a la libertad de expresión y termine cohibiendo a la ciudadanía en la forma de expresarse libremente por miedo a las posibles consecuencias penales o administrativas de la norma.” (HERRERA, David Martín – **Extreme speech y libertad de expresión: análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense**. Madrid: Dykinson, 2018, p. 48.)

⁶¹ “Puede llegar a generar en el sujeto la ilusión errônea de autocensurarse por miedo a las consecuencias de la norma.” *Ibidem*.

⁶² MARTINS NETO, João dos Passos – **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008, p. 80.

Estes são, em apertada síntese, os principais argumentos que dão sustentação às principais teses favoráveis à máxima concessão de liberdade de expressão; cumpre, ainda, analisar como estes argumentos se desdobram no âmbito normativo.

1.2 Elementos jurídico-normativos

Aquilo que o indivíduo pode fazer, como ensina Reinhold Zippelius⁶³, é delimitado pelas (im)possibilidades fáticas e jurídicas. Por exemplo: é faticamente possível dirigir em uma autoestrada em velocidade superior à indicada na legislação de trânsito, mas não é juridicamente permitido. Assim, à ciência jurídica cumpre a delimitação do que seja possível em sentido jurídico: cuida-se da (i)licitude, do direito.

A liberdade jurídica, portanto, é dada na medida em que não exista impedimento normativo em sentido diverso à pretensão do indivíduo (podendo se manifestar como proibição ou mandamento).⁶⁴ Deste modo, tem-se a ideia geral de que qualquer conduta é admitida, desde que não haja determinação legal que a impeça (pressupondo-se a liberdade do indivíduo).

Tal é a liberdade em acepção jurídica, sempre exercida em relação com a liberdade jurídica alheia (como na orquestração de semáforos que garantem o exercício da liberdade de ir e vir de todos, concomitantemente). Evidentemente que nem sempre a identificação de uma conduta como permitida - ou não - será fácil, tendo em vista que há diversas características da linguagem (e, portanto, das regras jurídicas) que tornam por vezes imprecisa sua assimilação, porquanto a linguagem é sempre “afetada pela ambiguidade, vagueza, e textura aberta”, como lembra Neil MacCormick.⁶⁵

A respeito da noção de liberdade jurídica, Axel Honneth consigna sua evolução: “Na Europa dos séculos XVII e XVIII, uma positivação do sistema jurídico pouco a pouco veio a se consumir, e por meio dela foi possível sobrepujar o privilégio normativamente injustificado de interesses corporativos, já que era criada uma rede de regras garantidas e sancionadas pelo Estado, assegurando, em igual medida, a autonomia privada de todo e qualquer cidadão”.⁶⁶

Mostra-se na dogmática constitucional que uma das principais razões para a existência de direitos com nível hierárquico privilegiado em relação aos demais é a necessidade de proteção com especial força destes direitos cuja essencialidade (ou grau de

⁶³ ZIPPELIUS, Reinhold – **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 266.

⁶⁴ MARTINS NETO, João dos Passos – **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008, p. 25.

⁶⁵ MACCORMICK, Neil – **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 36.

⁶⁶ HONNETH, Axel – **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 129.

fundamentalidade) se mostre suficiente para inibir eventuais tentativas de obstaculização por iniciativa de maiorias sociais ou legislativas de ocasião – ou mesmo de uma maioria estável que porventura mude de opinião em detrimento de uma minoria.

Com efeito, Paulo Otero menciona, a respeito da eficácia reforçada das normas constitucionais, que tais normas se sujeitam a um “princípio de máxima efectividade interpretativa”⁶⁷, demonstrando a relevância da adequação hermenêutica à implementação plena da juridicidade constitucional, isto é, a conferência de máxima efetividade à norma.

Nesse sentido, João dos Passos Neto aponta que “as liberdades constitucionais visam a proteger indivíduos e instituições contra a tirania da maioria”⁶⁸. Cuida-se do tormentoso tema do princípio majoritário, o qual, segundo Paulo Otero, deve ter limites “sob pena de subversão da democracia no mais cruel totalitarismo”⁶⁹. Ainda nas palavras de Otero: “A maioria ou mesmo a unanimidade de um parlamento, tal como a vontade da maioria dos membros da sociedade expressa por referendo, nunca pode tornar legítimo aquilo que por natureza é ilegítimo, tal como não pode transformar em certo o que é em si mesmo errado.”⁷⁰

Dentre o rol de direitos que compõem os sistemas jurídicos contemporâneos com elevada relevância hierárquica, “numa posição de primazia, conformando positiva e negativamente toda a ordem jurídica”⁷¹, inclui-se a liberdade de expressão, ainda que com diferentes pesos, a depender da tradição jurídica de cada Estado – como será visto adiante.

É correto afirmar-se, de qualquer modo, que as democracias ocidentais consolidadas sempre conferem relevante proteção jurídica à liberdade de expressão, sendo adequado afirmar-se que “o direito à liberdade de expressão assume um lugar central no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais”⁷². Sobre a presença deste direito, João Martins Neto assim consigna: “A liberdade de expressão figura entre as liberdades constitucionais mais comumente asseguradas e consiste, basicamente, no direito de comunicar-se, ou de participar de relações comunicativas, quer como portador da mensagem (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador).”⁷³

⁶⁷ OTERO, Paulo – **Direito constitucional português: identidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 48.

⁶⁸ MARTINS NETO, João dos Passos – **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008, p. 27.

⁶⁹ OTERO, Paulo – **A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária**. Cascais: Principia, 2010, p. 172.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 171.

⁷¹ MACHADO, Jónatas E. M. – **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 370.

⁷² *Ibidem*, p. 61.

⁷³ MARTINS NETO, João dos Passos – **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008, p. 27.

O sistema jurídico, na concepção atual da doutrina, se mostra composto por uma diversidade de normas (regras, que possuem maior concretude, e princípios, com “função aglutinadora”⁷⁴) associadas a elementos axiológicos que são hierarquicamente organizados⁷⁵, a partir dos quais se pode concluir pela existência de cada direito.⁷⁶

Afirmar, portanto, a existência de um direito, pressupõe a análise de todo o sistema, e não somente de uma isolada fração de algum diploma normativo, na medida em que “o direito não se interpreta em tiras”, como observa Eros Roberto Grau⁷⁷. Busca-se, na leitura de todo o sistema, sua razão, deixando-se de lado a busca da *ratio legis*, já ultrapassada, pela busca da *ratio juris*, ou seja, a busca da racionalidade do sistema, como um todo.⁷⁸

A propósito da configuração do ordenamento jurídico, a doutrina de J. J. Gomes Canotilho assim sustenta: “(1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.”⁷⁹

Nesse sentido, e tendo a noção de que cada direito existente é justificado por um princípio que o antecede⁸⁰, há que se ter a compreensão de que a liberdade de expressão é decorrência de um elemento normativo de superior relevância normativa e axiológica: a dignidade da pessoa humana. Isto porque, como explica Jónatas Machado, toda ordem jurídica

⁷⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm – **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 29.

⁷⁵ FREITAS, Juarez – **A interpretação sistemática do direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 54.

⁷⁶ “Diversamente das regras, que convivem no plano da validade, em face de sua concreticidade, reduzindo a discricionariedade do intérprete, os princípios convivem no plano valorativo. São dialógicos. Suas razões são complementares, mesmo no antagonismo. As regras têm um convívio antinômico, dialético, afastando-se no caso de antinomia para valer ou não, topicamente. Os princípios não. De convivência conflitual, hierarquizam-se axiologicamente para preservar a unidade material do sistema. Dialogam. Relativizam-se mutuamente na incidência tópica, no encadeamento teleológico dos valores em destaque.” (ARONNE, Ricardo - **Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 72.)

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto - **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44.

⁷⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm – **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 159.

⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159.

⁸⁰ ARONNE, Ricardo - **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 71.

democrática é construída a partir da ideia de tutela da dignidade da pessoa humana, visto que esta é “ponto de apoio dos princípios fundamentais da democracia, do Estado de direito e do Estado social, da garantia dos direitos fundamentais”⁸¹.

Deste modo, a dignidade da pessoa humana irradia seus efeitos para toda a estrutura normativa, fazendo com que a principiologia constitucional produza reflexos também nos outros ramos do direito, naquilo que a doutrina denominou de constitucionalização do direito privado. Nas palavras de Perlingieri, deve-se “individuar um sistema de direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa”.⁸² Com efeito, a compreensão que se adota é no sentido de que qualquer ramo do direito deve ser interpretado à luz da Constituição, jamais o contrário, sob pena de erro metodológico, na medida em que “a Lei Fundamental deve ser lida sem o óculo do direito ordinário vigente, sob pena de se inverter a hierarquia das fontes de direito”.⁸³

Assim, percebe-se que a liberdade de expressão, antes mesmo de ser expressamente consignada como direito autônomo, existe como desdobramento da própria dignidade humana, pressuposto do Estado democrático de direito⁸⁴; e, a partir da liberdade de expressão em sentido amplo, desdobram-se liberdades comunicativas outras, como o direito de informar e ser informado, direito de resposta, de liberdade de imprensa, de comunicação social, de criação artística, e liberdade de aprender e ensinar.⁸⁵

Nas palavras de Jónatas Machado, “impõe-se a consideração do direito à liberdade de expressão como *direito mãe*, *cluster right* ou *background right* de todas as outras liberdades comunicativas”.^{86 87}

⁸¹ MACHADO, Jónatas E. M. – **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 358.

⁸² PERLINGIERI, Pietro – **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 591.

⁸³ MOREIRA, Isabel – Da inconstitucionalidade das normas resultantes da leitura conjugada do artigo 1577 do Código Civil e da alínea e do artigo 1628 do mesmo Código, nos termos das quais duas pessoas do mesmo sexo não podem contrair casamento e, se o fizerem, é o mesmo tido por inexistente. In CORTE-REAL, Carlos Pamplona (org.) – **O casamento entre pessoas do mesmo sexo**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 36.

⁸⁴ BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues – **Liberdade de expressão e honra das figuras públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 25.

⁸⁵ MACHADO, Jónatas E. M. – **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 372.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 372.

⁸⁷ Também defendendo um conceito amplo, a doutrina de Gonçalves Fernandes: “Por liberdade de pensamento e de manifestação entendemos a tutela (proteção) constitucional a toda mensagem passível de comunicação, assim como toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer temática, seja essa relevante ou não aos olhos do interesse público, ou mesmo dotada – ou não – de valor. Por isso mesmo, não é apenas a transmissão da mensagem falada ou escrita que encontra proteção constitucional, como ainda a mensagem veiculada por meio de gestos e expressões corporais.” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 484.)

No arcabouço normativo português verifica-se no número 1 do artigo 37º da Constituição da República Portuguesa a garantia de que o pensamento pode ser divulgado livremente por qualquer meio, sem nenhum impedimento; a proibição de censura vem expressa no número 2 do mesmo artigo. O número 3 assegura o direito de resposta a qualquer pessoa, bem como o direito à indenização pelos danos eventualmente sofridos. Logo na sequência, o artigo 38º garante a liberdade de imprensa e o ofício livre dos jornalistas; o artigo 42º prevê a liberdade de criação e a liberdade de aprender e ensinar vem consignada no artigo 43º.

Interessante notar, a título de exercício mental, que mesmo que os direitos estabelecidos nos artigos 38º, 42º, 43º não estivessem explicitados na Constituição Portuguesa, ainda assim existiriam, como consectário do direito consagrado no artigo 37º: é sabido que a ausência de regra expressa não significa a ausência de direito (mesmo porque “a lacuna é uma fatalidade”⁸⁸), de modo que, em tais casos, a adequada hermenêutica do artigo 37º – com foco na máxima eficácia - seria suficiente para assegurar aqueles direitos que o constituinte entendeu por explicitar logo depois. Isto porque, conforme explica Jónatas Machado: “A existência jurídica da liberdade de expressão em sentido amplo, ou liberdade de comunicação, tanto pode ser deduzida de uma única disposição normativa consagradora, em termos genéricos (...), ou basear-se em várias normas constitucionais específicas (...).”⁸⁹

Ainda a respeito da hermenêutica, importante mencionar que, em razão da grande relevância do direito em questão, surge a necessidade de uma orientação hermenêutica específica, isto é, a necessidade de interpretar-se a liberdade de expressão de forma a melhor assegurar sua eficácia. Em outras palavras, significa dizer que não se admite qualquer critério interpretativo; faz-se necessário que o critério seja condizente com a necessidade – constitucionalmente fundamentada – de “preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”^{90 91}

⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira – **O direito: introdução e teoria geral**. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 1984, p. 301.

⁸⁹ MACHADO, Jónatas E. M. – **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 371.

⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

⁹¹ É o que sustenta Iolanda Brito: “O âmbito normativo da liberdade de expressão deve ser interpretado de forma a proteger o maior número de condutas expressivas possível: ideias, opiniões, pensamentos, convicções, críticas, juízos de valor sobre quaisquer questões (...) independentemente do escopo (...) e até do padrão valorativo (...).” (BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues – **Liberdade de expressão e honra das figuras públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 32.)

Deste modo, enquanto princípio de elevado nível de relevância dentro do sistema normativo, assume-se o dever de conceder à liberdade de expressão certa primazia ante os demais direitos existentes no ordenamento jurídico, a fim de otimizar-se sua eficácia sempre que possível.⁹²

No âmbito da juridicidade constitucional brasileira atual, por conta da necessidade de superação do nefasto período de ditadura⁹³ que precedeu a Constituição de 1988, a liberdade de expressão se apresenta como um direito fundamental⁹⁴, sendo relevante para a própria efetivação da democracia constitucionalmente estabelecida, como sustenta a doutrina.⁹⁵

Esta é a posição também do Supremo Tribunal Federal, como se pode perceber da contundente argumentação expendida no bojo de relevante julgado do ano de 2019, a respeito da liberdade de expressão:

A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. (...) Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.⁹⁶

Em perspectiva normativa, a Constituição brasileira assegura a liberdade de expressão no seu artigo 5º, inciso IV, ao estabelecer que é livre a manifestação do pensamento (vedando, porém, o anonimato)⁹⁷; em seguida, o inciso IX consigna ser livre a manifestação

⁹² BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues – **Liberdade de expressão e honra das figuras públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 33.

⁹³ BUENO, Eduardo – Os anos de chumbo. In **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010, p. 388-401.

⁹⁴ BATISTA, Andreia Aparecida – O embate entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio. In PEREIRA, Rodolfo Viana (org.) – **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Vol. 1. Belo Horizonte: IDDE, 2018, p. 42.

⁹⁵ CHEQUER, Cláudio – **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 244.

⁹⁶ SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão do Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>

⁹⁷ A vedação do anonimato deveria merecer melhor reflexão doutrinária: até que ponto é razoável que seja vedada uma manifestação simplesmente por ser anônima? Parece descabida a proibição sumária; todavia, a análise aprofundada de tal ponto escaparia ao objeto da presente investigação. John Locke sustentou posição simpática à vedação do anonimato: “Para evitar que os homens fiquem ocultos por causa do que imprimem, pode-se proibir qualquer livro de ser impresso, publicado ou vendido sem o nome do impressor ou do livreiro.” (LOCKE, John –

intelectual, artística, científica e de comunicação. Especificamente no tocante à comunicação social, a Constituição prescreve em seu artigo 220 que a manifestação do pensamento e da informação não pode sofrer qualquer restrição.

Parece ter agido com excesso de linguagem o constituinte – por certo receoso por conta do período ditatorial recém superado - ao vedar “qualquer” restrição, haja vista que o próprio diploma constitucional prescreve que o racismo será considerado crime (dentre outras restrições). Ora, se a manifestação do pensamento racista, por exemplo, é expressamente proibida pela própria Carta, não é coerente afirmar que o pensamento não sofra “qualquer” restrição; melhor teria sido prescrever que a manifestação do pensamento não sofrerá “qualquer limitação infraconstitucional”, ressaltando, assim, ao próprio constituinte, pelo menos, o poder de fazer pontuais restrições – como de fato fez (ao menos em relação ao racismo), incoerentemente com a vedação de “qualquer” restrição.

Do ponto de vista da dogmática constitucional, pode-se subdividir as dimensões da liberdade de expressão em duas: positiva e negativa. A dimensão positiva “é a livre possibilidade de manifestação de qualquer pessoa e permite a responsabilização nos termos constitucionais”⁹⁸, enquanto a dimensão negativa impõe ao Estado o dever de abstenção (no sentido de não intervenção), sendo “concebida como a ausência de óbice à prática da ação”⁹⁹: “Uma pessoa tem a liberdade de expressão negativa na medida em que o estado tem o dever de não interferir em sua fala, prendendo-a ou multando-a por sua fala (...). Na medida em que houvesse um direito positivo à liberdade de imprensa, haveria o direito, talvez contra o Estado, de fazer cumprir o dever do Estado de fornecer os recursos (dinheiro, papel, tinta, impressoras) para que as pessoas tivessem a capacidade para operar uma prensa.”¹⁰⁰

Com tal espírito, os mais diversos pactos e tratados internacionais, no tocante à temática da liberdade de expressão, focam-se em versar sobre a ação dos Estados para promover a liberdade e coibir o uso da força do Estado para supressão (ou mitigação) da liberdade de expressão.

Nos Estados Unidos da América a liberdade de expressão possui relevância ainda maior do que a apontada acima, como será visto na seção dedicada à jurisprudência

Ensaio político. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 412.)

⁹⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 512.

⁹⁹ PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula vinculante e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016, p. 69.

¹⁰⁰ “A person has the negative liberty of speech insofar as the state is under a duty not to interfere with her speaking by imprisoning her or fining her for her speech (...). Insofar as there were a positive right to freedom of the press, there would be a right, perhaps against the state, to enforce the state’s duty to provide the resources (money, paper, ink, printing presses) such that people would have the ability to operate a press.” (SCHAUER, Frederick; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter – **The philosophy of law**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 307.)

comparada; por ora, cumpre consignar que já em 1776 a Declaração de Direitos da Virgínia sustentava, em sua seção 12^a, que “a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e nunca pode ser restringida a não ser por governos despóticos”¹⁰¹.

É na primeira emenda¹⁰², entretanto que se encontra a mais relevante norma jurídica estadunidense a respeito da liberdade de expressão, ao formalmente proibir o Congresso de limitar a liberdade de expressão, estabelecendo uma competência legislativa negativa: “O Congresso não fará nenhuma lei respeitando o estabelecimento da religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou restringir a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de fazer uma petição ao governo para a reparação de queixas.”¹⁰³

Na França, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabeleceu em seu artigo 11º o direito sobre a liberdade de comunicação, nos seguintes termos: “A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos dessa liberdade nos termos previstos na lei.”¹⁰⁴ Interessante notar que já se contatava a preocupação com a possibilidade de abusos de tal liberdade.

Em 1791, Olympe de Gouges, precursora do movimento feminista, escreve a “Declaração dos direitos da mulher e da cidadã”, em contundente crítica à desigualdade de gêneros existente, reivindicando também à mulher uma plêiade de direitos. Em 1793, Olympe foi executada, sem direito a advogado. Atribui-se a Olympe ter dito antes de morrer que se “a mulher tem o direito de subir ao cadafalso, ela deve ter igualmente o direito de subir à tribuna.”¹⁰⁵

¹⁰¹ “The freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments.” BILL of Rights. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em <https://www.loc.gov/exhibits/creating-the-united-states/interactives/bill-of-rights/speech/enlarge2-transcribe.html>

¹⁰² A respeito, Melo Chaves pondera que “a proteção constitucional à liberdade de expressão nos Estados Unidos decorre não do texto literal da Primeira Emenda à sua Constituição, mas de uma vasta jurisprudência da Suprema Corte desenvolvida nos séculos XX e XXI”. (MELO, Ana Patrícia Vieira Chaves - **Discurso do ódio nas redes sociais no Brasil: análise da possibilidade e legitimidade de controle legislativo, administrativo e judicial ante o tratamento constitucional e internacional**. São Cristóvão: UFSE, 2019, p. 80. Dissertação de Mestrado.)

¹⁰³ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.” CORNELL Law School. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment.

¹⁰⁴ DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em https://www.senat.fr/lnq/pt/declaration_droits_homme.html

¹⁰⁵ WOOLFREY, Joan - **Olympe de Gouges**. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em <https://www.iep.utm.edu/gouges/>

A despeito do direito estabelecido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, logo em 1792 a revolução jacobina impôs severas restrições às liberdades comunicativas, não permitindo à imprensa publicações contrárias a Robespierre, sendo punida com a morte a defesa da monarquia – evidenciando que os avanços em favor da liberdade de expressão não ocorrem de modo linear ao longo do tempo. Como expõe Jónatas Machado, o poder político francês, vislumbrando na imprensa livre uma ameaça, passa a desenvolver instrumentos para intervenções: “no entender de Napoleão, a garantia da liberdade de expressão significaria o afastamento rápido do poder”.¹⁰⁶ Somente com as Leis de Imprensa de 1868 e 1881 adotam-se elementos normativos favoráveis à liberdade de expressão – esta última ainda em vigor.¹⁰⁷

No âmbito internacional, há diversos tratados que versam sobre a liberdade de expressão e a importância de sua tutela. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo 19, assegura o direito à opinião e à expressão, destacando os âmbitos ativo e passivo dos agentes (informar e ser informado), bem como a ideia de que tal direito independe das fronteiras nacionais: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”¹⁰⁸

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), da mesma forma, assegura tais liberdades, destacando que a proteção estende-se a ideias “de toda a índole”¹⁰⁹, expressando um conceito amplo de proteção no tocante aos diversos conteúdos possíveis; entretanto, o diploma ressalva que o exercício do direito também implica deveres aos cidadãos: “Por conseguinte, pode estar sujeito a certas restrições, expressamente previstas na lei, e que sejam necessárias para: a) Assegurar o respeito pelos direitos e a reputação de outrem; b) A proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral públicas.”¹¹⁰

¹⁰⁶ MACHADO, Jónatas E. M. – **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 71.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 73.

¹⁰⁸ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>

¹⁰⁹ “Ninguém pode ser discriminado por causa das suas opiniões. Toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de toda a índole sem consideração de fronteiras, seja oralmente, por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo que escolher.” (PACTO Internacional sobre os direitos civis e políticos. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em

http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf)

¹¹⁰ PACTO Internacional sobre os direitos civis e políticos. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf

A ressalva é deveras relevante, pois, ao mencionar a tutela de direitos e reputações alheias (ainda que remetendo tal incumbência à legislação), abre o espaço para a discussão sobre a fronteira entre a liberdade de expressão e sua limitação. No artigo seguinte, o Pacto é ainda mais contundente, ao prescrever que: “Toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência estará proibida por lei.”¹¹¹ Há, pois, um claro mandamento de interdição legal, tornando nítido que o Pacto não adotou a tese de liberdade total, reconhecendo, assim, de modo expresso, que a expressão do ódio em suas mais variadas formas não merece tutela jurídica.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos posiciona-se de forma clara a favor da liberdade de expressão, associando-a à própria estrutura democrática (em consonância à doutrina), como se verifica de precedente do ano de 2016 (*Case of Karapetyan and others vs. Armenia*), no qual se consigna a tutela de liberdade de expressão mesmo quando esta importe em choque e ofensa, estabelecendo, ainda, critério hermenêutico próprio à ampliação da esfera de tutela da liberdade:

A Corte reitera que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para seu progresso e a autorrealização de cada indivíduo. Sujeito ao parágrafo 2 do Artigo 10, é aplicável não apenas a ‘informações’ ou ‘ideias’ que sejam favoravelmente recebidas ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também aquelas que ofendam, choquem ou perturbem; tais são as exigências daquele pluralismo, tolerância e abertura sem os quais não há ‘sociedade democrática’. A liberdade de expressão, conforme consagrada no artigo 10, está sujeita a uma série de exceções que, no entanto, devem ser interpretadas de forma estrita e a necessidade de quaisquer restrições deve ser estabelecida de forma convincente.¹¹²

O que se depreende da dogmática constitucional, na esteira do pensamento de Jónatas Machado, é no sentido de que se deve conceder aos direitos atinentes à liberdade de expressão um “âmbito de proteção alargado (*weite Tatbestand*)”¹¹³, isto é, uma força normativa associada a um modelo hermenêutico que valorize o direito em causa.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² “The Court reiterates that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and each individual’s self-fulfillment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favorably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb; such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. Freedom of expression, as enshrined in Article 10, is subject to a number of exceptions which, however, must be narrowly interpreted and the necessity for any restrictions must be convincingly established.” EUROPEAN Court of Human Rights. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-168703%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-168703%22]})

¹¹³ MACHADO, Jónatas E. M. – **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 373.

O fundamento apontado é que no constitucionalismo de caráter liberal – como ocorre nas democracias ocidentais – a regra é a liberdade, sendo que quaisquer restrições só podem existir como exceções justificadas. Tal compreensão é de grande importância, na medida em que é a partir de tal configuração jurídico-normativa que se pode concluir pela atribuição de tutela *prima facie* à liberdade.¹¹⁴ Um dos fundamentos para que seja defendido este *Tatbestand* alargado é o risco de que quem venha a fazer a “interpretação/aplicação”¹¹⁵ do direito faça uso de seu poder de domínio para deliberadamente restringir o direito fundamental alheio, em verdadeira subversão hermenêutica, mormente quando se cuide de direito que envolva grupos sociais antagônicos: “daí que só um *Tatbestand* alargado consiga satisfazer as exigências contemporâneas de inclusividade e reciprocidade comunicativa e interpretativa”.¹¹⁶

Tem-se, assim, em linhas gerais, compreensão panorâmica sobre a forma pela qual as mais variadas jurisdições vem desenvolvendo a tutela da liberdade de expressão, em contínuo aprimoramento e com o enfrentamento, cada vez mais complexo, dos eventuais limites a serem impostos a tal direito, sempre elevado a um grau de alta relevância sistêmica.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 374.

¹¹⁵ GRAU, Eros Roberto - **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

¹¹⁶ MACHADO, Jónatas E. M. – **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002, p. 376.

2 Discursos de ódio

“O ódio acusa sem saber. O ódio julga sem ouvir. O ódio condena a seu bel-prazer. Nada respeita e acredita encontrar-se diante de algum complô universal. Esgotado, recoberto de ressentimento, dilacera tudo com seu golpe arbitrário e poderoso. Odeio, logo existo.”¹¹⁷

2.1 O Discurso de ódio

A definição do que seja o discurso de ódio (*hate speech*) não encontra consenso doutrinário, tampouco nas legislações que o regulamentam ou na jurisprudência que se debruça sobre os casos afins, afirmando Rodríguez que o termo “segue sendo uma noção complexa e problemática”¹¹⁸. A própria falta de uma definição precisa, aliás, abre espaço ao decicionismo – isto é, a maléfica aplicação do direito de modo subjetivista -, como adverte Lozano ao externar sua legítima preocupação com o assunto: “ (...) Há preocupação com a definição ampla da categoria de discurso de ódio a que recorre a jurisprudência, que é usada para justificar sérios limites à liberdade de expressão sem prestar atenção, como vimos, à ofensividade específica do discurso. Isso significa que praticamente qualquer discurso que ‘soe’ odioso corre o risco de ser privado de proteção constitucional e sua punição justificada. Por isso, creio ser necessário trabalhar uma definição mais restritiva desta categoria, algo que hoje não se conseguiu na sede normativa, mas sobre o qual não existe uma posição doutrinária clara.”¹¹⁹

Como se verifica da posição externada por Lozano, ainda que se admita uma limitação à liberdade de expressão no tocante aos discursos de ódio, existe um importante espaço jurídico para discussão: o que seria – do ponto de vista jurídico – um discurso de ódio?

Nesse sentido, parece imperioso que se proceda a uma tentativa de aproximação conceitual de tal fenômeno. Não para cumprir com a tarefa dogmática de tudo conceituar, mas

¹¹⁷ GLUCKSMANN, André – **O discurso do ódio**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007, p. 12.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ, Ignacio Álvarez – El discurso del odio sexista. **Revista Jurídica de Castilla y León**. N. 48 (mai. 2019), p. 62.

¹¹⁹ “ (...) Preocupa la definición expansiva de la categoría del discurso del odio a la que recurre la jurisprudencia, la cual es utilizada para justificar graves límites a la libertad de expresión sin atender, según se ha visto, a la ofensividad concreta del discurso. Eso lleva a que prácticamente cualquier discurso que «suenen» odioso esté en riesgo de ser privado de protección constitucional y justificado su castigo. Es por ello que creo necesario trabajar en una definición más restrictiva de esta categoría, algo que hoy por hoy no se ha logrado en sede normativa pero sobre la que tampoco existe una posición doctrinal clara.” LOZANO, Germán M. Teruel – Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial. **Revista de Estudios Jurídicos**. N. 2 (2017).)

sim porque os limites que forem dados à definição do discurso de ódio trarão consigo impactos muitíssimo relevantes para a fase aplicativa do Direito.

Significa dizer, deste modo, que ao se admitir uma conceituação mais ampla e elástica se estará alocando dentro do conceito uma gama muito maior de possíveis casos, haja vista que as hipóteses de abrangência do conceito seriam maiores.¹²⁰ Por outro lado, uma conceituação mais restritiva faria com que menos casos estivessem sob o espaço de incidência do conceito. Pode-se fazer uma analogia com as hipóteses de incidência da norma legal: quanto maior a abrangência do “suporte fático”, maiores serão as hipóteses de incidência da norma jurídica.¹²¹

Nesse sentido, busca-se por uma definição que possa, conceitualmente, bem definir o fenômeno, mas sem fazer com que tal definição seja larga o suficiente para compreender situações que não sejam essencialmente atinentes aos discursos de ódio, isto é, não se pode dar espaço para que uma conduta qualquer possa correr o risco de ser classificada como se fosse um discurso de ódio.

Dentre as diversas formas possíveis de se qualificar o discurso de ódio, há alguns elementos que se apresentam de forma mais marcante, desvelando aquela que parece ser a melhor caracterização da essência do fenômeno, o qual, como pontua Rodríguez, transcende o mero ato comunicativo e contém uma dose de veneno nada desejável.^{122 123}

Alves e Misi destacam que os discursos de ódio atacam os direitos fundamentais da pessoa (ou grupo) objeto do discurso. Percebe-se que já há, aqui, uma grande limitação, na medida em que não se trataria da ofensa a qualquer direito, senão de direitos qualificados, compreendidos como fundamentais pelo ordenamento jurídico. As autoras destacam, ainda, que

¹²⁰ “A utilização de conceitos indeterminados, o recurso a enumerações exemplificativas e a fuga para as cláusulas gerais, remetendo para o aplicador a concretização do Direito (...) tornam-se inevitabilidades que (...) geram uma progressiva indeterminação do Direito.” (OTERO, Paulo - **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 159.)

¹²¹ Na terminologia adotada por Karl Engisch, fala-se em “hipótese legal” e em “efeitos jurídicos”. (ENGISCH, Karl - **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 29.) Também se pode referir ao antecedente normativo como *protasis* (πρότασις) e ao consequente normativo como *apodosis* (ἀπόδοσις). (SCHAUER, Frederick - **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 23.)

¹²² RODRÍGUEZ, Ignacio Álvarez – El discurso del ódio sexista. **Revista Jurídica de Castilla y León**. N. 48 (mai. 2019), p. 46.

¹²³ Sobre o tema, Fernandes consigna: “O discurso de ódio é um dos aspectos polêmicos que envolvem a garantia da liberdade de expressão. Ele consiste na manifestação de ideias (palavras gestos ou qualquer outra manifestação de sentido) que incitam a discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos. Portanto, indo de forma mais ampla, são manifestações de pensamento que ofendem, ameaçam ou insultam determinado grupo de pessoas com base na raça, na cor, na religião, na nacionalidade, na orientação sexual, na ancestralidade, na deficiência ou em outras características próprias.” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 505.)

o ódio se verifica a partir do desejo de exclusão, isto é, há um elemento volitivo por parte do agressor em gerar a exclusão do grupo alvo do discurso.¹²⁴

Verifica-se, portanto, que de acordo com a compreensão das autoras, a intenção do agente é marca presente para a configuração do discurso de ódio, de modo que um discurso que não tenha a intenção de gerar o dano não seria enquadrado como *hate speech*. Para as autoras, a externalização do ódio possui o escopo de reforçar a exclusão daquelas pessoas (vítimas) que não estão enquadradas nos parâmetros que tenham sido estabelecidos como aceitáveis pelos autores dos discursos odiosos, ou seja, os “diferentes”.¹²⁵ É precisamente por ser a vítima “diferente” que, no entendimento do agressor, deve ser excluída socialmente – ainda mais do que já seja.

De modo mais restritivo, Juan Ulla¹²⁶ sustenta que seja requisito essencial para a caracterização do discurso de ódio uma incitação, direta ou não, para a violência; deste modo, a ofensa pura e simples, ainda que calcada na intenção consciente de diminuir ou menosprezar o alvo do discurso por motivos injustificáveis, não seria o suficiente para que se pudesse enquadrar a conduta como um discurso de ódio, acaso não se verificasse a incitação à violência contra o alvo.

O que chama a atenção em relação a esta restrição conceitual é a dificuldade de se definir, então, o que seja violência, haja vista que, salvo melhor juízo, a ofensa intencional já se constitui em violência (na sua acepção moral). O autor parece adotar o posicionamento segundo o qual apenas a violência de ordem física seria suficiente para a caracterização do discurso de ódio. Tal compreensão, porém, não parece fazer sentido, haja vista que a incitação à violência física por óbvio já é rechaçada pelos ordenamentos jurídicos; assim, a discussão gera tautologia dogmática, na medida em que reduz o discurso de ódio àquilo sobre o qual já há consenso: a ilicitude da violência física. Por tal motivo, não parece ser a melhor conceituação. Ademais, como destaca Schauer, algumas vezes o impacto das palavras pode ser maior do que o impacto físico.¹²⁷

Freitas e Castro expõem em opúsculo conjunto que, a partir do momento em que o pensamento odioso é externado, passa a interessar ao mundo jurídico, de modo que a

¹²⁴ ALVES, Ayala do Vale Alves; MISI, Márcia Costa – Da liberdade de expressão ao discurso do ódio: uma análise da adequação do entendimento jurisprudencial brasileiro à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. N. 35 (dez. 2016), p. 155.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ ULLA, Juan Manuel López – Libertad de expresión y discurso del odio. **Revista Fragmentum**. N. 50 (jul-dez. 2017), p. 143.

¹²⁷ SCHAUER, Frederick; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter – **The philosophy of law**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 355.

magnitude da repercussão do discurso estará associada à forma pela qual se deu a externalização do pensamento: se por meio oral e presencial, por exemplo, terá um alcance diminuto, mas se feito por meios eletrônicos massivos, poderá ter um alcance incalculável. No tocante àquilo que os autores denominam de “conceito operacional” do discurso de ódio, destacam como elemento central o “pensamento que desqualifica, humilha, inferioriza indivíduos e grupos sociais”¹²⁸. Dentre os grupos de possíveis vítimas, os autores destacam aqueles que sejam “diferentes” em razão de, por exemplo, etnia, sexualidade, situação econômica e gênero. Os autores assim conceituam o discurso de ódio: “(...) observa-se que tal discurso apresenta como elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais. Esse discurso tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado ‘diferente’, quer em razão de sua etnia, sua opção sexual, sua condição econômica ou seu gênero, para promover a sua exclusão social.”¹²⁹

De acordo com a doutrina de Winfried Brugger, “o discurso de ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas”¹³⁰, incluindo o autor como possíveis vítimas deste discurso os que sejam discriminados por conta de cor, etnia, nacionalidade, sexo ou religião. Ainda, acrescenta Brugger que também seriam constitutivos de discursos de ódio os discursos que tenham a “capacidade de instigar violência, ódio, discriminação contra tais pessoas”¹³¹. Percebe-se que neste ponto há uma possibilidade de alargamento conceitual, na medida em que o autor admite o enquadramento dos discursos que tenham a “capacidade de instigar” a discriminação, do que se presume que o autor não exija a discriminação direta no próprio discurso, bastando a provocação para que terceiros discriminem, estes sim, de forma direta.

Rosane Silva apresenta conceituação detalhada para os discursos de ódio, nos seguintes termos:

O discurso de ódio compõe-se de dois elementos básicos: discriminação e externalidade. É uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor. A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela externalidade. A existência do discurso de ódio, assim toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, o ódio sem o discurso; e não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia

¹²⁸ FREITAS, Riva Sobrado; CASTRO, Matheus Felipe – Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Revista Sequência**. N. 66 (jul. 2013), p. 344.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ BRUGGER, Winfried - Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Direito Público**. N. 15, (jan./mar. 2007), p. 117-136.

¹³¹ *Ibidem*.

permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar.¹³²

Para Daniel Sarmiento, a categoria dos discursos de ódio não pode sofrer banalizações, justamente por seu potencial de restringir a liberdade de expressão. Nesse sentido, o autor defende que o intérprete não pode procurar por preconceitos ocultos em atos expressivos, na medida em que apenas “manifestações explícitas de ódio, intolerância e preconceito” devem ser consideradas para tal fim: “as demais podem e devem ser desmontadas e combatidas, mas através da crítica pública e não da repressão juridicamente institucionalizada”.¹³³

Com efeito, há conceituações que põem em relevo o aspecto “sedutor” dos discursos de ódio, no sentido de que visam a atrair mais adeptos à sua causa odiosa: “O discurso de ódio está dirigido a estigmatizar, escolher e marcar um inimigo, manter ou alterar um estado de coisas, baseando-se numa segregação. Para isso, entoa uma fala articulada, sedutora para um determinado grupo, que articula meios de opressão.”¹³⁴

Os autores distinguem, ainda, aquilo que se aponta como discursos de ódio *in form* e *in substance*:

O *hate speech in form* são aquelas manifestações explicitamente odiosas, ao passo que o *hate speech in substance* se refere à modalidade velada do discurso do ódio. O *hate speech in substance* pode apresentar-se disfarçado por argumentos de proteção moral e social, o que, no contexto de uma democracia em fase de consolidação, que ainda sofre com as reminiscências de uma ditadura recente, pode provocar agressões a grupos não dominantes. Ele produz violência moral, preconceito, discriminação e ódio contra grupos vulneráveis e intenciona articuladamente a sua segregação. Quanto aos envolvidos, especialmente no tocante aos grupos atingidos pelo discurso do ódio, de fato, o discurso invariavelmente é direcionado a sujeitos e grupos em condições de vulnerabilidade, que tratamos como grupo não dominante, dentro da perspectiva fornecida pelo Direito da Antidiscriminação (...)¹³⁵

¹³² SILVA, Rosane Leal et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 7, n. 2, (dez. 2011), p. 445-468.

¹³³ SARMENTO, Daniel - A liberdade de expressão e o problema do hate speech. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, (out./dez. 2006), p. 53-105.

¹³⁴ SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de informação legislativa**. V. 52, n. 207, (jul./set. 2015) p. 143.

¹³⁵ *Ibidem*.

Conforme o entendimento de Garcia, “se em um discurso há a exaltação de valores morais e condutas sociais que automaticamente excluem determinado grupo, está-se diante de um discurso de ódio em substância”¹³⁶. Há que se ter cuidado, porém, para não inviabilizar a legítima divergência de valores, própria de uma sociedade plural e democrática.¹³⁷

Por isso, entendemos que a motivação e o objetivo do discurso não possam ser ignorados, sob pena de se inviabilizar o exercício da pluralidade, porquanto nem toda compreensão de vida boa incluirá todos os grupos sociais, sendo, portanto, admissível que uma visão de mundo não contemple algum grupo social (sem que isso, por si, seja constitutivo de um discurso de ódio).¹³⁸

É inequívoco que todo discurso de ódio é fomentado – ainda que inconscientemente – por um preconceito que possui, em alguma medida, receptividade social: significa dizer que se trata de uma articulação de um modo de agir que ataca determinados grupos que são, por motivos sociais ou históricos, sistematicamente agredidos por alguma parcela preconceituosa da sociedade. Evidentemente que em cada contexto sociocultural poderá haver um grupo que seja mais vulnerável; o ponto em comum é que sempre há algum suporte social para a discriminação, isto é, não se trata de preconceito exclusivo do agente ofensor, mas de um preconceito compartilhado por certo grupo, mesmo porque, como lembra Rodríguez, ninguém nasce odiando, é preciso aprender a odiar.¹³⁹

Nesse contexto, Hannah Arendt descreve que o preconceito carrega consigo elementos do passado, com um juízo anteriormente concebido: “A força e o perigo dos preconceitos se explicam, entre outros, pelo fato de terem sempre oculto dentro de si algo do passado. Examinando com atenção, percebemos que um preconceito genuíno sempre esconde algum juízo anteriormente formado que em sua origem teve uma base apropriada e legítima na

¹³⁶ GARCIA, Luiz Carlos – O discurso homotransfóbico como limite à liberdade de expressão no discurso político. In PEREIRA, Rodolfo Viana (org.) – **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Vol. 2. Belo Horizonte: IDDE, 2018, p. 35.

¹³⁷ “Segundo o princípio da liberdade de expressão, é permitido atacar as ideias, justamente porque não é permitido atacar os homens que as defendem. Isso significa que pôr crenças à prova não é igual a ameaçar gays, mulheres, negros, judeus, cristãos, muçulmanos ou humoristas. Para que os homens possam praticar suas crenças e existir com a liberdade de suas diferenças, é preciso que suas ideias possam ser debatidas e questionadas. As ideias podem ser atacadas; as pessoas não.” (CARVALHO, Bernardo – Noite italiana. **Folha de São Paulo**. (19 de Jan. 2020), p. 3.)

¹³⁸ “Devemos estar atentos para o fato de que a liberdade de expressão não poderá ser mitigada por pretensões de queixosos hipersensíveis, que exigem dos órgãos judiciários a análise de seus queixumes (...)” (MARQUES, Andréa Neves Gonzaga – **Liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais**. Porto Alegre: Safe, 2010, p. 110.)

¹³⁹ RODRÍGUEZ, Ignacio Álvarez – El discurso del odio sexista. **Revista Jurídica de Castilla y León**. N. 48 (mai. 2019), p. 46.

experiência e evoluiu como preconceito por ter sido arrastado ao longo do tempo sem ter sido reexaminado ou revisto.”¹⁴⁰

Do ponto de vista estritamente normativo, pode-se afirmar que não existe definição precisa do que seja o discurso de ódio, mesmo porque o fenômeno não costuma ser objeto de legislação específica própria.

A partir das definições examinadas, pode-se proceder a uma tentativa de aglutinação dos diversos conceitos dados pela doutrina, destacando os elementos configuradores do núcleo essencial de um conceito de *hate speech*. Deste modo, tem-se que um discurso de ódio estará caracterizado na presença dos seguintes elementos: (i) intenção consciente de proferir o discurso (elemento volitivo); (ii) ambição de propagação do discurso, ainda que a grupo restrito (pretensão de disseminação); (iii) discurso fundamentado em preconceito social (elemento odioso); (iv) grupo social determinado que seja política ou socialmente minoritário como objeto do discurso (alvo determinado).

As restrições conceituais acima consignadas merecem explicação. Em primeiro lugar, a intenção do agente em proferir conscientemente o discurso é necessária, haja vista que sem o elemento volitivo não se pode imputar ao agente a prática do ato odioso; assim, o eventual discurso decorrente de embriaguez, coação, ou qualquer outro fator que retire a vontade individual do agente, afastaria a caracterização do discurso de ódio, por ausência do elemento volitivo.

Em segundo lugar, a exteriorização ou pretensão de disseminação do discurso é necessária na medida em que o pensamento, enquanto tal, não atinge a integridade alheia, de modo que somente a socialização - ou compartilhamento - do pensamento odioso é que possui o condão de disseminar o ódio e ferir a dignidade alheia. Como explicam Cardin e Cazelatto, a concretização do discurso de ódio “pressupõe a sua publicidade, caso contrário, serão apenas pensamentos, sentimentos e ódio sem discurso (...)”.¹⁴¹

Em terceiro lugar, a existência do elemento odioso, por óbvio núcleo essencial do discurso de ódio, é o que o distingue do livre e legítimo exercício do direito à liberdade de expressão e também da crítica: naturalmente que, por exemplo, a crítica à produção intelectual de uma pessoa que se enquadra em vários grupos politicamente minoritários não se configura em discurso de ódio pelo simples fato de ser exercida contra tal pessoa; não se pretende a criação

¹⁴⁰ ARENDT, Hannah - **A promessa da política**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2008, p. 153.

¹⁴¹ CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino – **Discurso de ódio e minorias sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 95.

de qualquer imunidade à crítica fundamentada. Em último lugar, a delimitação das possíveis vítimas do discurso de ódio aos grupos que sejam politicamente (ou socialmente) minoritários é relevante na medida em que tal fato se desdobra na necessidade de maior proteção (justamente pela maior vulnerabilidade) e também na maior reprovabilidade da conduta, haja vista que é precisamente o pertencimento a tais grupos que enseja o discurso odioso, sempre marcado por certa dose de covardia na eleição do seu alvo.

Ressalte-se que, diferentemente do que sustenta parte da doutrina¹⁴², a partir da proposta conceitual acima exposta não se verifica a necessidade de incitação à violência física para existência de um discurso de ódio. Isto porque limitar a configuração do discurso de ódio apenas às hipóteses de incitação à violência física tornaria inócua a existência jurídica do próprio instituto, haja vista que a incitação à violência física, por si, já seria suficiente para configurar a ilicitude da conduta. De qualquer sorte, ainda que tal motivo não fosse suficiente para a exclusão da violência como fator determinante, cabe indagar se o discurso odioso não é, automaticamente, violento por essência: se ataca e fere a condição humana, a individualidade do sujeito, já não implicaria em conduta violenta? Ao que parece parte da doutrina¹⁴³ pressupõe (ainda que implicitamente) que a violência só existe na modalidade física, olvidando que o ataque à honra e à condição individual do agente já constitui em violência, ao menos contra a personalidade e a integridade moral da pessoa.

Relevante consignar que os discursos odiosos carregam consigo potencial de dano bastante significativo, na medida em que, como alerta Sarmiento, “o exercício da liberdade de expressão não é inofensivo”¹⁴⁴. Conforme expõe o autor, há uma série de danos oriundos dos discursos de ódio, como a angústia, a revolta, o medo e a vergonha, que podem ser psicossomatizados e atingir a dimensão do sofrimento físico propriamente. O quadro é agravado pelo fato de tais práticas odiosas serem dirigidas aos grupos sociais que já são vitimados pelo estigma social.¹⁴⁵

¹⁴² “La incitación directa o indirecta a la violencia es un requisito esencial para hablar de discurso del odio.” (ULLA, Juan Manuel López – Libertad de expresión y discurso del odio. **Revista Fragmentum**. N. 50 (jul-dez. 2017), p. 143.)

¹⁴³ “Sob influência de correntes filosóficas liberais, permite-se o discurso do ódio com a ressalva de que a ofensa não seja apta a desencadear uma iminente ação ilegal (...).” MEDRADO, Flávio Augusto Barreto – **Princípio da ofensa como parâmetro hermenêutico para um microssistema penal do discurso do ódio**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 33.

¹⁴⁴ SARMENTO, Daniel - A liberdade de expressão e o problema do hate speech. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, ano 1, no. 4, out./dez. 2006, p. 53-105.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

Ainda em consonância à exposição de Sarmento, tem-se que além do dano direto nas vítimas, também há dano no tecido social, na medida em que o preconceito é reforçado pelos discursos de ódio.

Deste modo, a repetição de afirmações desabonatórias sobre um determinado grupo social pode conduzir a uma manutenção do estigma, por atingir a percepção que a maioria tem sobre tais grupos discriminados, estimulando a discriminação, que passa a se retroalimentar.”¹⁴⁶

Gonçalves Fernandes leciona, na esteira do entendimento de J. Waldron, que os discursos de ódio provocam danos na dignidade das vítimas, na medida em que a necessidade de concessão de igualdade de respeito e consideração não é observada. Para o autor, verifica-se que a falta de deferência aos princípios da justiça (fomentada pelos discursos de ódio) gera pré-compreensões que são aviltantes à dignidade das minorias, o que lhes suprime a necessária consideração e igual respeito.¹⁴⁷

Deste modo, tem-se que os discursos de ódio são consubstanciados em preconceito social subjacente à conduta odiosa do agressor, que tem como alvo grupo determinado de pessoas que, a seu ver, não merecem reconhecimento e respeito por suas dignidades, o que gera dano direto à honra subjetiva (dignidade) em perspectiva individual e, em perspectiva social, o fortalecimento do preconceito coletivo pela estigmatização constante do grupo (minorias) a que pertença a vítima.

2.2 Vítimas recorrentes de discursos de ódio

Daquilo que já foi exposto a partir das diferentes leituras possíveis, constata-se que existem diferentes espécies de discurso de ódio no que diz respeito aos grupos alvo do ataque, sendo os mais evidentes os preconceitos de matiz sexista, LGBTfóbico (sobretudo homofóbico e transfóbico), racista e fundado em origem geográfica (sendo possíveis outros tantos, obviamente, como o religioso).

Rodríguez pontua que o ódio mais típico, que se verifica ao longo do curso da história da humanidade, é o ódio contra as mulheres.¹⁴⁸ Não há dúvidas de que, até hoje, as mulheres sofrem discriminação por conta do gênero: de violência doméstica a desigualdades

¹⁴⁶ SARMENTO, Daniel - A liberdade de expressão e o problema do hate speech. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, ano 1, no. 4, out./dez. 2006, p. 53-105.

¹⁴⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 509.

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ, Ignacio Álvarez – El discurso del odio sexista. **Revista Jurídica de Castilla y León**. N. 48 (mai. 2019), p. 46.

salariais, passando por jornada dupla de trabalho por conta de afazeres domésticos (socialmente impostos). Por conta de tal realidade de discriminação, muitas vezes de subjugação, há preocupação jurídica com a tutela do gênero feminino: “Em termos gerais, pode-se dizer que existe um discurso de ódio sexista. Sexo / gênero é uma das razões que foram adicionadas recentemente ao catálogo de razões que as leis de diferentes países no mundo sancionam o discurso de ódio”.¹⁴⁹

Como aponta Tina Chanter¹⁵⁰, desde que nascemos todos nós estamos condicionados ao enquadramento social: destinam-se as roupas azuis para os meninos e as roupas cor de rosa para as meninas; como brinquedos, às meninas são reservadas as bonecas e aos meninos os pequenos soldados; nas horas livres, futebol aos meninos e às meninas panels e atividades domésticas. Deste contexto fático e social percebe-se a existência de um arcabouço simbólico que, ao longo do tempo, vai moldando e definindo os papéis de cada gênero na sociedade, indicando que a superação deste paradigma não é uma tarefa simples, porquanto estão sedimentados por todos os espaços sociais, até mesmo no âmbito doméstico e familiar. Daniel Borrillo anota, a respeito, que “a literatura infantil raramente retrata um mundo paritário no qual meninos e meninas exercem atividades de forma igualitária”¹⁵¹, demonstrando que tal segmentação tem raízes profundas.

Já em 1949 Simone de Beauvoir apurava em sua obra *O Segundo Sexo*: “E, em verdade, basta passear de olhos abertos para comprovar que a humanidade se reparte em duas categorias de indivíduos, cujas roupas, rostos, corpos, sorrisos, atitudes, interesses, ocupações são manifestamente diferentes; talvez essas diferenças sejam superficiais, talvez se destinem a aparecer. O certo é que por enquanto elas existem com uma evidência total.”¹⁵²

Sabido é que as mulheres, simplesmente pela condição feminina, são frequentemente alvo das mais diversas modalidades de discriminação por parte dos homens, por vezes sequer reconhecidas de plano. O neologismo “*manterrupting*” - criado para dar nome à situação corriqueira em que o homem interrompe a fala de uma mulher - bem evidencia a prática, já ocorrida até mesmo em sessão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, e devidamente repreendida pela Ministra Cármen Lúcia.¹⁵³ A prática é corriqueira nos mais

¹⁴⁹ “En líneas generales puede decirse que el discurso del odio sexista existe. El sexo/género es uno de los motivos que recientemente se han añadido al catálogo de motivos que las legislaciones de los diferentes países del mundo sancionan por discurso de odio.” (RODRÍGUEZ, Ignacio Álvarez – El discurso del odio sexista. **Revista Jurídica de Castilla y León**. N. 48 (mai. 2019), p. 50.)

¹⁵⁰ CHANTER, Tina – **Gênero: conceitos-chave em filosofia**. Porto Alegre: Artmed, 2001, p. 9.

¹⁵¹ BORRILLO, Daniel - O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, V. 5 N° 2, (jul./dez. 2010), p. 293.

¹⁵² BEAUVOIR, Simone – **O segundo sexo: fatos e mitos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 11.

¹⁵³ Cármen Lúcia (Presidente): Ministra Rosa Weber, Vossa Excelência tem a palavra para voto.

variados meios e ensejou publicação¹⁵⁴ que constatou empiricamente que homens interrompem mais do que as mulheres e, além disso, os homens interrompem as mulheres mais do que interrompem os outros homens nos tribunais.¹⁵⁵

A prática obviamente não constitui discurso de ódio, mas torna flagrante a forma pela qual a mulher é constantemente subjugada socialmente, mesmo que de modo sutil ou involuntário, o que dá espaço para os discursos de ódio, na medida em que estes, como já visto, ocorrem sobre grupos sobre os quais já exista algum tipo de preconceito social. Pode-se perceber, a respeito, uma relação entre a prática do *manterrupting* com uma das consequências dos discursos de ódio, que é justamente o efeito silenciador sobre o grupo vitimado: como explica Fernandes, o grupo alvo pode “deixar de ter plena participação em diversas atividades sociais em virtude da citada desqualificação provocada, contribuindo, com isso, para diminuir a autoridade e a própria atuação das vítimas nos debates na sociedade civil”.¹⁵⁶

Will Kymlicka expõe, a respeito da luta feminista, que os estatutos antidiscriminação não resolvem o problema: “E as democracias liberais adotaram progressivamente estatutos antidiscriminação com o objetivo de assegurar que as mulheres tenham igual acesso à educação, ao emprego, ao cargo público etc. Estes estatutos antidiscriminação, porém, não propiciaram a igualdade sexual. Nos Estados Unidos e no Canadá, está aumentando a extensão da segregação de trabalho nas ocupações com pagamentos menores.”¹⁵⁷ Trata-se, como se pode perceber, de uma complexa estratificação social.

De modo muito mais explícito é o preconceito existente contra as pessoas transexuais (e, em especial, contra as mulheres transexuais, visto que estas são duplamente discriminadas).¹⁵⁸ A transexualidade, em síntese, pode ser definida pela vontade (ou mesmo

Luiz Fux: Concedo a palavra para o voto integral (risos).

Cármem: Como concede a palavra? É a vez dela votar. Ela é quem concede, se quiser, um aparte... Foi feita agora uma análise, só um parêntese. Foi feita agora uma pesquisa, já dei ciência à ministra Rosa, em todos os tribunais constitucionais onde há mulheres, o número de vezes em que as mulheres são aparteadas é 18 vezes maior do que entre os ministros... E a ministra Sotomayor [da Suprema Corte americana] me perguntou: como é lá? Lá, em geral, eu e a ministra Rosa, não nos deixam falar, então nós não somos interrompidas. Mas agora é a vez de a ministra, por direito constitucional, votar. Tem a palavra, ministra. (STF. RE 612043, Pleno, Maio 10, 2017)

¹⁵⁴ JACOBI, Tonja; SCHWEERS, Dylan - Justice, Interrupted: The Effect of Gender, Ideology and Seniority at Supreme Court Oral Arguments. **Virginia Law Review**. Vol. 103 (Out. 2017).

¹⁵⁵ Para uma abordagem especificamente sobre gênero no âmbito do Supremo Tribunal Federal: GOMES, Juliana Cesario Alvim - O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. **Revista Direito & Práxis**. Vol. 07, N. 15. (2016) p. 652-676 e GOMES, Juliana Cesario Alvim; NOGUEIRA, Rafaela; ARGUELHES, Diego Werneck. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres?. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, (2018) p. 854-876.

¹⁵⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 506.

¹⁵⁷ KYMLICKA, Will – **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 305.

¹⁵⁸ CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino – **Discurso de ódio e minorias sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 99.

necessidade) que a pessoa tem de pertencimento ao gênero oposto àquele que lhe foi atribuído quando do nascimento, com ulterior modificação corpórea – não necessariamente de ordem cirúrgica ou genital - para o gênero realmente vivenciado e almejado, em uma verdadeira adaptação para a realidade desejada.¹⁵⁹

Deste modo, afirma-se que a pessoa transexual não vivencia o gênero que lhe foi atribuído quando na infância: mesmo que se no nascimento tenha sido constatada a existência de órgão sexual masculino, o indivíduo se identifica como pertencente ao gênero feminino, isto é, vê-se como uma mulher (e efetivamente é uma mulher, porquanto a definição do gênero não é dada pelos genitais). Como revela Tina Chanter, “um transexual que se identifique como mulher pode ter pênis, mas agir como uma mulher, ter a aparência de uma mulher e querer ser uma mulher”¹⁶⁰; podemos afirmar, assim, que esta pessoa é mulher.

Assim, conforme o sujeito se identifique como pertencente ao gênero masculino ou ao gênero feminino, fala-se em identidade de gênero (que não se confunde com a orientação sexual), de modo que esta identidade, como afirmado, não mantém relação vinculativa com o sexo biológico (ou genital)¹⁶¹, nem mesmo a tutela jurídica dependerá da questão da redesignação (ou reafirmação) do órgão genital, não importando a eventual realização de intervenção cirúrgica.¹⁶²

O exercício da transexualidade perante o meio social é dado por meio de atos de natureza performativa, como sustenta Judith Butler¹⁶³, com os quais a pessoa pode adotar, exercer e vivenciar a sua autêntica identidade de gênero, desvinculando-se, deste modo, da condição sexual que lhe havia sido originariamente atribuída na infância por influência exclusivamente genital a partir da praxe socialmente estabelecida pela comunidade.

O processo de transição ao gênero diverso do atribuído na infância, evidentemente, é deveras complexo, visto que se adota um estilo de vida e de exercício da sexualidade em total descompasso daquilo que é prescrito socialmente; tem-se, com isso, motivo de uma série de preconceitos e ódios que serão vivenciados ao longo do percurso da

¹⁵⁹ VENTURA, Miriam – Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In RIOS, Roger Raupp (org) – **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 142.

¹⁶⁰ CHANTER, Tina – **Gênero: conceitos-chave em filosofia**. Porto Alegre: Artmed, 2001, p. 8.

¹⁶¹ SILVA, Tânia Maria Gomes – Um pouco mais sobre gênero. **Revista Nupem**. Campo Mourão, vol. 6 n° 11, pp. 127-142, (jul.dez. 2014), p. 136.

¹⁶² “The protection does not depend on a person having gender reassignment surgery or being under medical supervision (...).” FREDMAN, Sandra – **Discrimination law**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 93.

¹⁶³ “Como efeito de uma *performatividade* sutil e politicamente imposta, o gênero é um ‘ato’, por assim dizer, que está aberto a cisões, sujeito a paródias de si mesmo, a autocríticas e àquelas exibições hiperbólicas do ‘natural’ que, em seu exagero, revelam seu status fundamentalmente fantástico”. (BUTLER, Judith – **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 252.)

vida, já que, conforme narrado na tese de Esalba Silveira, “o sexo biológico passa a sinalizar o que a sociedade espera da família em relação aos padrões que irão regular a construção da identidade de gênero”¹⁶⁴, tornando o preconceito contra as pessoas transexuais presente desde o contexto familiar.

Até os dias atuais repercute-se, em Portugal, o lamentável caso vivenciado pela transexual Gisberta. No ano de 2006, por puro ódio, um grupo de algumas pessoas lançou o corpo de Gisberta ao fundo de um poço, depois de desferirem agressões contra a vítima. Ana Cristina Santos comentou que “Gisberta não morreu por ser transgênero; Gisberta foi morta por existir transfobia. (...) Trata-se de um preconceito inspirado pelo caldo patriarcal que remete para os campos do pecado e da doença tudo quanto escapa ao modelo estrito dos corpos domesticados e tranquilamente binários.”¹⁶⁵

Desde 2007 a lei portuguesa passou a estabelecer hipóteses de incidência para os crimes motivados por razão sexual; no Brasil, o legislador nunca tratou do tema da LGBTfobia¹⁶⁶, que foi recentemente equiparado ao racismo pelo Supremo Tribunal Federal para fins de enquadramento típico, com o seguinte fundamento:

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.¹⁶⁷

Interessante notar que no Brasil o Supremo Tribunal Federal, antevendo a polêmica discussão que seria travada no tocante à decisão por supostamente cercear a liberdade de expressão religiosa (considerando a recorrência de discursos homofóbicos de determinadas lideranças religiosas), expressamente fez constar do julgado que está assegurada a liberdade de expressão religiosa, as quais não serão consideradas ilícitas, ressaltando-se, porém, as hipóteses que possam configurar os discursos de ódio, estes considerados inadmissíveis:

¹⁶⁴ SILVEIRA, Esalba Maria Carvalho – **De tudo fica um pouco: a construção social da identidade do transexual**. Porto Alegre: PUCRS, 2006. Tese de doutoramento em Serviço Social, p. 201.

¹⁶⁵ SANTOS, Ana Cristina – A mão que empurra Gisberta (feita para apanhar, boa de cuspir). **Público**. Lisboa. (2 de Fev. 2018). p. 48.

¹⁶⁶ CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino – **Discurso de ódio e minorias sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 100.

¹⁶⁷ SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão do Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>.

A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.¹⁶⁸

Débora Chaves afirma que “liberdade é não ter medo”; desta forma, “enquanto os transgêneros [...] não puderem sair às ruas sem receio de serem violentados de qualquer forma, não há que se falar em liberdade”.¹⁶⁹ O ponto central é justamente este: muito se fala da liberdade de expressão, mas não se percebe que a liberdade de expressão de uns pode limitar a liberdade da simples vivência – ou existência - de outros. Trata-se de um preconceito arraigado socialmente que tenta rebaixar a qualidade moral das pessoas, não concedendo igual status de dignidade às pessoas que divergem da “norma” padronizada no tecido social, subjugando-as.

Como afirma Marco Turatti Junior, “o estigma social de algum tipo de preconceito coloca em xeque a identidade da pessoa que pratica a sua própria liberdade”.¹⁷⁰ Fundamental, nesse ponto, que se compreenda a respeito da tutela da liberdade de expressão de gênero enquanto liberdade democrática fundamental, como sustenta Butler¹⁷¹, visto que não haverá liberdade democrática plena se não houver livre expressão do próprio gênero perante a sociedade.

A respeito do preconceito social comumente enfrentado, Amara Moira narra sua vivência própria em relação ao preconceito por ser uma mulher trans: “Eu, no segundo ano da graduação em Letras, nenhuma experiência profissional anterior que me qualificasse e mesmo assim consegui o emprego... Hoje, terminando o doutorado em Teoria Literária na Unicamp, estudando a obra de James Joyce, um dos autores mais difíceis da literatura ocidental, e nenhum colégio me contrataria como professora.”¹⁷²

¹⁶⁸ SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão do Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>.

¹⁶⁹ CHAVES, Débora Caroline Pereira – **Afinal, quem sou eu para o Direito? Reflexões sobre a tutela do transgênero no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 236.

¹⁷⁰ TURATTI JUNIOR, Marco Antonio – **Reconhecimento jurídico-social da identidade LGBTI+**. Curitiba: Appris, 2018, p. 41.

¹⁷¹ BUTLER, Judith – O fantasma do gênero. **Folha de São Paulo**. (19 de Nov. 2017). p. 5.

¹⁷² MOIRA, Amara – Destino amargo. In MOIRA, Amara [et al]. **Vidas trans**. Bauru: Astral Cultural, 2017, p. 34

Algumas questões jurídicas que concernem à temática do preconceito sexual parecem tão banais que gera espanto perceber que somente em junho de 2020 a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a ilegitimidade da demissão de empregados pelo simples fato de ser gay ou transexual:

Às vezes, pequenos gestos podem ter consequências inesperadas. Grandes iniciativas praticamente os garantem. Em nossa época, poucas peças da legislação federal têm importância com a Lei dos Direitos Cíveis de 1964. Lá, no Título VII, o Congresso proibiu a discriminação no local de trabalho com base em raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade. Hoje, devemos decidir se um empregador pode despedir alguém simplesmente por ser homossexual ou transgênero. A resposta é clara. Um empregador que despede um indivíduo por ser homossexual ou transgênero despede essa pessoa por características ou ações que não teria questionado em membros de um sexo diferente.¹⁷³

Com efeito, deve-se garantir a singularidade individual de cada cidadão, a forma pela qual o indivíduo se reconhece e pretende ser reconhecido pelos demais membros da comunidade, acolhendo-se a ideia de Stela Barbas, no sentido de que “a pessoa humana, antes de estar com os outros, é ela mesma, e nesse sentido tem de ser respeitada”.¹⁷⁴ Nesse mesmo diapasão são também as análises de Jorge Reis Novais. O autor dá importância à noção da tutela da pessoa, admitindo, nesse sentido, a violação da dignidade da pessoa quando for constatado um tratamento aviltante que “se fundamenta simplesmente naquilo que a vítima é, no que pensa ou como vive”.¹⁷⁵ Ou seja, o ataque àquilo que é constitutivo da pessoa viola a sua dignidade.

Outra espécie comum de discurso de ódio diz respeito ao racismo perpetrado contra as pessoas negras, sendo verificado em diversas regiões do mundo. Não há dúvidas que os discursos de ódio são construídos a partir de preconceitos sociais pré-existentes ao ódio em si.

Assim, a segregação socialmente existente, com a naturalização de situações de desigualdade social por conta da cor é um catalisador para o fomento dos discursos odiosos, pois tornam o agressor ainda mais distante da vítima, por motivos que são socialmente estruturais.¹⁷⁶

¹⁷³ “Sometimes small gestures can have unexpected consequences. Major initiatives practically guarantee them. In our time, few pieces of federal legislation rank in significance with the Civil Rights Act of 1964. There, in Title VII, Congress outlawed discrimination in the workplace on the basis of race, color, religion, sex, or national origin. Today, we must decide whether an employer can fire someone simply for being homosexual or transgender. The answer is clear. An employer who fires an individual for being homosexual or transgender fires that person for traits or actions it would not have questioned in members of a different sex.” SUPREMA CORTE DOS EUA. **Caso Bostock vs Georgia**. [Em linha] [Consult 27 Dez 2020] Disponível em https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf.

¹⁷⁴ BARBAS, Stela – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 494.

¹⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana**. Volume 2. Coimbra: Almedina, 2017, p. 134.

¹⁷⁶ CARNEIRO, Sueli – **Escritos de uma vida**. São Paulo: Pólen, 2019.

A respeito da condição social das pessoas negras, Antonio Prata narrou suas percepções – como homem branco – rememorando seus círculos de convivência: “Em quase um quarto de século na labuta como escritor e roteirista, nunca trabalhei com um editor negro, um diretor negro, um roteirista negro. Nunca tive um chefe negro. Nunca recebi uma ordem de um negro. Nunca fui atendido por um médico negro, um dentista negro, um advogado negro, um psicanalista negro, nunca contratei os serviços de um arquiteto negro, um engenheiro negro, um designer negro. Nos restaurantes que eu frequento é extremamente raro encontrar pelas mesas um cliente negro. No apartamento em que eu moro há cinco anos nunca entrou uma pessoa negra que não fosse funcionária. Não lembro de haver cruzado no elevador do prédio com qualquer negro que não estivesse a serviço. (Até bem poucos anos estas pessoas negras estavam proibidas de entrar no mesmo elevador que eu).”¹⁷⁷

A narrativa efetuada por Adilson José Moreira igualmente demonstra que o homem negro é muitas vezes visto como um potencial agressor, pelo simples fato de ser um homem negro, o que evidentemente gera situações das mais repugnantes e lamentáveis, como a situação vivida pelo próprio autor e narrada (dentre outras tantas situações marcantes) em sua obra *Ensaio de Hermenêutica*. Assim descreve o autor a memória da sua marcante vivência: “Cerca de três anos atrás um amigo branco me convidou para um jantar para que ele pudesse me apresentar sua nova namorada. Eu descí do taxi e os vi sentados no restaurante do outro lado da rua. Sua namorada me viu aproximando da mesa, franziu o rosto imediatamente e pegou a bolsa que estava em cima da cadeira, colocou no colo e a protegeu com os dois braços. Meu amigo virou imediatamente para ver quem era já em uma posição de ataque. Eu me aproximei da mesa e disse a ele que o encontraria quando ele estivesse em melhor companhia. (...) Eles se casaram um ano depois. Ela está hoje sendo processada por desvio de verba pública.”¹⁷⁸

Grada Kilomba, mulher negra, expõe sua vivência relatando o preconceito constantemente sofrido: “A primeira vez que visitei a biblioteca de psicologia da Universidade Livre de Berlin, logo na entrada, quando eu estava passando, fui chamada de repente por uma funcionária branca, que disse em voz alta: ‘você não é daqui, é? A biblioteca é apenas para estudantes universitárias/os!’ Perplexa, parei.”¹⁷⁹ Nítida é a existência do preconceito social, a partir do qual fazem-se presunções sobre a condição do outro dentro da sociedade.

¹⁷⁷ PRATA, Antonio – Preto no branco. *Folha de São Paulo*. (19 de Jul. 2020). p. B6.

¹⁷⁸ MOREIRA, Adilson José – *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 175.

¹⁷⁹ KILOMBA, Grada – *Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019, p. 62.

Percebe-se, até mesmo, uma prevalência da violência policial contra as pessoas negras, as quais são igualmente as mais “selecionadas” para comporem o seletivo grupo de encarcerados pelo sistema penal (em diversos países). O recente movimento Black Lives Matter bem ilustra o fato, escancarando que para muitos não é aceitável ter-se, ainda hoje, o preconceito racial. A partir desse contexto de denúncia do racismo estrutural, a cantora Elza Soares popularizou a música “A carne”, afirmando que “a carne mais barata do mercado é a carne negra”.¹⁸⁰

Como já dito, é recorrente que o discurso de ódio se erige sobre o preconceito já existente no âmbito social; portanto, o reconhecimento de tal preconceito (e seu dimensionamento) se mostra essencial, sob pena de se incidir em lamentável lugar-comum de que não exista racismo.

A infâmia da escravidão é a prova autoevidente de que o racismo possui raízes muito profundas e sua efetiva superação não é simples. Juremir Machado expõe o cerne do problema, afirmando que “o racismo consolidou-se como uma postulação supostamente científica para tentar justificar a transformação de seres humanos em propriedades de seres humanos”.¹⁸¹

Em diferente cenário, o preconceito fundado na divergência de origem geográfica se apresenta como outro fator de disseminação de ódio, sendo desdobrado em duas vertentes: a discriminação subnacional, voltada a regiões do mesmo Estado e a discriminação internacional, que tem por alvo determinada nacionalidade, vista com desdém e certo asco por parte dos nacionais originários. Geralmente associada a um preconceito de má-reputação dos cidadãos com origem em país de condição econômica desfavorável.

Amartya Sen narrou em uma de suas obras a peculiar situação que vivenciou ao realizar a imigração em aeroporto londrino: “Há alguns anos, quando eu voltava à Inglaterra de uma breve viagem ao exterior (na época eu era diretor do Trinity College, em Cambridge), o funcionário do controle de imigração do aeroporto de Heathrow que examinou minuciosamente meu passaporte indiano fez uma pergunta filosófica de certa complexidade. Olhando para meu endereço no formulário de imigração (Residência do Diretor, Trinity College, Cambridge), perguntou-me se o diretor, de cuja hospitalidade eu evidentemente desfrutava, era um grande

¹⁸⁰ “Que vai de graça pro presídio / E para debaixo do plástico / Que vai de graça pro subemprego / E pros hospitais psiquiátricos (...) / Mas mesmo assim / Ainda guardo o direito / De algum antepassado da cor / Brigar sutilmente por respeito / Brigar bravamente por respeito / Brigar por justiça e por respeito / De algum antepassado da cor / Brigar, brigar, brigar”.¹⁸⁰ (SOARES, Elza. **A carne**. Videoclipe Oficial. 2017. [Em linha] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yktrUMoc1Xw>. Consult. 8 de ago de 2020.)

¹⁸¹ SILVA, Juremir Machado – **Raízes do conservadorismo brasileiro: a abolição na imprensa e no imaginário social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 172.

amigo meu. Isso me fez parar e pensar, porque não estava totalmente claro para mim se eu poderia afirmar ser um amigo de mim mesmo.”¹⁸²

Trata-se de situação que se agrava na atualidade por conta de dois fenômenos: a presença mais forte dos extremismos políticos, arraigados a um suposto nacionalismo¹⁸³ e “proteção” contra os imigrantes,¹⁸⁴ e a intensificação de fluxos migratórios¹⁸⁵ para países de melhor condição econômica.

Interessante notar que existe uma percepção de que estes imigrantes possam destruir a cultura local, ou acabar com os empregos destinados à comunidade originária. Comum, nesse sentido, que os cidadãos nativos acreditem que o percentual de imigrantes seja muitíssimo maior do que o real número. Inequívoco que há uma “visibilidade elevada” dos imigrantes, isto é, não passam despercebidos, de modo que sua presença causa certo desconforto, pelos mais variados motivos. Gera-se, com isso, um ciclo vicioso: como o ódio gera a marginalização social, com isolamento do convívio,¹⁸⁶ os imigrantes distanciam-se cada vez mais, vivendo em comunidades próprias e com interação reduzida; sendo “estranhos” (ou “diferentes”)¹⁸⁷, geram mais desconfiança na comunidade local, que, além de desconfiar das condutas dos imigrantes, imputa-lhes – o que é o pior – responsabilidades sobre atos dos quais não participam.¹⁸⁸

¹⁸² SEN, Amartya – **Identidade e violência: a ilusão do destino**. São Paulo: Iluminuras, 2015, p. 9,

¹⁸³ “O patriotismo, em sua forma ‘constitucional’, pode tornar-se, ao que parece, um assunto violento, cheio de som e fúria. A lealdade à lei do país exige ser suplementada pelo ódio ou pelos temores compartilhados.” (BAUMAN, Zygmunt – **Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 89).

¹⁸⁴ *Idem* – **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 19.

¹⁸⁵ “La crisis migratoria no ha estallado de repente, viene gestándose desde hace años y se radicalizó a partir de 2015, fecha en la cual Turquía abrió sus fronteras ante la imposibilidad de seguir sosteniendo a casi 10 millones de refugiados e inmigrantes (recuerdo que Pakistán, país pobre, también recibió a 10 millones de refugiados por causa de la guerra civil en Afganistán). Ha de tenerse en consideración que si la llegada de unos 4 millones de refugiados sirios se desató a partir de 2011 como consecuencia de la represión del gobierno sirio y de las matanzas provocadas por los enfrentamientos entre las diversas facciones; los flujos migratorios de indocumentados están directamente relacionados con la política global de la Unión Europea desde la adopción del Tratado de Maastricht, en 1991, y a partir del convenio de Schengen, en 1993. Ambos enuncian una política fronteriza común de contención de las migraciones de trabajo reforzada por la adopción del acuerdo de Dublín, en 2001, que gestiona tanto la llegada de inmigrantes como de refugiados.” (NAIR, Sami – Europa frente a la crisis migratoria. In **Derechos Humanos, Migraciones y comunidad local**. Sevilla: Fondo Andaluz de Municipios para la Solidaridad Internacional, 2017, p. 13.)

¹⁸⁶ MEYER-PFLUG, SamanthaRibeiro – **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 108.

¹⁸⁷ “Refugiados da bestialidade das guerras, dos despotismos e da brutalidade de uma existência vazia e sem perspectivas têm batido à porta de outras pessoas desde o início dos tempos modernos. Para quem está por trás dessas portas, eles sempre foram – como o são agora – estranhos. Estranhos tendem a causar ansiedade por serem ‘diferentes’ – e, assim, assustadoramente imprevisíveis, ao contrário das pessoas com as quais interagimos todos os dias e das quais acreditamos saber o que esperar.” (BAUMAN, Zygmunt – **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 13.)

¹⁸⁸ “Na opinião pública francesa, todos os muçulmanos – e, dentre eles, particularmente os jovens – são vistos como cúmplices de crimes cometidos sem a sua presença: são considerados culpados antes que qualquer crime tenha sido cometido.” (*Ibidem*, p. 42.)

Zygmunt Bauman aborda a complexa questão dos fluxos migratórios, constatando que “uma vez classificados pela opinião pública na categoria de potenciais terroristas, os migrantes se encontram além dos domínios e fora dos limites da responsabilidade moral – e, acima de tudo, fora do espaço da compaixão e do impulso de ajudar.”¹⁸⁹ Portanto, necessário que haja um esforço para a devida inclusão e respeito aos imigrantes, com políticas públicas efetivas.¹⁹⁰

2.3 Jurisprudência comparada

Ao redor do mundo, diversas são as compreensões a respeito do grau de importância da liberdade de expressão. Em pesquisa relatada por Ash¹⁹¹, questionou-se aos entrevistados: “Se tivesse de escolher, qual das coisas que estão neste cartão diria que é mais importante?” As quatro afirmações possíveis eram: “manter a ordem na nação”, “combater o aumento dos preços”, “dar mais voz às pessoas nas decisões importantes do governo” e “proteger a liberdade de expressão”. Se forem agregadas as duas últimas possibilidades (visto que ambas são diretamente favoráveis à livre expressão), o resultado será, em relação às respostas que dão prioridade à liberdade de expressão: mais de 60% na Suécia; mais de 40% nos EUA; entre 30 e 40% no Japão e na Turquia; menos de 20% no Egito e na China.

Outra pesquisa¹⁹², de resultados surpreendentes, questionou aos entrevistados se estavam de acordo com a seguinte afirmação: “O governo deve decidir se certas ideias devem ser autorizadas a ser discutidas na sociedade”. Entre os que concordam com tal afirmação (parcial ou totalmente) estão mais de 80% dos entrevistados na Mongólia e mais da metade nas Filipinas e na China.

As pesquisas demonstram com nitidez que a compreensão a respeito dos benefícios da liberdade de expressão não é homogênea no mundo, havendo até mesmo nações que tendem a não a defender do modo como se entende banal nas democracias ocidentais consolidadas.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 38.

¹⁹⁰ “Cualquier política antidiscriminatoria dirigida a las personas de origen migrante que pretenda tener efectos transversales debe poner el foco en la erradicación de dos exclusiones: la que les impide el acceso a la ciudadanía plena y aquella que tiene una dimensión más social y material.” (JIMÉNEZ, Carlos Arce – La discriminación sistémica respecto a las personas de origen migrante en España. *Huri-Age*. N. 9, (2020), p. 17.)

¹⁹¹ ASH, Timothy Garton – **Liberdade de expressão: dez princípios para um mundo interligado**. Lisboa: Temas e Debates, 2017, p. 125.

¹⁹² ASH, Timothy Garton – **Liberdade de expressão: dez princípios para um mundo interligado**. Lisboa: Temas e Debates, 2017, p. 126.

\\Mas se é verdade que, como visto anteriormente, é padrão nas democracias constitucionais a tutela da liberdade de expressão com alta força hierárquica, também é correto afirmar que cada ordenamento jurídico confere diferentes intensidades de proteção em diferentes contextos de conflitos de direitos.

Isto ocorre porque, a despeito da consagração do direito em tela (liberdade de expressão), a cultura jurídica de cada Estado é fundada, construída e aprimorada a partir de diferentes vivências históricas, o que encaminha a compreensão jurídica para pontos divergentes. Assim como a compreensão da liberdade de expressão é divergente entre a Mongólia e a Suécia (o que não causa tanto espanto, haja vista que a Mongólia aderiu à democracia apenas na década de 90), também pode ser diferente entre Alemanha e EUA (ainda que ambos compartilhem valores democráticos). Para entender as sutilezas que distanciam as compreensões em nações com um ambiente plenamente democrático e com sólidas instituições, há que se perquirir as raízes da norma, como explica João dos Passos Neto.¹⁹³

Em outras palavras, significa dizer que, dependendo da história de um povo, diferente será sua compreensão jurídica dos temas que se apresentem; cada ordenamento jurídico carregará consigo as marcas do tempo daquele povo.

Como sustenta Marcus Paulo Rycembel Boeira, a respeito daquilo que é herdado pelas constituições quanto às tradições: “Uma Constituição não é uma plataforma frígida de significados inalteráveis. Antes, reproduz elementos metajurídicos herdados das tradições de um povo, símbolos e dados que já estavam contidos na história e nas narrativas da sociedade”.¹⁹⁴

Deste modo, propõe-se uma breve análise a respeito das diferentes compreensões jurídicas sobre a liberdade de expressão, sobretudo entre os contextos da Alemanha e Estados Unidos da América, por serem considerados, dentre os regimes democráticos ocidentais, os dois polos que se contrapõem na ideia de limitar, ou não, a liberdade de expressão.

Já foi dito que a cultura e a história de um povo condicionam sua estrutura jurídica. É, portanto, facilmente compreensível por que motivo a Alemanha recebe forte influência do ideário comunitarista, em contraponto ao ideário liberal que regerá a jurisprudência estadunidense.

¹⁹³ “A filosofia política é capital neste ponto. As constituições asseguram o direito, mas os seus fundamentos não são indicados. Eles não estão na superfície da norma, mas nas suas profundezas. (...) os argumentos filosóficos sobre as razões de proteção são de considerável importância para a interpretação e aplicação constitucionais em qualquer democracia, sobretudo considerando os termos normalmente vagos da enunciação normativa e a coincidência das lutas históricas contra a opressão.” (MARTINS NETO, João dos Passos – **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008, p. 48.)

¹⁹⁴ BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel – O liberalismo constitucional na Espanha e em Portugal. In **A Escola de Salamanca e a fundação constitucional do Brasil**. São Leopoldo: Unisinos, 2018, p. 131.

Winfried Brugger descreve situação hipotética na qual um cidadão profere os seguintes dizeres, nos degraus do Capitólio, em Washington: “Acordem, massas cansadas, eu tenho quatro mensagens que é melhor vocês ouvirem, entenderem e compartilharem! Primeiro, nosso Presidente é um porco! (...) Segundo, todos os nossos soldados são assassinos. Terceiro, o Holocausto nunca aconteceu. Quarto, afroamericanos usam a mentira da escravidão para extorquir dinheiro do governo americano, da mesma forma que os judeus usam a mentira do Holocausto para extorquir dinheiro da Alemanha. Alguma coisa tem que ser feita sobre isso!”¹⁹⁵

Os dizeres chamam a atenção pela contundência das afirmações; o que Brugger destaca, porém, é a diferença de tratamento que tal discurso hipotético teria em distintas jurisdições: “Ditas dos degraus do Capitólio americano, todas as quatro mensagens estariam protegidas pela Primeira Emenda”, entretanto acaso fossem “ditas dos degraus do Reichstag alemão, todas as quatro mensagens acarretariam persecução penal.”¹⁹⁶

Ainda que obviamente a Alemanha respeite e venere a plena e desembaraçada liberdade de expressão, quando o assunto é relacionado aos discursos de ódio, sua jurisprudência pende para a tutela da comunidade (e não da livre expressão), admitindo, deste modo, limites ao direito constitucional da liberdade de expressão. A divergência normativa é flagrante, como mostra Melo Chaves: “A Lei Fundamental alemã, diversamente da Constituição americana, protege expressamente dignidade, no artigo 1º (1); o direito à personalidade, no artigo 2º (1) e o direito à honra pessoal no artigo 5º (2), conferindo-lhes maior prevalência contra o discurso do ódio e pressupondo um limite à liberdade de expressão.”¹⁹⁷

Como consigna Cavalcante Filho, em obra dedicada à comparação das jurisprudências sobre os discursos de ódio, “o Tribunal Constitucional Federal alemão termina por reforçar as ideias de dignidade e honra, em detrimento da liberdade de expressão”¹⁹⁸. O que demonstra o estudo do autor é que a ponderação empreendida pelo Tribunal Constitucional só se volta à tutela da liberdade de expressão nas hipóteses fáticas nas quais não está em jogo a honra alheia; quando a honra é posta em xeque, o Tribunal prefere a tutela desta do que da livre expressão, como expõem Alves e Misi.¹⁹⁹

¹⁹⁵ BRUGGER, Winfried – Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Direito Público**. N. 15, (jan./mar. 2007), p. 117-136.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ MELO, Ana Patrícia Vieira Chaves - **Discurso do ódio nas redes sociais no Brasil: análise da possibilidade e legitimidade de controle legislativo, administrativo e judicial ante o tratamento constitucional e internacional**. São Cristóvão: UFSE, 2019, p. 90. Dissertação de mestrado.

¹⁹⁸ CAVALCANTE FILHO, João Trindade – **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 130.

¹⁹⁹ “Segundo o entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão, diante de uma colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, consequência comum do discurso externalizador de ódio, o Estado

Como é consabido, a sociedade alemã tem de lidar com o lamentável fato histórico do Holocausto, o qual por certo causa vergonha e inquietação à consciência de qualquer ser humano. Em razão de tal passado macabro, e como forma de proteger ao menos a memória e a própria História, o direito alemão não admite a negação do Holocausto.

O caso Irving é exemplar a respeito da compreensão do direito alemão acerca do assunto. David Irving, revisionista inglês, proferiria palestra em território alemão, quando sobrevieram exigências por parte da Administração: deveria ser pontuado no início da palestra o caráter criminoso da negação do Holocausto, bem como não poderia ser dito nada que fosse uma negação das perseguições aos judeus durante o período nazista.

O caso, após exame dos tribunais ordinários – que entenderam pela legitimidade das restrições à liberdade de expressão – foi apreciado pelo Tribunal Constitucional Federal. O Tribunal, a seu turno, adotou o entendimento segundo o qual o indivíduo tem sim o direito de ter sua própria opinião; entretanto, não é dado ao indivíduo o direito de ter seus próprios fatos. Significa dizer, em outras palavras, que uma vez que seja consabido que houve o Holocausto, sua negação não pode ser permitida. Conforme exposição realizada por Cavalcante Filho, “assume-se a legitimidade de o Poder Público colocar fora de discussão alguns temas ou fatos – no caso, a perseguição aos judeus durante o Terceiro Reich”²⁰⁰.

Convém rememorar que a negação do Holocausto constitui tipo penal na Alemanha, tendo em vista o interesse jurídico em se tutelar a dignidade (e a memória) das vítimas desta ignomínia. Mas, além disto, como pondera Cavalcante Filho²⁰¹, há aqui o interesse em proteger também o grupo social ao qual pertencem as vítimas, tendo em vista que a postura discursiva do negacionista é afrontosa também à ideia de pertencimento àquele grupo vitimado. De tal elemento extrai-se com nitidez o ideário comunitarista que norteia a compreensão jurídica sobre o assunto na Alemanha.

não deve apresentar um discurso neutro, mas sim buscar evitar a propagação do pensamento odioso, declarando, em muitos casos, a rendição da liberdade de expressão para que prevaleça a dignidade humana, valor hierarquicamente superior na ordem jurídica alemã.” (ALVES, Ayala do Vale Alves; MISI, Márcia Costa – Da liberdade de expressão ao discurso do ódio: uma análise da adequação do entendimento jurisprudencial brasileiro à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. N. 35 (dez. 2016), p. 156.)

²⁰⁰ CAVALCANTE FILHO, João Trindade – *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 133.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 135.

Nesse diapasão, há que se notar também que, como aponta Cavalcante Filho, esta dinâmica jurídica vai além do código jurídico estrito (circunscrito à licitude/ilicitude), incluindo também um elemento de caráter político (com a dicotomia entre maioria/minorias) e, ademais, um elemento de cunho moral (ao distinguir certo/errado).²⁰²

O autor identifica, a partir dos precedentes alemães, outros elementos que são indicativos da proximidade com o comunitarismo: “[...] é possível identificar como diretamente relacionados ao comunitarismo os termos/expressões ‘relação pessoal especial com os concidadãos’, ‘responsabilidade moral especial’, além da ideia várias vezes repetida de pertencimento ao grupo. Em outras palavras: toda a argumentação pela ilegitimidade da negação do Holocausto gravita, em última análise, em torno de argumentos político-morais do comunitarismo.”²⁰³

O caso *Tucholski*, também conhecido como “soldados são assassinos” (“Soldaten sind Mörder”), põe à prova a coerência e os fundamentos que são adotados pela jurisprudência alemã: se é reconhecido como ilegítimo o discurso negacionista (ao argumento de que fere um grupo determinado de pessoas), seria também ilegítimo afirmar que “soldados são assassinos” (imputando a este grupo de pessoas um fato moralmente negativo)?

O Tribunal entende que não. A ideia distintiva entre os dois casos é o tipo de grupo que recebe a ofensa e a natureza desta: não há dúvidas de que a ofensa dirigida a judeus tem uma contundência muito maior (sobretudo pelo elemento histórico envolvido e pela fragilidade do grupo) do que a afirmação de que soldados são assassinos, o que é uma forma contundente de tentar promover justamente uma ideia pacifista – ainda que de discutível pertinência – e não tem a intenção subjetiva de causar dor ou promover o ódio contra este grupo.

Em suma, percebe-se que na Alemanha há uma nítida orientação jurisprudencial associada à conjuntura histórico-política: em razão dos fatos ocorridos no período totalitário, a nação opta por direcionar o sistema jurídico para uma leitura comunitarista quando o assunto diz respeito a ataques (ainda que discursivos) voltados a grupos vulneráveis, como é o caso da comunidade judaica.

Se é fato que a jurisprudência alemã se preocupa com a tutela dos grupos vulneráveis, com orientação comunitarista, verifica-se no âmbito estadunidense o inverso: preocupação com a tutela da liberdade extrema do indivíduo, com inspiração política francamente liberal. Nesse sentido, Díaz afirma que “um dos melhores expoentes da abordagem

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*, p. 136.

liberal hoje são os Estados Unidos”²⁰⁴. Gonçalves Fernandes sintetiza, sustentando que nos EUA a liberdade de expressão é mais ampla.²⁰⁵

Assim como a história alemã justifica a opção pela tendência comunitarista, também se pode afirmar que a história norte-americana explica as razões pelas quais aquela comunidade tende à leitura liberal do direito, ou seja, com maior ênfase à tutela do direito individual (liberdade), em detrimento da tutela do grupo. Há, como será visto, um apego à ideia do livre mercado de ideias, com evidente aderência à filosofia política liberal, decorrente do pensamento de Mill e outros autores convergentes: “ela sustenta que uma sociedade que permite a livre troca de ideias oferece o melhor ambiente para o surgimento da verdade”²⁰⁶.

A respeito da preponderância da liberdade no contexto norte-americano, Chaves Melo expõe que dentre os fatos que justificam tal aspecto estão: a preferência da liberdade sobre a igualdade, o individualismo e a liberdade negativa que deriva do pensamento de Locke. Deste modo, o autor sustenta que a liberdade de expressão é compreendida como um direito que pertence ao indivíduo (sendo tal direito oponível contra o Estado), consolidado pela Primeira Emenda, que impede o governo de realizar qualquer interferência quanto à livre expressão dos cidadãos que integram a comunidade. Não se trata, deste modo, de um dever positivo do Estado para facilitar ou mesmo fomentar e financiar a transmissão de ideias, mas apenas de um aspecto negativo, constitutivo de um dever de abstenção.²⁰⁷

Percebe-se, entretanto, que há basicamente dois pilares de sustentação de tal postura liberal: de um lado, a concepção de que as ideias devem circular livremente porque esta seria a melhor forma de gerir tal liberdade, com o intuito de se chegar à verdade; de outro lado, adeptos de um liberalismo mais radical, sustentam a ausência de legitimidade do Estado para imiscuir-se no discurso alheio, isto é, entendem que a postura do Estado deve ser de absoluta neutralidade no tocante à análise de mérito – ou conteúdo – do discurso dos cidadãos.

²⁰⁴ DÍAZ, Álvaro Paúl – La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 38, n. 2 (2011), p. 577.

²⁰⁵ “Enquanto na maioria dos países democráticos interpreta-se o direito à liberdade de expressão como não englobando pelo discurso de ódio (portanto, no sentido da validade de leis que proíbem esse tipo de discurso), a jurisprudência norte-americana, diferentemente, interpreta de modo mais amplo o espaço de liberdade de expressão.” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 507.)

²⁰⁶ DÍAZ, Álvaro Paúl – La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 38, n. 2 (2011), p. 576.

²⁰⁷ MELO, Ana Patrícia Vieira Chaves - **Discurso do ódio nas redes sociais no Brasil: análise da possibilidade e legitimidade de controle legislativo, administrativo e judicial ante o tratamento constitucional e internacional**. São Cristóvão: UFSE, 2019, p. 79. Dissertação de mestrado.

A jurisprudência norteamericana passou por uma série de evoluções ao longo do século XX, não havendo uma homogeneidade de compreensão – muito embora sempre pautada pela linha liberal. O escopo aqui não é o de uma profunda análise da evolução desta jurisprudência (assunto que mereceria estudo próprio)²⁰⁸, mas sim uma exposição geral de alguns dos principais aspectos que nortearam as compreensões sobre a liberdade de expressão e suas limitações de acordo com o direito americano.

Uma divisão dogmaticamente possível da atuação jurisdicional americana ao longo do tempo a respeito do controle da liberdade de expressão seria a seguinte: limitação do discurso sem análise do conteúdo deste (*content neutral regulation*) e limitação do discurso com análise do conteúdo do discurso (*content based regulation*).

Quanto ao primeiro tipo (*content neutral*), entende-se que não se proíbe o conteúdo do discurso, admitindo-se, entretanto, que o legislador crie regulações para situações concretas, a respeito do tempo, lugar e forma (*time, place and manner*) de realização do ato discursivo. Assim, caberia ao legislador estipular, por exemplo, limites quanto a bairros, horários etc. Tais restrições têm como finalidade, sobretudo, preservar a paz pública e a privacidade dos cidadãos em geral. Com este fundamento decidiu-se já pela limitação do volume de música reproduzida no Central Park.²⁰⁹

Ainda no tocante à regulação *content neutral*, existe a análise das “condutas expressivas”, que não são propriamente discursos, mas métodos de expressão tidos por não usuais. Tem-se como exemplo das formas de expressão não típicas a queima pública de bandeiras e símbolos, o direito de pernoitar em locais públicos, andar despido etc. Muitas destas formas de expressão são simbólicas e tem a intenção de encaminhar um tipo de recado às autoridades, o que se via com maior intensidade no período da Guerra do Vietnã, com a queima simbólica – e de polêmica e controversa licitude – de cartas de convocação ao alistamento.²¹⁰

Em relação ao controle *content based*, tem-se uma postura muito cautelosa da Suprema Corte: isto porque a regulação do discurso que esteja baseada no seu conteúdo pode ferir frontalmente a liberdade de expressão, na medida em que, levado às últimas consequências, faria com que um juiz decidisse quais discursos são lícitos e quais não o são.

²⁰⁸ HERRERA, David Martín – **Extreme speech y libertad de expresión: análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense**. Madrid: Dykinson, 2018; WALKER, Samuel – **Hate speech: the history of an american controversy**. Lincoln: University of Nebraska Press, 1994.

²⁰⁹ HERRERA, David Martín – **Extreme speech y libertad de expresión: análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense**. Madrid: Dykinson, 2018, p. 62.

²¹⁰ HERRERA, David Martín – **Extreme speech y libertad de expresión: análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense**. Madrid: Dykinson, 2018, p. 63.

De qualquer modo, a Suprema Corte traça uma divisão entre categorias de discursos que não possuem proteção e os que possuem proteção limitada.

A respeito das expressões não tuteladas pela Suprema Corte, destacam-se os atos obscenos e a pornografia infantil, bem como os discursos que constituem *fighting words*, isto é, incitações ao cometimento de ato criminoso. Já em relação às formas de expressão com tutela limitada, encontram-se a pornografia (excetuando-se a infantil, como acima consignado), a difamação, a invasão de privacidade, o discurso ofensivo. Percebe-se que há uma graduação valorativa entre os dois grupos de expressões, sendo que aquele valorado negativamente ao extremo não recebe tutela alguma: ninguém pode valer-se de um suposto direito à liberdade de expressão para difundir a pornografia infantil, por exemplo. Trata-se de área sobre a qual não existe a liberdade de expressão, havendo consenso social a respeito.

Alguns casos concretos analisados pelos tribunais americanos mostram-se paradigmáticos e de extrema valia para a visualização da compreensão jurisprudencial a respeito dos limites da liberdade de expressão.

O caso *Brandenburg vs. Ohio* cuidou da lamentável postura de um fazendeiro que era defensor da supremacia branca e da suposta inferioridade dos negros e dos judeus, sendo tais atos discursivos transmitidos em evento da Ku Klux Klan.

Sobreveio, pelas instâncias ordinárias, a condenação criminal do fazendeiro, por entender-se que o tom inflamado era propenso ao incentivo de atos de violência (*fighting words*), estando, portanto, fora do âmbito de legítima proteção do discurso. A Suprema Corte, entretanto, adotou postura oposta: compreendeu que os atos discursivos do fazendeiro não incitavam diretamente a violência, não se podendo, portanto, afastar a proteção constitucional à liberdade de expressão, a qual somente poderia ser suprimida legitimamente se tivesse havido perigo claro e iminente de dano (*clear and present danger*), o que entenderam não estar configurado no caso.²¹¹ Percebe-se claramente, de modo subjacente à decisão da Suprema Corte, a ideia política de que não é dado ao Estado o direito de imiscuir-se no teor ideológico do discurso dos cidadãos, mesmo que sejam repulsivos.²¹² Há, portanto, uma opção de natureza

²¹¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade – **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 98.

²¹² A respeito da evolução da jurisprudência americana e suas contradições, Cavalcante Filho consigna importantes observações: “Embora a ideia da neutralidade do estado e da sacralidade da liberdade de expressão seja substrato ideológico nítido da Primeira Emenda, a adoção desse argumento ou o afastamento de sua utilização deu-se, ao longo do tempo, ao sabor da ideologia política predominante. Quando predominava a ideia de que seria necessário limitar a liberdade de expressão, em tempos de instabilidade política, superou-se essa sacralidade da liberdade (*clear and present danger*). Depois, quando as ideias liberais ‘puras’ voltaram a prevalecer sobre o utilitarismo típico de tempos de instabilidade, a ideia da sacralidade do pensamento e da liberdade de expressão voltou a ser utilizada.” (*Ibidem*, p. 100.)

política pela limitação do poder de interferência do Estado – em harmonia com a cultura e a história da comunidade.

O caso Skokie, ocorrido nos Estados Unidos na década de 1970, na aldeia de Skokie, em Illinois, põe em relevo a discussão sobre os limites das manifestações públicas. De acordo com Herrera, este caso passou a simbolizar a política constitucional de resposta aos discursos de ódio nos Estados Unidos.²¹³ Um grupo de pessoas integrantes de um movimento nazista decidiu fazer uma manifestação, com palavras de ordem e símbolos como a suástica, em um bairro eminentemente habitado por judeus. A pretendida manifestação foi impedida pelo judiciário local, a pedido da administração municipal; entretanto, os manifestantes nazistas – paradoxalmente fazendo valer os direitos de uma democracia – apresentaram recurso à instância superior.

Novamente sem êxito, os nazistas levaram o caso à Suprema Corte, alegando ofensa à Primeira Emenda. A decisão versou basicamente sobre questões processuais, mas, ainda que sem exame aprofundado da questão, foi favorável à pretensão dos manifestantes, confirmando-se, conforme Calvalcante Filho, “a tendência da Suprema Corte americana a defender a prioridade da liberdade de expressão sobre a dignidade e a proteção à honra (no caso, dos Judeus residentes em Skokie)”²¹⁴. Percebe-se, a propósito, que a decisão seguramente seria outra se o caso fosse apreciado pelas autoridades judiciais alemãs, tendo em vista o diferente parâmetro hermenêutico.

Ainda no cenário norte-americano, a possibilidade de se proceder à queima da bandeira nacional causou polêmica no final da década de 1980, quando Johnson, em um ato político contrário ao governo do presidente Ronald Reagan, adotou tal postura. O ato, considerando desrespeitoso à bandeira, rendeu-lhe o enquadramento penal com consequente cominação de pena de prisão pela instância ordinária. A pena foi rechaçada pelo tribunal local, mas o caso ainda foi à Suprema Corte mediante recurso do Estado do Texas. O resultado foi favorável ao manifestante, sendo vencedor o argumento de que “o governo não pode proibir a expressão verbal ou não verbal apenas porque a sociedade a considera ofensiva ou desagradável”²¹⁵. O resultado, como se percebe, é nítida decorrência da adoção de um matiz

²¹³ HERRERA, David Martín – **Extreme speech y libertad de expresión: análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense**. Madrid: Dykinson, 2018, p. 180.

²¹⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade – **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 105.

²¹⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade – **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 115.

liberal de pensamento, em sintonia com os pilares político-filosóficos da fundação dos Estados Unidos.

No caso *R.A.V. vs. Saint Paul* um jovem procedeu à queima de uma cruz de madeira no jardim de uma família negra, recém chegada ao bairro – com clara associação às queimas promovidas pela Ku Kux Klan. O ato não foi considerado ilegal pelas instâncias ordinárias, que entenderam pela inconstitucionalidade da lei local (que em tese tipificaria a conduta) ao argumento de que a Primeira Emenda se imporia, assim como a ideia de não se poder aferir o conteúdo da conduta expressiva (*content based*). A Corte local, todavia, reformou a decisão, por entender que a conduta estaria inserida no contexto de *fighting words* e, portanto, não tutelada pela Primeira Emenda. Em nova reviravolta, a Suprema Corte retoma o entendimento de que a liberdade de expressão não poderia ser tolhida com base na análise de conteúdo: significa dizer que não haveria legitimidade para o Estado impedir o ato, mesmo que preconceituoso, apenas por conta de uma análise de conteúdo.

Conforme leciona Cavalcante Filho, a forma pela qual cada jurisdição realiza a análise do conflito de direitos que envolve a liberdade de expressão dá-se a partir de um domínio que é nitidamente influenciado por razões de ordem política. De acordo com o entendimento exposto pelo autor, existe uma relação entre o âmbito político e o âmbito jurídico na jurisprudência: “A própria forma de ‘ler’ a tensão entre o discurso de ódio e os danos por ele causados é moldada pela ideologia política dominante em cada país. E, ainda mais, a leitura estrutural desse conflito influencia decisivamente a decisão *jurídica* a ser tomada.”²¹⁶

Com efeito, pode-se afirmar que a evolução da jurisprudência norte-americana no tocante à liberdade de expressão não se mostrou uniforme ao longo do último século, como exemplificado pelos casos acima retratados. A tendência foi de, ao longo do tempo, adotar cada vez mais um matiz de orientação liberal, isto é, uma compreensão jurídica mais voltada à tutela das liberdades individuais do que à tutela da comunidade de um modo geral – ponto de interesse quando o conflito de direitos diz respeito ao discurso de ódio (honra e dignidade dos ofendidos). O Estado, no contexto norte-americano, não é visto por aquela comunidade política como digno do direito de aferição de quais expressões sejam convenientes ou não – diferentemente do que ocorre no contexto alemão, no qual a possibilidade de intervenção do Estado se mostra presente em maior grau, como visto anteriormente.

Ronald Dworkin assim expõe seu pensamento a respeito do constitucionalismo norte-americano: “Nossa Constituição, poderíamos dizer, deve nos impingir o critério

²¹⁶ *Ibidem*, p. 100.

profilático de que a melhor maneira de exercer a democracia, a longo prazo, é uma lei que proíba ao governo qualquer poder de tentar aprimorá-la, de vez em quando, por meio da restrição à liberdade das pessoas de dizerem o que quiserem quando e com que frequência lhes aprouver.”²¹⁷

Entretanto, não se pode olvidar que sempre há algum elemento político nas decisões proferidas pelas cortes constitucionais, motivo pelo qual Herrera provoca a reflexão ao questionar em sua obra se a tolerância pregada pelo constitucionalismo norte-americano no tocante à liberdade de expressão também estaria presente se radicais islâmicos resolvessem manifestar-se pelas ruas de Manhattan.²¹⁸

O Brasil não possui registros de casos significativos para consolidação de uma jurisprudência a respeito dos discursos de ódio²¹⁹; entretanto, pode-se afirmar que a tendência do Supremo Tribunal Federal seja no sentido da tutela da dignidade em detrimento da livre expressão.

O precedente de maior relevância histórica é o *Caso Ellwanger*, oriundo do julgamento de uma ação de *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, que transcorreu durante os anos de 2002 a 2004. Referido caso versa sobre o direito de um cidadão, senhor Siegfried Ellwanger, expor em livro sua versão sobre fatos históricos. O problema específico era que em tal obra o autor pretendia demonstrar a sua teoria negacionista a respeito da suposta inexistência do Holocausto, invertendo a História para tentar demonstrar que, a seu ver, o verdadeiro extermínio teria sido do povo alemão, e não do povo judeu.

O autor foi denunciado pelo Ministério Público por incitação ao racismo e absolvido em primeira instância; após, sofreu condenação pelo tribunal local. O caso chegaria, então, à máxima instância para aferição da constitucionalidade da condenação criminal havida, de modo que não houve unanimidade de votos – evidenciando a polêmica que versa sobre a matéria.

O Supremo Tribunal Federal, ainda que com diversos fundamentos (haja vista que os votos dos ministros são autônomos), compreendeu que o réu havia incidido no tipo penal que lhe fora imputado, não estando sua conduta, portanto, albergada pelo direito constitucional de liberdade de expressão, porquanto esta não tutela a manifestação de índole racista. Deste

²¹⁷ DWORKIN, Ronald – **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 517.

²¹⁸ HERRERA, David Martín – **Extreme speech y libertad de expresión: análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense**. Madrid: Dykinson, 2018, p. 205.

²¹⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade – **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 150.

modo, equiparou-se, com certa polêmica, os dizeres a respeito do povo judeu ao racismo – que, até então, pela cultura jurídica vigente, limitava-se ao enquadramento da tutela das pessoas negras. Nas palavras de Celso Lafer, “o STF subsumiu a conduta anti-semita de Ellwanger no crime de prática do racismo”²²⁰. Trecho da ementa do precedente é bastante esclarecedor sobre o raciocínio empreendido para o enquadramento do fato como racismo: “A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.”²²¹

Na sequência, tem-se a explicação jurídica da razão pela qual o Tribunal entendeu pela prevalência do direito à honra, em detrimento da tutela jurídica do direito à livre expressão (também tutelada constitucionalmente):

Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.²²²

Cavalcante Filho expõe que “a própria utilização do juízo de ponderação para decidir uma questão de enquadramento típico penal é bastante controversa”²²³, visto que tal raciocínio jurídico, no âmbito do direito penal, gera insegurança jurídica.

Interessante mencionar que, como expõe Cavalcante Filho, se é notório que a jurisprudência norte-americana tende a pautar-se por um ideário liberal, ao passo que a

²²⁰ LAFER, Celso – **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005, p. 4.

²²¹ SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão do Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000001284&base=baseQuestoes>

²²² SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão do Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000001284&base=baseQuestoes>

²²³ CAVALCANTE FILHO, João Trindade – **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 176.

jurisprudência alemã tende à visão comunitarista, não existe no Brasil uma predominância ideológica, razão pela qual a própria decisão do Caso Ellwanger contém uma gama de fundamentos divergentes entre si, para além da falta de consenso quanto ao próprio julgamento.²²⁴

²²⁴ *Ibidem*, p. 177.

3 A dignidade como limite à liberdade de expressão

A liberdade de expressão, enquanto bem jurídico de alta estima e valia, se apresenta como ponto fulcral das democracias. É natural, portanto, que sua defesa seja forte a fim de afastar ilegítimas e antidemocráticas restrições. Contudo, uma compreensão ampla dos direitos fundamentais pode demonstrar que a limitação é sempre possível, desde que se esteja com o propósito de tutelar outro direito de igual ou maior estima.

Nesse sentido, o presente capítulo tem por objetivo expor a forma pela qual os direitos fundamentais podem se relacionar, admitindo-se a teoria da eficácia horizontal como forma de viabilizar a oponibilidade dos direitos fundamentais inclusive a particulares, abrindo caminho para a restrição da liberdade de expressão como método de melhor tutelar a dignidade.

3.1 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

O tema concernente aos direitos humanos e aos direitos fundamentais é muito rico e suscita o interesse de teóricos das mais variadas áreas do conhecimento, e, de modo especial, daqueles pensadores que se dedicam à filosofia e ao direito constitucional, de modo que se mostra tão desafiadora quanto sedutora a ideia da existência de direitos humanos universais a todos atribuídos e de direitos fundamentais efetivos.

Todavia, deve-se observar que direitos humanos e direitos fundamentais não podem ser tomados como se fossem sinônimos, visto que os conceitos são distintos – ainda que tenham certa relação, obviamente. Deste modo, justamente a respeito da diferenciação existente entre as naturezas destes direitos que emerge a diferenciação de suas possíveis eficácias e vinculações, visto que, como sustentar-se-á adiante.

Com o positivismo jurídico surge a noção de vinculação de direitos aos Estados, de modo a reconhecer-se na lei (direito positivo) o poder normativo do Estado. Como leciona Fábio Comparato ao explicar a dificuldade das *displaced persons*, a cidadania relaciona-se ao Direito, isto é, a um Estado específico, sem o qual o sujeito não pode usufruir de direitos, como se observa com o caso das pessoas que se encontram na situação de apátridas, isto é, sem nenhum vínculo político algum país, “o que levou Hannah Arendt a reivindicar, em texto famoso, o direito a ter direitos, isto é, o direito a pertencer a uma coletividade política

soberana”²²⁵, haja vista que a pessoa em situação apátrida perde o vínculo político com qualquer ente nacional e, portanto, perde seus direitos.

Constatou-se, nesta fase da História, que o juspositivismo apresentava problemáticas e talvez inaceitáveis limitações, visto que o positivismo jurídico se circunscreve à sua própria existência, isto é, tem em si sua própria validade. A respeito, Fábio Comparato²²⁶ reflete, em análise jusfilosófica (fundamentada na filosofia de Hegel), que o fundamento de algo deve estar sempre fora daquilo que se esteja fundamentando, “como causa transcendente”, de modo que não pode ser confundido com sua própria constituição, logicamente.

Deste modo, em uma perspectiva essencialmente juspositivista, não se poderia aceitar a ideia de direitos humanos, como leciona Barzotto, para quem “os direitos humanos não podem ser pensados como direitos subjetivos”²²⁷. A respeito, o autor aponta a coerência existente nos autores que negam a existência dos direitos humanos: “Alguns como MacIntyre e Norberto Bobbio, ao verificarem a inexistência de uma norma de um ordenamento jurídico positivo que confira esses direitos, opinam coerentemente pela sua inexistência. É esse o procedimento da dogmática jurídica: há uma norma, então há o direito; se não há uma norma, então o direito subjetivo não existe. Esses autores negam, coerentemente, a existência de direitos humanos.”²²⁸

Ao discorrer sobre a filosofia moral, Rainer Forst²²⁹ consigna em sua obra a ideia de um “código moral mínimo”, o qual asseguraria a todas as pessoas morais a reivindicação da sua própria inviolabilidade moral, independentemente de um ordenamento jurídico específico, ou seja, algo que atinge todos os humanos aonde quer que estejam e de onde quer que tenham origem.

A tentativa de conceituação é complexa, como reconhece a doutrina²³⁰, porém se pode entender a ideia de um “código moral mínimo” como a noção de direitos humanos enquanto “pretensões éticas constitutivamente associadas à importância da liberdade humana”²³¹, na dicção de Amartya Sen, ou, de acordo com Fábio Comparato, “algo que é

²²⁵ “O que levou Hannah Arendt a reivindicar, em texto famoso, o direito a ter direitos, isto é, o direito a pertencer a uma coletividade política soberana.” (COMPARATO, Fábio Konder – **Rumo à Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61.)

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ BARZOTTO, Luis Fernando – **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ FORST, Rainer – **Contextos da justiça**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 209.

²³⁰ “Tal vez sea la tarea más difícil y comprometida, prueba de lo cual son las numerosas propuestas definitorias de los autores que se ocupan del tema.” (CAMPOS, Germán Bidart – **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991, p. 227.)

²³¹ SEN, Amartya – **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 401.

inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos”.²³²

Disto se pode concluir, com coerência, que “a todos os atos que são desumanos porque negam a condição humana, opõem-se direitos humanos para combatê-los”.²³³ Em conformidade à lição de Bidart Campos, “o homem sempre foi, é e será homem, pessoa. E será sempre devido a ele o reconhecimento dos direitos que lhe são inerentes por ser pessoa, por possuir uma natureza humana.”²³⁴ Destarte, afirma-se que é a condição humana que confere o status ao indivíduo, que é digno de ter direitos mínimos.

Com efeito, está-se em um âmbito que é essencialmente moral, o qual não se confunde com os cenários do mundo jurídico ou político. Cuidam-se de “direitos” que não estão associados a uma determinada comunidade política, visto que destes direitos são titulares quaisquer pessoas, “por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente”²³⁵, independentemente da comunidade política da qual seja membro integrante – sendo direitos assegurados igualmente às pessoas que figurem na condição de apátridas.

Como se pode constatar, a noção de direitos humanos possui inequívoca e estreita vinculação com a ideia de dignidade humana. Barzotto sustenta, a propósito, que “os direitos humanos explicitam que só a dignidade da pessoa humana é fonte de deveres para a pessoa humana: todos os deveres são correlatos dos direitos humanos, dos direitos derivados da dignidade da pessoa humana”.²³⁶

Sustenta-se, com efeito, que não existe vinculação necessária dos direitos humanos com a normatividade estatal (jurídico-positiva); o que é objeto da tutela é a pessoa humana, a partir de uma ideia que não guarda vinculação necessária com o direito positivo, como leciona Fábio Comparato, ao reivindicar uma “consciência ética coletiva”: “É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em quaisquer circunstâncias, ainda

²³² COMPARATO, Fábio Konder – **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71.

²³³ BARROS, Sérgio Resende – **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 65.

²³⁴ “El hombre siempre fue, es, y será hombre, persona. Y siempre le será debido el reconocimiento de los derechos que le son inherentes por ser persona, por poseer una naturaleza humana.” (CAMPOS, Germán Bidart – **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991, p. 30.)

²³⁵ HERKENHOFF, João Baptista – **Curso de Direitos Humanos volume 1: gênese dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 30.

²³⁶ BARZOTTO, Luis Fernando – **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais.”²³⁷

Deste modo, verifica-se a relação existente entre direitos morais e direitos humanos, visto que os últimos são estabelecidos por princípios de natureza estritamente moral. Assim, percebe-se a ausência de vinculação entre os direitos humanos e os ordenamentos jurídico-positivos: ocorre que os direitos humanos não dependem de positivação por parte de um Estado, visto que sua natureza moral não se confunde com a natureza positiva dos direitos que são próprios de uma comunidade jurídico-política específica. Desta forma, “é melhor conceber os direitos humanos como um conjunto de pretensões éticas, as quais não devem ser identificadas com direitos legais legislados.”²³⁸ Com efeito, é possível afirmar que os direitos humanos são necessariamente universais precisamente porque não dependem da sua positivação dentro de uma comunidade política específica.

Conforme exposição de Amartya Sen, “na medida em que os direitos humanos são entendidos como pretensões éticas significativas, a ressalva de que eles não possuem necessariamente força de lei é evidente”.²³⁹ No mesmo diapasão, Cançado Trindade sustenta que “os direitos humanos são inerentes ao ser humano, e como tais antecedem a todas as formas de organização política”²⁴⁰, não se ancorando, portanto, na ação jurídico-normativa de um Estado.

A obra de Canotilho²⁴¹, ao debruçar-se sobre o sistema dos direitos fundamentais, traça uma diferenciação preambular entre os “direitos do homem” (aqui chamados de direitos humanos) e os direitos fundamentais. No entendimento de Canotilho, em conformidade àquilo que antes se expôs, os direitos do homem são “válidos para todos os povos e em todos os tempos”, ao passo que os direitos fundamentais são “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”, portanto “direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”

Ainda que os direitos humanos possam estar eventualmente positivados em determinados ordenamentos jurídicos ou mesmo em tratados internacionais, a validade dos direitos humanos não pressupõe e não exige a sua positivação. Assim, resta afastada a tautologia

²³⁷ COMPARATO, Fábio Konder – **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 72/73.

²³⁸ SEN, Amartya – **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 295.

²³⁹ *Idem* – **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 397.

²⁴⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 26.

²⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.

de Kelsen, a qual, segundo Fábio Comparato, resume-se à noção de que “o direito deve ser observado porque é direito”.²⁴² Isto porque o fundamento de validade das normas morais ocorre no âmbito filosófico, e não no plano jurídico-formal, motivo pelo qual se reconhece a ausência de vinculação necessária entre os direitos humanos e a sua eventual positivação.²⁴³

Como sustenta Giovani Lunardi, “a reflexão filosófica sobre a fundamentação dos direitos humanos está ancorada inexoravelmente em uma discussão a respeito da justificação ou legitimação desses direitos sujeitos à avaliação moral”.²⁴⁴

Reinhold Zippelius indaga, a propósito, quais seriam as consequências jurídicas destes direitos considerados “pré-estaduais”, isto é, os direitos que não dependem de uma ordem jurídica, respondendo o autor, nesse diapasão, que “a validade jurídica depende do Estado e não pode ser pré-estadual”²⁴⁵, de modo que a imposição jurídica de uma norma não se aplicaria aos direitos que não são positivados – o que, todavia, não ocorre na hipótese de direitos fundamentais, pois estes são sempre necessariamente positivados.

Ingo Wolfgang Sarlet, a seu turno, sustentando a necessidade de distinção entre os conceitos de direitos humanos e fundamentais, aponta a vinculação ao Estado como elemento distintivo: de acordo com o entendimento de Ingo Sarlet, os direitos fundamentais são “reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, ao passo que os direitos humanos dizem respeito “àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal”.²⁴⁶

Nythamar de Oliveira expõe assertivamente que “quando falamos hoje de uma fundamentação filosófica dos direitos humanos, procuramos acima de tudo responder à questão ‘o que são, afinal, os direitos humanos’, e por que e como devemos defendê-los”.²⁴⁷

Nesta conjuntura emerge a problemática que diz respeito à fundamentação e à validade do “código moral mínimo” abordado por Rainer Forst, ou dos direitos humanos, aqui tidos como sinônimos. De acordo com Rainer Forst, o fundamento das pretensões morais reside

²⁴² COMPARATO, Fábio Konder – **Rumo à Justiça**. São Paulo: Saraiva, 201, p. 53.

²⁴³ “Los ‘derechos’ humanos sólo serían realmente ‘derechos’ una vez incorporados al derecho positivo, pero, previamente, serían ‘derechos morales’, o sea, exigencias de la ética a las que la filosofía de los derechos humanos concedería llamar derechos.” (CAMPOS, Germán Bidart – **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991, p. 79-80.)

²⁴⁴ LUNARDI, Giovani Mendonça – A fundamentação moral dos direitos humanos. **Revista Katálisis**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 201-209, jul./dez. 2011.

²⁴⁵ ZIPPELIUS, Reinhold – **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971, p. 170.

²⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang (org.) – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 249.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Nythamar - O problema da fundamentação filosófica dos direitos humanos: por um cosmopolitismo semântico-transcendental. **Ethic@ Revista Internacional de Filosofia da Moral**, volume 5, número 1, 2006, p. 21-31.

no “desejo por uma vida que esteja livre dessas experiências [de opressão e de injustiça]”²⁴⁸, enquanto o critério de validade destas pretensões morais estaria no fato de não serem suscetíveis de uma rejeição recíproca e universal.²⁴⁹

Forst sustenta, a propósito, que estas normas morais são, necessária e inexoravelmente, válidas para todos aqueles que são membros da comunidade humana, obtendo sua validade perante e para cada pessoa, por sua mera condição humana. Em consonância à doutrina jusfilosófica de Barzotto, “para possuir direitos humanos basta pertencer à espécie humana, ter o status de ‘humano’, ou seja, o titular dos direitos humanos é, pura e simplesmente, o ser humano.”²⁵⁰

De acordo com Hannah Arendt, estes direitos “não dependem da pluralidade humana e devem permanecer válidos mesmo que um ser humano seja expulso da comunidade humana”.²⁵¹

Existe, pois, uma fundamentação moral para os direitos humanos, visto que “a noção de direitos humanos possui uma unidade normativa interna que se funda na dignidade igual de cada ser humano”.²⁵² Destarte, o fundamento dos direitos humanos está no próprio ser humano e na sua dignidade intrínseca, como expõe Ingo Sarlet: “A personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem.”²⁵³

Deste modo, indicam-se como titulares dos deveres os mesmos titulares dos direitos, isto é, todos os seres humanos. Amartya Sen leciona que “as pretensões podem ser dirigidas de modo geral a todos os que estiverem em condições de ajudar”²⁵⁴.

²⁴⁸ FORST, Rainer – **Contextos da justiça**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 209.

²⁴⁹ “As pretensões morais apelam ao outro (em sua qualidade de ser humano) para reconhecer as pessoas como seres humanos, como pessoas morais – isto é, de um modo que nenhum ser humano pode razoavelmente e reciprocamente negar, sem lhe negar seu ‘direito básico à justificação’ (ou à ‘reiteração’), que os seres humanos têm em virtude de sua pertença na comunidade de seres humanos.” (*Ibidem.*) No mesmo sentido Amartya Sen, para quem “a viabilidade das pretensões éticas em forma de uma declaração dos direitos humanos depende, em última análise, do pressuposto de que as pretensões sobrevivem a um debate livre e desimpedido.” (SEN, Amartya – **A ideia de justiça** - São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 422.)

²⁵⁰ BARZOTTO, Luis Fernando – **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48.

²⁵¹ ARENDT, Hannah – **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 331.

²⁵² CARBONARI, Paulo César – Direitos humanos: uma reflexão acerca da justificação e da realização. In **Revista Filosofazer**, Passo Fundo, ano XIII, número 25, 2004, p. 73-88.

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 38.

²⁵⁴ SEN, Amartya – **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 296.

A propósito, Luis Fernando Barzotto expõe que a responsabilidade pelo dever é universalizada porque os direitos humanos tocam a todos, sendo, portanto, todas as pessoas titulares de direitos e também de deveres.²⁵⁵

O que se pretende com a defesa dos direitos humanos, em suma, é a garantia de que seja sempre e inexoravelmente resguardada a condição humana, independentemente do contexto político, jurídico ou social ao qual se submeta a pessoa. O que não se aceita, portanto, é que seja porventura admitida a hipótese de produção de “não-humanos”, como já ocorrido na História recente: “O que os campos de concentração vêm mostrar é, pois, que é possível fabricar uma espécie de abstração, o não-humano, destruindo aquilo que em cada indivíduo excede a espécie humana. (...) O indivíduo produzido pelos campos é, verdadeiramente, o não-humano.”²⁵⁶

Contra situações de desrespeito à condição humana, sempre haverá de existir alguma espécie de tutela, seja de um “código moral mínimo”, seja do “direito a ter direitos”, ou do que convencionamos chamar de direitos humanos, visto que “os que foram expulsos da humanidade e da história humana e que, por isso, foram privados da sua condição humana, precisam da solidariedade de todos os homens”.²⁵⁷

O propósito dos direitos humanos desdobra-se em dois aspectos: em primeiro lugar, impedir a coisificação do ser humano e, além disso, viabilizar a manutenção da integridade moral das pessoas em quaisquer contextos e sob quaisquer pretextos.

Com efeito, a vinculação aos direitos humanos não pode ocorrer dentro dos estreitos marcos do direito positivo; ao contrário, ocorre em um âmbito de natureza essencialmente moral, motivo pelo qual, mesmo que idealisticamente se afirme que todos são titulares e destinatários dos direitos humanos, a eficácia ou a exigibilidade destes direitos não se verifica em termos jurídicos, o que é restrito aos direitos fundamentais.

Como já afirmado, os direitos humanos não estão vinculados à positivação de ordem estatal; entretanto, os direitos humanos ostentam a virtude de “inspirar a legislação”²⁵⁸, ou seja, exercem grande influência em sentido político para que os Estados possam reconhecer a relevância destes direitos, a fim de que possam, então, inserir em seu ordenamento positivo tais componentes normativos: “Não diminuámos o valor da filosofia dos direitos humanos, nem

²⁵⁵ BARZOTTO, Luis Fernando – **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 54.

²⁵⁶ GUIMARÃES, Helena – O elogio das aparências: Hannah Arendt e a crítica aos Direitos Humanos. In **Revista Direito, Estado e Sociedade**, número 43, jul./dez. 2013, p. 10-39.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ SEN, Amartya – **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 398.

o da sua ciência, nem o tão aliciente e polêmico da sua fundação, mas, na atualidade, os homens que a qualquer nível - científico, empírico, comum - eles se preocupam com os direitos humanos, querem que eles adquiram e mantenham efetividade na sociedade, no regime político, no mundo jurídico-político. A linguagem científica diria: que eles têm positividade.”²⁵⁹

Deste modo, tem-se não apenas o aspecto moral, mas igualmente o respaldo de ordem institucional (interno), porquanto os direitos humanos passam então a compor o elenco de direitos fundamentais daquele Estado específico: “É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais. Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.”²⁶⁰ Deste modo, verifica-se que os direitos fundamentais caracterizam-se como direitos associados aos fundamentos mais elementares de uma certa estrutura normativa, com o intuito de estabelecer um núcleo normativo de elevada carga axiológica e de importante orientação protetiva.

A respeito, Paulo Otero leciona que “nem tudo pode receber o qualificativo de direito fundamental”²⁶¹, visto que a “fundamentalidade” é intrínseca à própria ideia de direitos fundamentais, de modo que não se trata de mero discurso. Entretanto, cada comunidade jurídico-política possui autonomia plena para erigir à categoria de direitos fundamentais os direitos que, de acordo com a realidade histórica e social desta específica sociedade, ostentem maior importância.

Diferentemente do que ocorre quanto aos direitos humanos, que possuem titularidade universal, os direitos fundamentais possuem titularidades que estão limitadas àqueles que se submetem à jurisdição do Estado no qual a estrutura jurídica seja aplicável - mesmo que possa o Estado outorgar direitos fundamentais igualmente a estrangeiros que não sejam residentes.

A propósito, a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 12º, estabelece que “todos os cidadãos gozam de direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”, enquanto a Constituição Federal Brasileira dispõe no *caput* do artigo 5º sobre

²⁵⁹ “No disminuimos el valor de la filosofía de los derechos humanos, ni el de su ciencia, ni los tan apasionantes y polémicos de su fundamentación, pero, en la hora actual, los hombres que em cualquier nivel – científico, empírico, común – se preocupan por los derechos humanos, pretenden que éstos adquieran y mantengan efectividad en la sociedad, en el régimen político, en el mundo jurídico-político. El lenguaje científico diría: que tengan positividad.” (CAMPOS, Germán Bidart – **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991, p. 57.)

²⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71.

²⁶¹ OTERO, Paulo – **Instituições políticas e constitucionais**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 530.

a titularidade dos direitos fundamentais, “garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País” tal titularidade.

A respeito do modo como se dá a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a teoria da eficácia indireta tem como importante motivo garantir a máxima proteção possível à autonomia privada dos agentes²⁶², por entender ser a autonomia privada um consectário da necessária tutela da dignidade. Este entendimento se dá porque a dignidade, por ser núcleo duro dos sistemas jurídicos democráticos contemporâneos, assegura a autonomia privada e, assim, esta autonomia privada só pode ser exercida na sua plenitude, para os que se filiam à teoria da eficácia indireta, se for reduzida a possibilidade de ingerência do Estado na esfera de atuação privada.

De outra forma, significa dizer, em síntese, que a defesa da plena autonomia privada (cidadãos e entes privados de modo geral) deveria receber tutela jurídica larga o suficiente para que não pudesse ser facilmente mitigada pelo Estado, evitando, assim, que o ordenamento jurídico reduzisse a liberdade dos agentes privados.

Deste modo, aqueles que se filiam à teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais defendem o argumento de que se estaria a valorizar o importante princípio da segurança jurídica (o qual obviamente existe em todos os sistemas jurídicos), visto que assim se daria maior relevância ao direito privado, o qual mostra-se melhor vocacionado para lidar e regular os elementos próprios das relações negociais da esfera privada²⁶³, resguardando, deste modo, a dita “panconstitucionalização” da ordem jurídica existente.²⁶⁴

Nesse sentido, o argumento defendido pelos que são partidários da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais é no sentido de que “cabe ao legislador a tarefa precípua de determinar o equilíbrio entre o respeito à liberdade individual e a vigência efetiva dos direitos fundamentais”²⁶⁵, motivo pelo qual se faria necessária uma espécie de intermediação do legislador que se pudesse observar os direitos fundamentais, em razão da não-incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações existentes entre os agentes privados.²⁶⁶ De acordo com a teoria da eficácia mediata (indireta), há uma autonomia, ou

²⁶² “Por autonomia privada pode entender-se a possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições activas reconhecidas pela ordem jurídica – correspondendo esse conceito, grosso modo, também ao sentido etimológico da expressão (resultante de *auto+nomos*).” (PINTO, Paulo Mota – Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In SARLET, Ingo (org) – **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 324.)

²⁶³ DUQUE, Marcelo Schenk – **Direito privado e Constituição**. São Paulo: RT, 2013, p. 199.

²⁶⁴ STEINMETZ, Wilson – **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 139.

²⁶⁵ DUQUE, Marcelo Schenk – **Direito privado e Constituição**. São Paulo: RT, 2013, p. 201.

²⁶⁶ STEINMETZ, Wilson – **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004,

mesmo prevalência do direito privado (sobretudo do direito civil e empresarial), que o deixaria “imune” à incidência direta dos direitos fundamentais, mesmo que de nível constitucional.

Também são admitidas pela doutrina outras modalidades de mediação, além daquela realizada pelo legislador. Admite-se, em um segundo plano, em consonância à doutrina de Steinmetz,²⁶⁷ a mediação judiciária (no sentido originalmente proposto por Dürig). Deste modo, os órgãos judiciais poderiam exercer a função integradora que lhes é concedida para a resolução dos casos que lhes são submetidos para julgamento. Observe-se que aqui não se trata de aplicação direta dos direitos fundamentais aos casos concretos, mas sim de uma diretriz de natureza interpretativa, demarcada pelo direito provado e, de modo especial, pelas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, como defende Marcelo Duque.²⁶⁸

A vinculação mediata (indireta) dos órgãos privados aos direitos fundamentais é “consequência da vinculação direta dos órgãos estatais aos direitos fundamentais”²⁶⁹, como sustenta Duque. O autor, todavia, não explicita qual seja a relação lógica entre os dois fatos, já que, ao que parece, o fato de existir uma necessária vinculação direta (imediate) dos entes públicos aos direitos fundamentais não implica logicamente na pressuposição de que os agentes privados devam se submeter aos direitos fundamentais de modo indireto. As duas formas de submissão aos direitos fundamentais são logicamente admissíveis, de modo que reconhecer a eficácia direta e imediata para os entes públicos não implica logicamente a negação da possibilidade de eficácia direta também aos entes privados, motivo pelo qual entende-se haver um deficit argumentativo no raciocínio do autor.

Também em conformidade com a doutrina de Marcelo Duque, observa-se a ideia de que “da norma civil derivam-se direitos privados subjetivos orientados aos direitos fundamentais”²⁷⁰. Esta afirmação é o cerne do problema, explicitando o ponto em relação ao qual se funda a divergência da doutrina a respeito da eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares.

Isto porque, ao contrário do que afirma o autor, não se pode admitir que o argumento interpretativo se dê da norma infraconstitucional para a norma de nível constitucional, visto que tal entendimento incorre em um erro de ordem metodológica: só se pode admitir que a norma de natureza inferior (infraconstitucional) tenha reverência à norma

p. 137.

²⁶⁷ STEINMETZ, Wilson – **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 137.

²⁶⁸ DUQUE, Marcelo Schenk – **Direito privado e Constituição**. São Paulo: RT, 2013, p. 207.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 201.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 203.

de natureza hierarquicamente superior (norma constitucional), mas nunca o contrário, como parece defender o autor.

A respeito de tal questão, Canaris contrapõe sua crítica ao sustentar que a tese "deve ser rejeitada sem reboço" por "razões de lógica normativa".²⁷¹ Como afirma com sabedoria Steinmetz, "mais perigosa do que a 'jusfundamentalização' do direito civil é a 'civilização' ('infraconstitucionalização') dos direitos fundamentais".²⁷²

Naturalmente é plausível a preocupação dos autores que se filiam à teoria da eficácia indireta (mediata), tendo por objetivo a proteção da autonomia privada, a fim de evitar o que denominam de um "intervencionismo asfixiante".²⁷³ Todavia, adotar a teoria contrária (eficácia direta) não significa aceitar-se um intervencionismo asfixiante. A propósito, há uma verdadeira contradição performativa por parte dos que advogam pela teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais: defendem que os direitos fundamentais não podem ostentar eficácia direta nas relações entre particulares visto que as tais relações precisam se pautar pela autonomia privada, mas olvidam que a autonomia privada é justamente decorrência de um direito fundamental que, neste ponto, lhes serve de argumento, contraditoriamente.

Percebe-se, portanto, que parte da doutrina incide em uma verdadeira falácia argumentativa, visto que se articula em torno de um direito fundamental (liberdade/autonomia) justamente para negar a incidência dos direitos fundamentais, de modo simplista, beneficiando apenas um dos possíveis direitos (a liberdade privada) – o que geralmente se associa aos direitos dos que ostentam maior poder político e econômico, o que não deve ser mera coincidência.²⁷⁴

Ainda, afigura-se de difícil adequação o condicionamento da eficácia dos direitos fundamentais à intervenção do legislador ordinário, até porque ao se constatar a letargia do legislador sobre pontos politicamente polêmicos ou incômodos, em verdadeira morosidade seletiva, a qual se constitui em "argumento empírico contrário à teoria da eficácia mediata", como sustenta a doutrina de Steinmetz²⁷⁵, percebe-se que muitas vezes direitos fundamentais tornam-se na prática inexequíveis por conta da conduta do legislador ordinário, que resta inerte.

²⁷¹ CANARIS, Claus-Wilhelm – **Direitos fundamentais e direito privado**. Lisboa: Almedina, 2006, p. 32.

²⁷² STEINMETZ, Wilson – **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 156.

²⁷³ DUQUE, Marcelo Schenk – **Direito privado e Constituição**. São Paulo: RT, 2013, p. 203.

²⁷⁴ "No ambiente burguês, quanto mais livre, melhor. A liberdade ganha o discurso político, e, a disputa do poder altera o enfoque da legitimidade para a garantia. Ser livre pressupõe que todos possam fazer de tudo, o problema é a definição de todos e de tudo." (PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula vinculante e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016, p. 37.)

²⁷⁵ STEINMETZ, Wilson – **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 157.

Em suma, aqueles que defendem a tese da eficácia indireta dos direitos fundamentais tem um robusto argumento em seu favor (preservar a autonomia dos entes privados), entretanto, mesmo admitindo a hipótese de uma grande diferenciação quanto ao poder ou capacidade dos contratantes²⁷⁶, não entende pela aplicação dos direitos fundamentais de modo imediato às relações entre agentes privados, gerando a singular situação de condicionar a aplicação de um direito de alta hierarquia ao desejo da norma infraconstitucional, ao argumento de uma necessária “mediação” por parte do legislador ordinário. Não se pode concordar com esta compreensão, visto que, como pontua Jorge Miranda: “não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si.”²⁷⁷

Nesse sentido, a melhor forma de ampla proteção à dignidade humana e à gama de direitos fundamentais melhor se verifica na teoria que defende a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações travadas entre agentes privados. Com efeito, existe parcela expressiva da doutrina constitucional luso e brasileira que leciona favoravelmente à tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, sem que seja exigível uma mediação pela lei ordinária. Isto porque a independência de mediação legal é o ponto central da divergência entre as duas teorias, de modo que compete à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais a defesa da noção de que “direitos e obrigações nas relações entre particulares podem e devem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais”²⁷⁸ – mesmo que se possa reconhecer que a forma pela qual se operam os direitos fundamentais nas relações jurídicas públicas e naqueles eminentemente privadas não seja idêntica, haja vista a notória diferenciação das funções sociais exercidas pelos agentes públicos e privados.²⁷⁹

Tem-se esta compreensão visto que se parte do princípio de que a dignidade da pessoa seja o fundamento do sistema normativo, de modo que os direitos fundamentais tem por escopo assegurar a dignidade humana.²⁸⁰ Por esta razão, a eficácia dos direitos fundamentais não pode ser limitada às relações das quais Estado seja parte; ao contrário, até mesmo nas

²⁷⁶ “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado torna-se tão mais importante, quanto maior for o poder de uma das partes em uma relação privada.” (DUQUE, Marcelo Schenk – **Direito privado e Constituição**. São Paulo: RT, 2013, p. 306.)

²⁷⁷ MIRANDA, Jorge – **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 372.

²⁷⁸ STEINMETZ, Wilson – **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 168.

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 382.

²⁸⁰ Em sentido antagônico, Duque sustenta que “a possibilidade de uma eficácia direta geral dos direitos fundamentais nas relações privadas é dificilmente compatível com a garantia de proteção da dignidade humana”. (DUQUE, Marcelo Schenk – **Direito privado e Constituição**. São Paulo: RT, 2013, p. 131.)

relações jurídicas nas quais o Estado não seja parte também deve-se assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, o que é justificado pela ideia de que os agentes privados também têm potencial lesivo à dignidade humana, como afirma Juan María Ubillos²⁸¹, de modo que este é principal argumento utilizado pelos adeptos da eficácia direta dos direitos fundamentais, conforme Marcelo Duque.²⁸²

A doutrina de Paulo Otero afirma que “a aplicabilidade directa das normas constitucionais sobre direitos fundamentais, determinando que os direitos fundamentais deixem de ter sua eficácia ‘prisoneira’ da vontade do legislador”²⁸³, engloba dupla dimensão. Importa dizer, em primeiro plano, que as normas de natureza constitucional não precisam de intervenção (ou mediação) por parte do legislador para emanar a eficácia de suas normas, de modo que “todo o aplicador do Direito se encontra vinculado a aplicar as normas constitucionais sobre direitos fundamentais”²⁸⁴. Outrossim, sustenta Paulo Otero que, como as normas de natureza constitucional que tratam de direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta, isso torna inconstitucionais todas as normas infraconstitucionais que se mostrem violadoras de direitos fundamentais.²⁸⁵

Nesse diapasão também é o entendimento de Carlos Alberto da Mota Pinto, para quem “problemas de direito civil podem encontrar a sua solução numa norma que não é de direito civil, mas de direito constitucional”²⁸⁶, já que, nos termos do expostos por Mota Pinto, as normas constitucionais, por ostentarem carácter vinculativo (em relação ao legislador, ao magistrado e aos entes privados), não é meramente programática, mesmo entendendo o autor que apenas para casos de exceção a norma constitucional deva ser aplicada de modo direto²⁸⁷, quando houver impossibilidade de resolver o caso apenas com a normatividade infraconstitucional.

Realizando-se a defesa da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, portanto sem a exigência de uma intervenção do legislador ordinário para que os direitos fundamentais sejam imediatamente aplicados, se reconhece a necessária vinculação dos agentes privados ao complexo normativo proveniente dos direitos fundamentais positivos, visto que,

²⁸¹ UBILLOS, Juan María Bilbao – En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo (org) – **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 264.

²⁸² DUQUE, Marcelo Schenk – **Direito privado e Constituição**. São Paulo: RT, 2013, p. 114.

²⁸³ OTERO, Paulo – **Instituições políticas e constitucionais**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 590.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 591.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 591.

²⁸⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 73.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 75.

conforme doutrina de Paulo Otero, “o respeito e garantia dos direitos da pessoa humana são hoje uma questão envolvendo também a sociedade civil, não representando um problema apenas do Estado”²⁸⁸. No mesmo diapasão se mostra a lição de Canaris, segundo o qual os direitos fundamentais têm um “imperativo de tutela”, o que os torna empregáveis igualmente nas relações jurídicas entre entes particulares.²⁸⁹

Oportuno referir que a Constituição Federal Brasileira não regula expressamente o modo pelo qual se dá a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre entidades privadas, apenas dispondo, no parágrafo 1º do artigo 5º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Por outro lado, a Constituição da República Portuguesa dispõe com clareza no número 1 do artigo 18º que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Portanto, percebe-se que é muito mais nítido o diploma constitucional português no tocante à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ainda que igualmente se possa defender que o direito constitucional brasileiro avance no mesmo sentido, de acordo com o pensamento de Wilson Steinmetz²⁹⁰, ao mencionar ao menos seis argumentos para esta compreensão. O autor elenca o princípio da supremacia da Constituição, o postulado da unidade material do ordenamento, os direitos fundamentais como princípios objetivos, o princípio constitucional da dignidade humana, o princípio constitucional da solidariedade e, ainda, o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Com efeito, desta compreensão tem-se como consequência a chamada “horizontalização” dos direitos fundamentais, a partir da qual se reconhece a irradiação de efeitos dos direitos fundamentais para os particulares, os quais estão em um mesmo nível hierárquico de poder (portanto de modo horizontal), ao contrário do que se verifica nas relações travadas entre o Estado e o cidadão, que se operam de modo verticalizado, haja vista a distinta capacidade hierárquica.

Pode-se objetar com crítica a nomenclatura dada pela doutrina ao fenômeno (“horizontalização”), na medida em que, como reflete a doutrina, mesmo as relações entre agentes provados pode ter uma diferente hierarquia de poder entre contratantes, como se depreende, por exemplo, da legislação voltada à regulação das relações de consumo, na qual se

²⁸⁸ OTERO, Paulo – **Instituições políticas e constitucionais**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 592.

²⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm – **Direitos fundamentais e direito privado**. Lisboa: Almedina, 2006, p. 71.

²⁹⁰ STEINMETZ, Wilson – **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 100-121.

verifica um complexo de normas de natureza protetiva por conta da evidente desigualdade entre os contratantes (motivo pelo qual alguns doutrinadores aludem à “eficácia diagonal”); todavia, entende-se o sentido que a doutrina quer empregar ao utilizar a terminologia da “horizontalização”, a qual tem por objetivo afastar o Estado da relação jurídica que é objeto de análise.

A ideia de horizontalização dos direitos fundamentais possui forte respaldo na doutrina constitucional (conforme Ingo Sarlet, por exemplo)²⁹¹, sendo utilizada em precedentes constitucionais:

A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.²⁹²

Ainda que a crítica se fundamente ao argumento de que o modelo da eficácia direta não seja compatível com a noção de autonomia dos agentes privados²⁹³, tal crítica não merece ser confirmada, visto que não se retira do ente privado sua autonomia negocial, a não ser na medida em que o exercício desta autonomia privada atinja os direitos fundamentais dos demais membros da sociedade, como o outro contratante, por exemplo.

Tem-se, aqui, a ideia contratualista a partir da qual compreende-se que a liberdade pode ser exercida pelos contratantes quando também viabilize o exercício da liberdade dos demais, sem atingir, portanto, a esfera jurídica de terceiros (o que inclui a dignidade dos demais). Não há, portanto, liberdade ilimitada, haja vista que o exercício da liberdade implica observância de limites.

Em síntese, defende-se a difusão dos direitos fundamentais, em consonância à doutrina de Eduardo Cambi, segundo o qual “a existência de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito resulta da *generalização* dos direitos fundamentais”.²⁹⁴

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang (org.) – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 325.

²⁹² SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão do Supremo Tribunal Federal. RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005, 2ª T., DJ 27/10/2006, p. 64.

²⁹³ DUQUE, Marcelo Schenk – **Direito privado e Constituição**. São Paulo: RT, 2013, p. 149.

²⁹⁴ CAMBI, Eduardo – **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 692.

Mostra-se nítido que, quando da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito dos vínculos entre agentes privados, pode potencialmente surgir um conflito de direitos: por um lado, aquele que almeja o exercício de seu direito sem se importar com o direito alheio, o qual, pode vir a ter sua esfera jurídica atingida pelo outro sujeito.

Deve-se analisar, com efeito, o modo pelo qual este possível confronto deva ser superado nas hipóteses em que de um lado estiver a liberdade de expressão de um agente privado e, de outro lado, a dignidade alheia. Nesse sentido, a superação do conflito de direitos deverá assegurar a supremacia da dignidade.

3.2 Proposta de solução

Com o propósito de resolver a difícil problemática de contemporizar os direitos em conflito potencial, a doutrina de Juan María Bilbao Ubillos aponta parâmetros que se mostram úteis para orientar a apropriada configuração da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Ubillos indica, como primeiro critério a ser ponderado, a desigualdade existente na relação estabelecida entre os particulares. Conforme defende Ubillos²⁹⁵, afirma-se a propósito que a autonomia dos entes privados pode sofrer limitação proporcionalmente ao nível de desigualdade que for verificada entre os agentes privados, ou seja, quanto mais relevante for a desigualdade existente entre os particulares, maior deve ser a limitação da autonomia privada do contratante que dispõe de maior poder. Nesse sentido, quanto mais equânime for a relação de forças entre os particulares, maior deve ser a liberdade/autonomia destes agentes, restringindo-se, então, a intervenção estatal.

O fundamento, neste ponto, é muito semelhante àquele utilizado pelas leis de proteção ao consumidor, ao disporem que o consumidor, por sua natureza frágil, possua privilégios ante o seu fornecedor, o que se verifica em relação às regras processuais e também quanto ao próprio direito material.

Importa dizer, com efeito, que o “grau de autonomia real das partes”²⁹⁶ – e não meramente formal – é um critério útil e válido, conforme Ubillos, para auxiliar na busca de um

²⁹⁵ UBILLOS, Juan María Bilbao – Eficacia horizontal de los derechos fundamentales. In TEPEDINO, Gustavo (org) – **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 236.

²⁹⁶ UBILLOS, Juan María Bilbao – Eficacia horizontal de los derechos fundamentales. In TEPEDINO, Gustavo (org) – **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 236.

resultado aos conflitos potenciais, quando se recorre aos direitos fundamentais para solucionar um conflito entre particulares. Observe-se que, em relação aos discursos de ódio, o cenário é exatamente este, visto que há em polos distintos pretensões de particulares que são antagônicas, mas igualmente amparadas em direitos fundamentais.

Ubillos²⁹⁷ apresenta, ainda, um segundo critério para a exame da ocorrência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, destacando o autor o elemento dignidade: defende Ubillos que a força da tutela garantida pelos direitos fundamentais deve ser tanto maior quanto mais forte for a investida contra a dignidade. Deste modo, sustenta o autor que todo sistema jurídico tem como núcleo central o respeito supremo à dignidade da pessoa, a qual constitui um “núcleo intangível e indisponível que deve ser preservado de qualquer agressão”²⁹⁸, o que legitima, deste modo, que as relações jurídicas travadas entre agentes particulares sejam atingidas pela eficácia imediata dos direitos fundamentais a fim de obstar que das relações privadas surjam prejuízos à dignidade humana, o que não é admitido pelo Direito dos Estados democráticos.

Deste modo, o elemento acertadamente analisado por Ubillos não se reduz à mera discussão a respeito da existência ou não de eficácia dos direitos fundamentais às relações particulares, de modo abstrato; o objeto da observação, mais profunda, é a adequada demarcação da intensidade desta eficácia. E, de acordo com o entendimento exposto por Ubillos, a dignidade humana é um fator decisivo para delinear tais balizas.

Em sentido convergente, Jorge Reis Novais²⁹⁹ sustenta que a dignidade desempenha, em um cenário de conflito de direitos materialmente constitucionais, papel relevante para apontar um parâmetro, um critério, que oriente as necessárias ponderações. Destarte, conforme o autor, poderá a dignidade desempenhar um papel contra os direitos fundamentais, o que é relevante na análise dos discursos de ódio, na medida em que o direito que se tenciona limitar (liberdade de expressão) possui inequívoco grau de fundamentalidade. Reconhecendo o fato de que “condutas de particulares, em princípio protegidas por normas de direitos fundamentais, podem ameaçar a dignidade de outras pessoas”³⁰⁰, Novais aponta para a possibilidade da restrição a direitos fundamentais tendo a dignidade como fundamento da restrição, nos seguintes termos: “Nesse sentido, não se pode excluir, sem mais, a hipótese de uma utilização justificada da dignidade da pessoa humana *contra* direitos fundamentais, ou seja,

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 99.

³⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 102.

uma utilização em que o conceito de dignidade vem invocado enquanto fundamento de restrição necessária e adequada de direitos ou de modalidades de exercício concreto de direitos fundamentais.”³⁰¹

Compartilhando a compreensão da possibilidade de restrição de direitos fundamentais pela dignidade humana, Paulo Otero corrobora o entendimento, assim articulando seu convergente pensamento: “O respeito pela dignidade humana pode sempre servir de fonte geradora de deveres fundamentais, justificação de restrições e limitações a quaisquer outros direitos fundamentais, sendo ainda critério aferidor da validade de quaisquer intervenções públicas ou privadas envolvendo direitos humanos.”³⁰²

O mesmo ponto vem apresentado na obra de Ingo Sarlet³⁰³, sustentando o autor, em relação ao princípio da dignidade humana, que este pode justificar “e até mesmo exigir” que eventuais limites e restrições a outros bens jurídicos sejam criados, mesmo que para restringir “normas de cunho jusfundamental”. Bastante interessante a observação de que além de uma possibilidade, a restrição a um direito fundamental possa se configurar como uma exigência: é que se a proteção à dignidade for levada à sério e às últimas consequências, sendo um bem jurídico indisponível, não haverá outra alternativa senão efetivamente reconhecer que haverá uma imposição jurídico-fundamental de elevação da dignidade no eventual conflito, por ser ela a base de todo o ordenamento – inclusive para fins hermenêuticos.

Tem-se que a eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas é inequívoca; o desafio é pontuar, de modo fundamentado e em consonância ao direito positivo, o modo pelo qual esta eficácia deverá operar seus efeitos nas relações concretas. Assim, se é certo que a dignidade pode limitar direitos fundamentais, como acima consignado, acerta Ubillos ao trazer à baila os critérios da desigualdade e da preservação da dignidade como balizadores da intensidade da eficácia dos direitos fundamentais, porquanto deste modo preserva a essência da autonomia individual (liberdade), sem ignorar a necessária proteção constitucional que é dada aos elementos intangíveis e subjacentes à própria existência do Estado, que é a tutela plena da dignidade humana: “a dignidade humana torna-se, neste sentido, o fundamento último da existência e do exercício do Poder político”³⁰⁴, conforme magistério de Otero.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 103.

³⁰² OTERO, Paulo – **Direito constitucional português**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 39.

³⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 136.

³⁰⁴ OTERO, Paulo – **Direito constitucional português**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 39

Nesse diapasão, percebe-se que as noções que foram expostas anteriormente quanto à conceituação dos discursos de ódio são facilmente verificáveis neste estágio da exposição, em cotejo com os critérios de Ubbilos: sustentou-se que a caracterização dos discursos de ódio dá-se pelo ataque a grupos politicamente minoritários e tem por propósito estigmatizar e amesquinhar tais vítimas; são, portanto, características que se amoldam à proposição de Ubbilos, visto que ambos os elementos seriam aptos a ensejar maior proteção de acordo com os critérios indicados pelo autor (desigualdade material e proteção da dignidade).

Fundamental, neste ponto, notar que é inerente aos discursos de ódio o ataque à dignidade alheia, sendo relevante a análise doutrinária a respeito das razões pelas quais entende-se que a estigmatização seja antijurídica. A propósito, Jorge Reis Novais sustenta que há violação da dignidade humana quando a pessoa é humilhada ou estigmatizada como ser pretensamente inferior: a violação da dignidade ocorre “quando o tratamento inigualitário é especialmente desqualificador”³⁰⁵. De acordo com a exposição do autor: “Toda pessoa tem, nas fórmulas popularizadas por Dworkin, não apenas direito a um tratamento equitativo, mas fundamentalmente, o direito a ser tratada como um igual (*as equal*), o direito a beneficiar de uma igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade política (*equal concern*) (...)”³⁰⁶

Se é certo que “o princípio da igualdade é, em última análise, uma concretização do reconhecimento constitucional da igual dignidade das pessoas humanas”³⁰⁷, coerentemente será necessário afirmar que haverá violação da dignidade quando o tratamento discriminatório for baseado nas características do indivíduo.³⁰⁸

Deste modo, Novais complementa o raciocínio, traçando a relação causal existente entre a inferiorização e a violação da dignidade: “Assim, há violação específica e directa da dignidade de ser humano quando a pessoa é publicamente humilhada ou é discriminada de forma estigmatizante, aviltante, tratada como inferior ou como intrinsecamente digna de menor consideração e respeito, e, designadamente, quando esse tratamento se fundamenta simplesmente naquilo que a vítima é, no que pensa ou como vive.”³⁰⁹ Percebe-se que o autor introduz a ideia de violação daquilo que o sujeito seja, isto é, há uma preocupação

³⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana**. Volume 2. Coimbra: Almedina, 2017, p. 133.

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ “A dignidade se traduz no status do indivíduo enquanto membro de uma sociedade em uma boa posição, em igualdade com os demais, o que reivindicaria uma demanda por reconhecimento e tratamento de acordo com tal status igualitário, ou seja, de ser tratado com igual respeito e consideração.” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 508.)

³⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana**. Volume 2. Coimbra: Almedina, 2017, p. 134.

com a tutela do indivíduo e de suas circunstâncias, os traços que lhe conferem sua identidade. Deste modo, exemplifica Novais que a discriminação em função da raça extrapola a violação à igualdade, porquanto atinge também a dignidade do sujeito, a qual acaba por ser violada em decorrência do tratamento desigual.

Novais³¹⁰ aponta distinções quanto às violações à dignidade em decorrência do tratamento desigual por conta de tratamento discriminatório desqualificante motivado por (i) questões a respeito do *ser*, isto é, os elementos característicos da pessoa que independem de sua vontade e (ii) por questões atinentes às escolhas pessoais de cada um, concernentes ao modo de vida escolhido.³¹¹

Pode-se reclassificar tais dimensões de atos discriminatórios como constitutivos de ataques à pessoa por conta de elementos identitários eletivos e elementos identitários não-eletivos. Em outras palavras, significa dizer que os elementos identitários eletivos são aqueles que passam a fazer parte da pessoa e de sua identidade por escolha própria, como ocorre com as preferências religiosas, filosóficas, profissionais etc. Já em relação aos elementos identitários não-eletivos, tem-se aqueles aspectos constitutivos da singularidade da pessoa que não são objeto de deliberação reflexiva ou de escolha consciente, como ocorre com o pertencimento a uma etnia, gênero, sexualidade ou características físicas genéticas.

Interessante notar que se poderia cogitar da possibilidade de uma argumentação segundo a qual a liberdade de expressão, por ser fundamentada na dignidade humana, não poderia ser restringida justamente pela dignidade humana, sob pena de incoerência argumentativa. Este raciocínio, todavia, se mostra falacioso. Isto porque, mesmo sendo correto o argumento de que a dignidade dê suporte à liberdade de expressão, não se pode ignorar que evidentemente a dignidade possui um leque amplo de incidências, de modo que, neste caso, é necessário observar-se que o conflito opera em relação a diferentes níveis de tutela da dignidade: o elemento que se busca preservar com a restrição à liberdade de expressão é justamente o núcleo da dignidade humana, pois relacionado à própria identidade do indivíduo (e à forma pela qual insere-se na comunidade política), ao passo que a liberdade de expressão, ainda que sendo um direito fundamental, não se qualifica a ponto de ser elevado à condição de

³¹⁰ *Ibidem*, p. 134/135.

³¹¹ Em sentido contrário, Mick Hume provoca: “As identidades autodefinidas – ‘mulher negra’, ‘homem homossexual’ ou ‘muçulmano’, por exemplo – são consideradas fixas; são o que somos, não algo que almejamos ser. Trata-se, portanto, de um assunto encerrado, que não é questionável nem passível de ser desafiado por ninguém. Além disso, como uma identidade é subjetiva – é o que dizemos que somos –, os membros de um grupo identitário presumem ter o direito de definir a verdade sobre si mesmos. Insistem num monopólio moral sobre a sua história. Quem não for negro, mulher ou homossexual não tem voz em questões que os afetem.” (HUME, Mick – **Direito a ofender: a liberdade de expressão e o politicamente correcto**. Lisboa: Tinta da China, 2016, p. 199.)

núcleo essencial da dignidade (embora seja desta um desdobramento).³¹² Portanto, a identidade individual é núcleo da dignidade, ao passo que a liberdade de expressão é “corolário da especial dignidade da pessoa humana”³¹³.

Oportuna a lição de Paulo Otero³¹⁴ para os casos em que há pretensões igualmente fundadas na dignidade, porquanto se deverá operar pela solução normativa “melhor conexiada com a dignidade humana”, o que significa dizer que a “prevalência aplicativa” neste caso será da dignidade em sentido estrito, e não da liberdade de expressão. Da mesma forma, pode-se invocar a ideia de “núcleo essencial dos direitos fundamentais”³¹⁵ e questionar: qual violação atinge de forma mais direta e imediata o núcleo da dignidade? A ofensa à identidade ou a restrição à liberdade de expressão? Parece claro que, também sob este enfoque, a melhor solução seja a restrição à liberdade de expressão para melhor tutela do núcleo da dignidade, visto que a eventual opção pela tutela da liberdade de expressão – neste caso – resultaria em maior ameaça à dignidade, a qual, como exposto, deve ser sempre o bem jurídico de maior intensidade de tutela.

Com efeito, a limitação do direito de livre manifestação do pensamento odioso encontra aqui dois pontos de apoio juridicamente qualificados: em primeiro lugar, a ideia da tutela da dignidade, como visto acima. Mas há, ainda, em segundo plano, a ideia de que há um “limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito”³¹⁶, isto é, o direito é legítimo de ser exercido se e quando estiver em consonância à razão de ser do próprio direito invocado. Significa dizer, em outras palavras, que o direito será exercido de forma legítima quando o for para dar vida (concretude) à motivação existencial do direito; por consequência, haverá exercício ilegítimo – ou mesmo inexistência de direito³¹⁷ – quando este

³¹² “Qualquer limitação (restrição) aos direitos fundamentais tem que respeitar o núcleo essencial destes, ou seja, o núcleo essencial que envolve diretamente os direitos fundamentais e por derivação a noção de dignidade da pessoa humana, que não pode ser abalada.” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 394.)

³¹³ BINENBOJM, Gustavo – **Liberdade igual: o que é e por que importa**. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 21.

³¹⁴ OTERO, Paulo – **Direito constitucional português**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 39.

³¹⁵ “A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. Com efeito, a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia.” (SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 402.)

³¹⁶ MIRANDA, Jorge - **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 377.

³¹⁷ Há duas teorias a respeito das restrições aos conteúdos dos direitos fundamentais. De acordo com a teoria interna, os limites aos direitos fundamentais não são dados por outras normas, mas sim de modo interno e apriorístico (nunca *prima facie*), de modo que não haverá conflito entre direitos fundamentais, pois ou o suporte fático estará preenchido (ensejando a aplicação) ou não estará preenchido (não ensejando a aplicação). Por outro lado, de acordo com a teoria externa, as restrições serão verificadas no caso concreto, e não de modo abstrato, de modo que as limitações serão motivadas pela necessidade de conciliação com o exercício concomitante de outros direitos. A respeito da distinção: NOVELINO, Marcelo – **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm,

for concretizado para finalidade contrária àquela que legitima a existência do próprio direito posto em causa.

Assim sendo, cabe demonstrar que o exercício do direito de liberdade de expressão, na hipótese dos discursos de ódio, não guarda nenhuma relação de legitimação com as razões que fundamentam a existência do direito à liberdade de expressão. Como visto na seção dedicada à liberdade de expressão, há um amplo rol de razões legítimas e relevantes que dão sustentação à liberdade de expressão, elevando tal direito, necessariamente, a um grau de fundamentalidade sistêmica nos regimes democráticos.

Percebe-se, com efeito, que absolutamente nenhum dos nobres fundamentos legitimadores da liberdade de expressão são condizentes com o uso deste direito para a finalidade de vilipendiar a honra e a dignidade alheias; isto porque a busca da verdade, a livre circulação de ideias, a busca de um melhor governo, a ideia de participação política e da autonomia individual (dentre outros tantos fundamentos) jamais servirão de apoio argumentativo à prática do ódio voltado contra minorias. Gize-se: não há relação possível de sustentação entre os discursos de ódio e os legítimos fundamentos da liberdade de expressão, isto é, os fundamentos da liberdade de expressão não se prestam para a defesa da “liberdade” de ofender.

Por tais motivos, embora sem ignorar as divergências existentes (sobretudo no cenário estadunidense, que tutela com primazia a liberdade individual)³¹⁸, sustenta-se que a solução para o conflito de interesses jurídicos contrapostos seja necessariamente o reconhecimento de que “a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais”³¹⁹, em sintonia ao argumento sustentado por Marcelo Novelino, segundo o qual: “Nessa medida, os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode e não deve ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.”³²⁰ Há, pois, de acordo com a concepção do autor, nítido elemento limitador à liberdade de expressão.

2020, p. 328.

³¹⁸ “Entre outras concepções que podem repercutir na interpretação dos direitos estão, por exemplo, aquelas que enfatizam a predominância da autonomia individual em sua interpretação, e aquelas que destacam a importância da compreensão comunitária – heterônoma – desses mesmos direitos. Essas diferentes concepções podem conduzir a conclusões bastante diversas acerca dos direitos de liberdade, por exemplo, entre outros.” (BARCELLOS, Ana Paula – **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 196)

³¹⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 485.

³²⁰ NOVELINO, Marcelo – **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 396.

Portanto, à luz da ideia de que “os princípios constitucionais podem ter pesos diversos”³²¹ (pois é da natureza dos princípios tal dimensão)³²², confere-se a necessária tutela à dignidade (maior peso), em detrimento à liberdade de expressão (menor peso) quando o seu exercício for constitutivo de discurso de ódio. A escolha pela concessão de maior peso à identidade/dignidade (e não à liberdade de expressão) não é arbitrária: justifica-se do ponto de vista jurídico-normativo pelo fato de ser a dignidade o vértice central de qualquer ordenamento democrático.³²³

Deste modo, há que se reconhecer que existe uma prevalência *prima facie* da tutela do núcleo essencial da dignidade do indivíduo, de modo que seus traços identitários não podem ser lícitamente atacados odiosamente, de modo que se mostra legítima a atuação do Estado para limitar ou reprimir a conduta ofensiva, que se afigura antijurídica.

Naturalmente que a relevância dos direitos postos em causa (liberdade e dignidade) faz com que este cotejo seja sempre difícil: há que se atentar, nesse sentido, para o fato de que a crítica não pode ser embaraçada ou inibida, visto que legítima e tutelada pelo Direito. Portanto, mesmo a crítica a determinados grupos sociais poderá ser realizada sem incorrer em antijuridicidade, desde que não ultrapasse o propósito da crítica e não incorra em verdadeiro ataque odioso.

Por fim, cumpre consignar que as vicissitudes dos casos concretos tornarão sempre necessária a minudente análise do caso que efetivamente se apresente, de modo que a solução aqui proposta deve ser encarada como uma preponderância apenas *prima facie* da tutela da identidade em detrimento da liberdade de expressão. Nesse sentido, a eventual alteração desta configuração preferencial da tutela da dignidade ensejará ao postulante à plena liberdade de expressão a assunção da carga do ônus argumentativo necessário para a demonstração da preponderância da liberdade no caso concreto, a fim de eventualmente afastar a compreensão estabelecida em caráter *prima facie*.

³²¹ MASSON, Nathalia – **Manual de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 257.

³²² “A dimensão de peso, ou importância ou valor (obviamente, valor numa acepção particular ou especial) só os princípios a possuem, as regras não, sendo este, talvez, o mais seguro critério com que distinguir tais normas.” (BONAVIDES, Paulo – **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 288.)

³²³ Em sentido contrário ao uso dos diferentes pesos, Ferreira Filho afirma que o uso de tal critério é “sempre arbitrário e discutível, já que a Constituição não estabelece tal escala”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 342.)

Conclusão

Reconheceu-se, desde o princípio, a complexidade do tema abordado, sobretudo em razão do alto grau de importância dos dois direitos que são postos em confronto: a liberdade de expressão e a dignidade, ambos necessários em um ambiente democrático.

O primeiro capítulo dedicou-se à liberdade de expressão, demonstrando-se que, do ponto de vista político-filosófico, a liberdade de expressão vem bem amparada na esteira do pensamento liberal, com ênfase para Stuart Mill. São apontados como fundamentos relevantes à liberdade de expressão, dentre outros, a busca da verdade em um livre mercado de ideias. Ainda, na esteira de pensadores contemporâneos a fiscalização dos governos e o desenvolvimento da personalidade do indivíduo também remontam como relevantes pilares da liberdade de expressão. No tocante à análise jurídico-normativa, tem-se claro que os mais variados diplomas internacionais se preocupam em assegurar a existência da liberdade de expressão para os mais variados povos, sendo certo que todos os regimes democráticos contemporâneos igualmente tutelam a liberdade, por ser pedra angular da democracia.

Em um segundo capítulo, a tentativa de conceituar os discursos de ódio redundou em uma compreensão segundo a qual estes seriam caracterizados pelos atos discursivos nos quais se faz presente o elemento volitivo, a pretensão de disseminação, o elemento odioso e um alvo determinado constituído por grupo social politicamente minoritário e discriminado. Como grupos recorrentemente vítimas dos discursos de ódio, destacam-se aqueles atingidos pelo sexismo, pela LGBTfobia (especialmente transfobia e homofobia), racismo e preconceito quanto à procedência (origem nacional ou geográfica).

Ainda no bojo do segundo capítulo, observou-se que a diversidade de histórias e culturas enseja diferentes compreensões jurisprudenciais sobre o tema: ao passo que a jurisprudência da Alemanha, orientada sobretudo pela tutela da dignidade humana e ciente das perseguições realizadas no passado recente pelo regime totalitário nazista, não tolera os discursos de ódio, entendendo pela legitimidade da restrição da liberdade de expressão, a jurisprudência dos EUA, em sentido oposto, por conta da forte influência liberal no seu Direito positivo, prefere a tutela quase irrestrita da liberdade de expressão.

No terceiro capítulo explorou-se a evolução da compreensão dos direitos fundamentais, admitindo-se a teoria da eficácia horizontal como mecanismo capaz de assegurar o exercício dos direitos até mesmo em face de outros particulares, de modo que não mais o

Estado é o único a dever respeito aos direitos fundamentais, mas todos que compõem a comunidade. Deste modo, uma vez que a todos é dado o direito, mas também o dever, fica nítido que as relações entre liberdades e direitos terá zonas de sobreposição.

Como forma de tentar superar a dificuldade para solucionar o problema dos discursos de ódio, mesmo reconhecendo que a liberdade é decorrente da dignidade, propôs-se a adoção de uma compreensão que confere maior grau de proteção ao núcleo central da dignidade, assim compreendidos os elementos identitários da pessoa.

Significa dizer, destarte, que tutela da liberdade de expressão (mesmo que amparada na dignidade humana) deverá ceder, ao menos *prima facie*, ante à necessária tutela da identidade pessoal (núcleo da dignidade humana), devendo o ônus argumentativo recair sobre o agente que pretenda a inversão, à luz da prevalência axiológica da identidade da pessoa.

Referências bibliográficas

ALVES, Ayala do Vale Alves; MISI, Márcia Costa – Da liberdade de expressão ao discurso do ódio: uma análise da adequação do entendimento jurisprudencial brasileiro à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. N. 35 (dez. 2016).

ARENDT, Hannah – **A promessa da política**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2008.

_____ – **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES – **Política**. Tradução Antonio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998.

ARONNE, Ricardo – **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____ – **Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira – **O direito: introdução e teoria geral**. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 1984.

ASH, Timothy Garton – **Liberdade de expressão: dez princípios para um mundo interligado**. Lisboa: Temas e Debates, 2017.

BARBAS, Stela – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula – **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROS, Sérgio Resende – **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando – **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BATISTA, Andreia Aparecida – O embate entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio.
In PEREIRA, Rodolfo Viana (org.) – **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Vol. 1. Belo Horizonte: IDDE, 2018.

BAUMAN, Zygmunt – **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

_____ – **Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BEAUVOIR, Simone – **O segundo sexo: fatos e mitos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BILL of Rights. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em
<https://www.loc.gov/exhibits/creating-the-united-states/interactives/bill-of-rights/speech/enlarge2-transcribe.html>.

BINENBOJM, Gustavo – Prefácio. In FISS, Owen M. – **A ironia da liberdade de expressão**.
Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____ – **Liberdade igual: o que é e por que importa**. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BLEICH, Erik – **The freedom to be racist?**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel – O liberalismo constitucional na Espanha e em Portugal.
In **A Escola de Salamanca e a fundação constitucional do Brasil**. São Leopoldo: Unisinos, 2018.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2020.

BORRILLO, Daniel – O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual

da Lei. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, V. 5 N° 2, (jul./dez. 2010).

BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues – **Liberdade de expressão e honra das figuras públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

BRUGGER, Winfried – Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Direito Público**. N. 15, (jan./mar. 2007).

BUENO, Eduardo – Os anos de chumbo. In **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2010.

BUTLER, Judith – **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

_____ – O fantasma do gênero. **Folha de São Paulo**. (19 de Nov. 2017).

CAMBI, Eduardo – **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMPOS, Germán Bidart – **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm – **Direitos fundamentais e direito privado**. Lisboa: Almedina, 2006.

_____ – **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPALDI, Nicholas – **Da liberdade de expressão: uma antologia de Stuart Mill a Marcuse**. Rio de Janeiro: FGV, 1974.

CARBONARI, Paulo César – Direitos humanos: uma reflexão acerca da justificação e da realização. In **Revista Filosofazer**, Passo Fundo, ano XIII, n. 25, 2004.

CARNEIRO, Sueli – **Escritos de uma vida**. São Paulo: Pólen, 2019.

CARVALHO, Bernardo – Noite italiana. **Folha de São Paulo**. (19 de Jan. 2020).

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

CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino – **Discurso de ódio e minorias sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CHANTER, Tina – **Gênero: conceitos-chave em filosofia**. Porto Alegre: Artmed, 2001.

CHAVES, Débora Caroline Pereira – **Afinal, quem sou eu para o Direito? Reflexões sobre a tutela do transgênero no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CHEQUER, Cláudio – **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder – **Rumo à Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ – **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORNELL Law School. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment.

DAHL, Robert – **Polyarchy**. New Haven: Yale University Press, 1972.

_____ – **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2009.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020]
Disponível em https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020]
Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.

DÍAZ, Álvaro Paúl – La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 38, n. 2 (2011).

DUQUE, Marcelo Schenk – **Direito privado e Constituição**. São Paulo: RT, 2013.

DWORKIN, Ronald – **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____ – **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGISCH, Karl – **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

EUROPEAN Court of Human Rights. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-168703%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-168703%22]}).

FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FISS, Owen M. – **A ironia da liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FORST, Rainer – **Contextos da justiça**. São Paulo: Boitempo, 2010.

- FREDMAN, Sandra – **Discrimination law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FREITAS, Juarez – **A interpretação sistemática do direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FREITAS, Riva Sobrado; CASTRO, Matheus Felipe – Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Revista Sequência**. N. 66 (jul. 2013).
- GARCIA, Luiz Carlos – O discurso homotransfóbico como limite à liberdade de expressão no discurso político. In PEREIRA, Rodolfo Viana (org.) – **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Vol. 2. Belo Horizonte: IDDE, 2018.
- GLUCKSMANN, André – **O discurso do ódio**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007.
- GOMES, Juliana Cesario Alvim – O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. **Revista Direito & Práxis**. Vol. 07, N. 15. (2016).
- _____; NOGUEIRA, Rafaela; ARGUELHES, Diego Werneck. –Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres?. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, (2018).
- GRAU, Eros Roberto – **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GUIMARÃES, Helena – O elogio das aparências: Hannah Arendt e a crítica aos Direitos Humanos. In **Revista Direito, Estado e Sociedade**, número 43, jul./dez. 2013.
- HERKENHOFF, João Baptista – **Curso de Direitos Humanos volume 1: gênese dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- HERRERA, David Martín – **Extreme speech y libertad de expresión: análisis de la**

- jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense.** Madrid: Dykinson, 2018.
- HÖFFE, Otfried – **Aristóteles.** Tradução Roberto H. Pich. Porto Alegre: Artmed, 2008.
- HONNETH, Axel – **O direito da liberdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- HUME, Mick – **Direito a ofender: a liberdade de expressão e o politicamente correcto.** Lisboa: Tinta da China, 2016.
- JACOBI, Tonja; SCHWEERS, Dylan – Justice, Interrupted: The Effect of Gender, Ideology and Seniority at Supreme Court Oral Arguments. **Virginia Law Review.** Vol. 103 (Out. 2017).
- JIMÉNEZ, Carlos Arce – La discriminación sistémica respecto a las personas de origen migrante en España. **Huri-Age.** N. 9, (2020).
- KANT, Immanuel – **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: Edições 70, 2005.
- KILOMBA, Grada – **Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano.** Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.
- KYMLICKA, Will – **Filosofia política contemporânea.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LAFER, Celso – **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais.** Barueri: Manole, 2005.
- LOCKE, John – **Ensaio políticos.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LOZANO, Germán M. Teruel – Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial. **Revista de Estudios Jurídicos.** N. 2 (2017).
- LUNARDI, Giovani Mendonça – A fundamentação moral dos direitos humanos. **Revista Katálisis,** Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 201-209, (jul./dez. 2011).

MacCORMICK, Neil – **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Jónatas E. M. – **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga – **Liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais**. Porto Alegre: Safe, 2010.

MARTINS NETO, João dos Passos – **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MASSON, Nathalia – **Manual de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020.

MEDRADO, Flávio Augusto Barreto – **Princípio da ofensa como parâmetro hermenêutico para um microssistema penal do discurso do ódio**. Salvador: JusPodivm, 2018.

MELO, Ana Patrícia Vieira Chaves – **Discurso do ódio nas redes sociais no Brasil: análise da possibilidade e legitimidade de controle legislativo, administrativo e judicial ante o tratamento constitucional e internacional**. São Cristóvão: UFSE, 2019. Dissertação de mestrado.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro – **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart – **Sobre a liberdade**. Sintra: Publicações Europa-América, 1997.

MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017.

MOIRA, Amara – Destino amargo. In MOIRA, Amara [et al]. **Vidas trans**. Bauru: Astral Cultural, 2017.

MOREIRA, Adilson José – **Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MOREIRA, Isabel – Da inconstitucionalidade das normas resultantes da leitura conjugada do artigo 1577 do Código Civil e da alínea *e* do artigo 1628 do mesmo Código, nos termos das quais duas pessoas do mesmo sexo não podem contrair casamento e, se o fizerem, é o mesmo tido por inexistente. In CORTE-REAL, Carlos Pamplona (org.) – **O casamento entre pessoas do mesmo sexo**. Coimbra: Almedina, 2008.

NAIR, Sami – Europa frente a la crisis migratoria. In **Derechos Humanos, Migraciones y comunidad local**. Sevilla: Fondo Andaluz de Municipios para la Solidaridad Internacional, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016.

NOVELINO, Marcelo – **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, Nythamar – O problema da fundamentação filosófica dos direitos humanos: por um cosmopolitismo semântico-transcendental. **Ethic@ Revista Internacional de Filosofia da Moral**, volume 5, número 1, 2006, p. 21-31.

OTERO, Paulo – **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____ – **A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária**. Cascais: Principia, 2010.

_____ – **Direito constitucional português: identidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016.

_____ – **Direito constitucional português**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016.

_____ – **Instituições políticas e constitucionais**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016.

PACTO Internacional sobre os direitos civis e políticos. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020]

Disponível em

http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf.

PATON, H. J. – **The categorical imperative: a study in Kant's moral philosophy**. Philadelphia: Penn, 1971.

PERLINGIERI, Pietro – **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota – Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In SARLET, Ingo (org) – **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula vinculante e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016.

POPPER, Karl – **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. São Paulo: Unesp, 2013.

PRATA, Antonio – Preto no branco. **Folha de São Paulo**. (19 de Jul. 2020). p. B6.

PRETES, Érika Aparecida – **A criminalização do discurso de ódio homofóbico no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2014. Dissertação de Mestrado.

RAWLS, John – **Uma teoria da justiça**. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 2013.

RODRÍGUEZ, Ignacio Álvarez – El discurso del ódio sexista. **Revista Jurídica de Castilla y León**. N. 48 (mai. 2019).

SANTOS, Ana Cristina – A mão que empurra Gisberta (feita para apanhar, boa de cuspir).

Público. Lisboa. (2 de Fev. 2018).

SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____ – **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.) – **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, Daniel – A liberdade de expressão e o problema do hate speech. **Revista de Direito do Estado.** Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, (out./dez. 2006), p. 53-105.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de informação legislativa.** V. 52, n. 207, (jul./set. 2015).

SCHAUER, Frederick – **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision- making in law and life.** New York: Oxford University Press, 2002.

_____ ; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter – **The philosophy of law.** New York: Oxford University Press, 1996.

SEN, Amartya – **A ideia de justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____ – **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____ – **Identidade e violência: a ilusão do destino.** São Paulo: Iluminuras, 2015.

SILVA, Juremir Machado – **Raízes do conservadorismo brasileiro: a abolição na imprensa e no imaginário social.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SILVA, Rosane Leal et al. – Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 7, n. 2, (dez. 2011), p. 445-468.

SILVA, Tânia Maria Gomes – Um pouco mais sobre gênero. **Revista Nupem**. Campo Mourão, vol. 6 n° 11, pp. 127-142, (jul.dez. 2014).

SILVEIRA, Esalva Maria Carvalho – **De tudo fica um pouco: a construção social da identidade do transexual**. Porto Alegre: PUCRS, 2006. Tese de doutoramento em Serviço Social.

SOARES, Elza – **A carne**. Videoclipe Oficial. 2017. [Em linha] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yktrUMoc1Xw>. [Consult. 8 de ago de 2020].

STEINMETZ, Wilson – **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUPREMA CORTE DOS EUA – Caso Bostock vs Georgia. [Em linha] [Consult. 27 Dez 2020] Disponível em https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf.

SUPREMO Tribunal Federal – Acórdão do Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>.

_____ – Acórdão do Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>.

_____ – Acórdão do Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000001284&base=baseQuestoes>.

_____ – Acórdão do Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020]
Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000001284&base=baseQuestoes>.

_____ – Acórdão do Supremo Tribunal Federal. RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005, 2ª T., DJ 27/10/2006, p. 64.

TURATTI JUNIOR, Marco Antonio – **Reconhecimento jurídico-social da identidade LGBTI+**. Curitiba: Appris, 2018.

UBILLOS, Juan María Bilbao – Eficacia horizontal de los derechos fundamentales. In TEPEDINO, Gustavo (org) – **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____ – En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo (org) – **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ULLA, Juan Manuel López – Libertad de expresión y discurso del odio. **Revista Fragmentum**. N. 50 (jul-dez. 2017).

VENTURA, Miriam – Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In RIOS, Roger Raupp (org) – **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WALKER, Samuel – **Hate speech: the history of an american controversy**. Lincoln:

University of Nebraska Press, 1994.

WEBER, Thadeu – **Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana**. Petrópolis: Vozes, 2013.

_____ – **Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano**. Porto Alegre: EdipUCRS, 2009.

WOOLFREY, Joan – **Olympe de Gouges**. [Em linha]. [Consult. 11 Abr. 2020] Disponível em <https://www.iep.utm.edu/gouges/>.

ZIPPELIUS, Reinhold – **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ – **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971.