

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE
SERGIPE
CURSO DE DIREITO**

ANDREZA SANTOS COSTA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO:
LIMITES, DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

**ARACAJU
2019**

ANDREZA SANTOS COSTA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO:
LIMITES, DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

**Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Direito da Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe, como
requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Me. Anderson Clei dos
Santos**

**ARACAJU
2019**

COSTA, Andreza Santos.

C837I Liberdade De Expressão E Discurso De Ódio: limites, desafios e perspectivas / Andreza Santos Costa; Aracaju, 2019. 60p.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Anderson Clei Santos

1. Discriminação 2. Discurso de ódio 3. Liberdade de expressão 4. Linguagem I. Título.

CDU342.727

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

ANDREZA SANTOS COSTA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO:
LIMITES, DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Direito da Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em 08/06/19

BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Anderson Clei dos Santos

Orientador



Prof. Me. Luiz Eduardo Alves de Oliva

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Esp. Narbal Alves Guimarães

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força e pela superação de todos os obstáculos.

Aos meus pais, Luzia e Carlos, por não medirem esforços na realização dos meus sonhos.

Ao professor e orientador Anderson Clei, pelo incentivo, paciência e dedicação, o que tornou possível a conclusão desta monografia.

Agradeço a todos que me apoiaram nesta longa jornada de estudos, tornando possível o que parecia tão difícil.

“O ódio é a vingança dos covardes.”

(Bernard Shaw)

RESUMO

A liberdade de expressão é uma das principais garantias que integram a democracia, recebendo ampla defesa por parte da sociedade, principalmente dos meios de comunicação. Porém, a liberdade de expressão pode ser utilizada para a prática da discriminação e de incitação ao ódio contra grupos marginalizados pela sociedade, como os negros e os homossexuais, configurando o que ficou conhecido como “discurso de ódio”, que é a manifestação linguística que incita a violência e o tratamento degradante às minorias. Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar o conflito entre o exercício da liberdade de expressão e a prática do discurso de ódio, abordando os seus limites frente a dignidade da pessoa humana. Os objetivos específicos são: Delinear o discurso de ódio em termos discursivos e jurídicos; Analisar como o discurso de ódio fere a dignidade da pessoa humana; Verificar o limite entre a liberdade de expressão e os crimes de ódio cometidos na internet. A metodologia selecionada foi a abordagem qualitativa com procedimento bibliográfico, em pesquisa na literatura sobre o tema. Conclui-se que, como a liberdade de expressão varia de acordo com a visão de mundo que o indivíduo possui, há um conflito entre o que é a manifestação de uma ideologia ou opinião contrária ao que a maioria pensa e o que é uma incitação ao ódio contra determinados grupos. Esse conflito deve ser resolvido pelo aplicador do Direito com base no contexto comunicacional e social em que ocorre, pois tanto o discurso de ódio quanto a liberdade de expressão tratam-se de atos de linguagem, menos fáceis de serem observados em comparação com as atitudes discriminatórias e diretamente relacionados a aspectos socioculturais, históricos e políticos. Ainda, extraiu-se do exame bibliográfico realizado que ao discurso de ódio ainda falta delineamento e substância tanto na doutrina quanto na jurisprudência, devendo ser examinado pelos órgãos máximos do Judiciário, para que a sua interpretação jurídica se torne uniforme em todo o território nacional.

Palavras-chave: Discriminação. Discurso de ódio. Liberdade de expressão. Linguagem.

ABSTRACT

Freedom of expression is one of the main guarantees that integrate democracy, receiving widespread protection from society, especially the media. However, freedom of expression can be used to practice discrimination and incitement to hatred against groups marginalized by society, such as blacks and homosexuals, forming what has become known as a "hate speech", which is the linguistic manifestation that violence and the degrading treatment of minorities. Therefore, the present work has the general objective of analyzing the conflict between the exercise of freedom of expression and the practice of hate speech, addressing its limits to the dignity of the human person. The specific objectives are: To delineate the speech of hatred in discursive and legal terms; Analyze how hate speech hurts the dignity of the human person; Check the border between freedom of expression and hate crimes committed on the internet. The methodology selected was the qualitative approach with a bibliographic procedure, in a research in the literature on the subject. It is concluded that, since freedom of expression varies according to the world view that the individual possesses, there is a conflict between what is the manifestation of an ideology or opinion contrary to what the majority thinks and what is an incitement to the hatred against particular groups. This conflict must be solved by the law enforcer based on the social and communicational context in which it occurs, since both hate speech and freedom of expression are acts of language, less easy to observe compared to discriminatory attitudes and directly related to sociocultural, historical and political aspects. Also, it was extracted from the bibliographic examination carried out that the discourse of hate still lacks delineation and substance in both doctrine and jurisprudence, and should be examined by the maximum organs of the Judiciary, so that its legal interpretation becomes uniform throughout the national territory.

Keywords: Discrimination. Hate speech. Freedom of expression. Language.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO	10
2.1 A História da Liberdade de Expressão no Âmbito Internacional e Nacional	14
2.2 Liberdade de Expressão como Alicerce para a Democracia.....	17
3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A ABRANGÊNCIA DO DISCURSO DE ÓDIO	22
3.1 O Discurso de Ódio e sua Definição	23
3.2 Análise Jurídica da Prática Discursiva que Incita o Ódio	27
3.3 A Liberdade de Expressão na Inferiorização e na Intolerância do Outro .	35
4 CONFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A RESPONSABILIZAÇÃO DIANTE DO DISCURSO DE ÓDIO VIRTUAL.....	39
4.1 Liberdade de Expressão, Discurso de Ódio e Marco Civil (Lei nº 12.965/2014)	39
4.2 Aspectos Relevantes da Responsabilização pelo Discurso de Ódio na Internet.....	44
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

O ser humano sente a necessidade de se expressar, manifestar o que está dentro de si das mais diferentes formas, seja através da linguagem falada, seja por meio da expressão escrita, como também de gestos, símbolos, imagens e tantas outras maneiras que criou para se comunicar. Isso é visto desde o início da humanidade, quando os homens primitivos se utilizavam de pinturas tanto para registrar o que viam na natureza quanto para expressar o que seus instintos lhe diziam.

Com o passar do tempo, o conteúdo dessas manifestações foi sendo problematizado à medida que a sociedade foi se desenvolvendo e formas de controle e de convivência foram instauradas. Concomitantemente, a humanidade foi se tornando cada vez mais diversificada, com os homens se diferenciando na aparência física e nos aspectos culturais. Esses dois fatores levaram às manifestações de pensamento e de opinião vistas como intolerantes, por envolverem uma forma de se referir a grupos que se diferenciam em algum aspecto e, por isso, foram marginalizados pela sociedade. Além disso, revelam uma dificuldade em aceitar o diferente e uma pretensão de se utilizar da expressão humana em todo e qualquer tipo de conteúdo, mesmo que este fira alguém e/ou as leis vigentes.

Atualmente, com a Constituição de 1988 e os instrumentos democráticos espalhados pelo mundo, a expressão do pensamento e da opinião virou um princípio de suma importância para o direito do homem. Por outro lado, o racismo se tornou um crime inafiançável e imprescritível e a discriminação sob qualquer justificativa passou a ser rechaçada por toda e qualquer democracia, posto que fere o homem no que tem de mais íntimo e instaura na sociedade uma tendência ao desrespeito e à violência que a impede de se desenvolver plenamente.

Porém, qual o limite da liberdade de expressão? Sua garantia permite pensamentos e opiniões de cunho discriminatório para com o outro? E quanto àquela manifestação humana que influencia os demais a tratarem o outro com discriminação e violência? Por esses questionamentos, vê-se que ambos os pontos que caracterizam o ser humano desde a sua origem continuam a gerar discussões e a serem motivo de enfrentamento, tanto na seara jurídica quanto no seio social.

Dito isso, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar o conflito entre o exercício da liberdade de expressão e a prática do discurso de ódio, abordando os seus limites frente a dignidade da pessoa humana. Já como objetivos específicos, pretende: Delinear o discurso de ódio em termos discursivos e jurídicos; Analisar como o discurso de ódio fere a dignidade da pessoa humana; Verificar o limite entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio.

Para atingir tais objetivos, foi selecionada uma metodologia com abordagem qualitativa e procedimento bibliográfico, desenvolvida através de pesquisa na literatura sobre o tema, manuais de Direito Constitucional, publicações acadêmicas e dispositivos normativos. Trata-se, portanto, de um estudo descritivo que tem como objeto uma questão já debatida no mundo acadêmico, porém trazendo um novo enfoque e procurando lançar luz sobre essa problemática que permanece na atualidade. Essa pretensão também constitui a justificativa para a realização deste estudo, por contribuir para o debate acerca da liberdade de expressão junto aos discursos discriminatórios ainda frequentes no Brasil e no mundo.

Além desta introdução, o trabalho está assim dividido: o primeiro capítulo traz conceitos e visões importantes ao exame da questão, voltados à dignidade da pessoa humana em sua historicidade e sua importância para os direitos fundamentais, principalmente o direito à liberdade de expressão; o segundo capítulo faz a relação entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, tecendo comentários a partir da análise de casos julgados no Brasil e apontando a limitação e os contornos de um e de outro; o terceiro capítulo apresenta a necessidade de a liberdade de expressão ser encarada de modo diferente para corresponder à complexidade da era informacional hodierna, junto à responsabilização civil e penal pelo discurso de ódio; por fim, as considerações finais são apresentadas, resumindo todo o estudo e relatando perspectivas a serem tornadas reais.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A dignidade da pessoa humana, no sentido que possui contemporaneamente, originou-se da religião, com a ideia de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, e também do sentido racional do Iluminismo, cuja defesa da centralidade do homem levou à capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo (BARROSO, 2010a, p.4). Tal ideia coloca o homem em igualdade ao seu semelhante, pois ambos possuem igual dignidade, de sorte que um não pode ser visto como superior ao outro.

Ainda, em um sentido cultural, pode-se afirmar a universalidade da dignidade humana, posto que todas as sociedades possuem valores humanos, intrínsecos ao homem somente por ser um ser humano, o que não quer dizer que esses valores, e consequentemente a ideia de dignidade humana, se mantêm inalterados no decorrer do tempo (VARELA, 2008, p.15). Tais valores se alteram à medida que o tempo passa e as classes e sociedades se diferenciam em termos culturais, porém não o suficiente para que a ideia de dignidade seja perdida (VARELA, 2008, p.15).

No decorrer do século XX, a dignidade da pessoa humana assumiu contornos políticos, sendo vista como um objetivo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, e passa a adquirir um aspecto jurídico após a Segunda Guerra Mundial, graças à aproximação do Direito com a filosofia moral e a filosofia política (BARROSO, 2010a, p.4). Isso ocorre devido a uma cultura pós-positivista que surge nessa época e à sua inclusão em diferentes documentos internacionais e em Constituições de Estados democráticos (BARROSO, 2010a, p.4).

Nesse ínterim, a dignidade alcança o caráter de igualdade, ao passo que é encarada como uma maneira de ser dada a cada indivíduo a oportunidade para participar da construção da sociedade, oportunidade que deve ser igual para todos e que faz parte do que é ser humano. Ao mesmo tempo, ela é o que diferencia o ser humano dos demais, havendo uma pluralidade na ação humana representada pelo fato de que cada ser humano é único, sem que ninguém seja igual a alguém que já existiu, que existe ou que venha a existir (ARENDT, 2007 *apud* VARELA, 2008, p.20). Nesse passo, Varela (2008, p.21) coloca que a dignidade humana

Possui uma dupla dimensão, ou seja, pode ser entendida como fruto da autodeterminação da pessoa humana e como necessidade de proteção desta autonomia por parte do Estado e da comunidade. O caráter dúplice deste princípio implica em sua proteção jurídica consistente, entre outras, no dever de respeito aos direitos e de forma primordial no desenvolvimento da individualidade e capacidade de autodeterminação para que o indivíduo atue com liberdade e de forma efetiva na sociedade.

Assim, é ao mesmo tempo condição humana e direito prestacional crucial para qualquer democracia. Na Constituição atualmente em vigor, está posta como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, inciso III. Disso, depreende-se sua fundamental importância para o ordenamento jurídico, mas também para a sociedade como um todo, pois encarar o outro como um ser digno em toda a sua natureza humana é encarar a si próprio dessa maneira e promover relações baseadas no respeito. Esse fundamento impede o predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, as quais dirimem a liberdade individual, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar (MORAES, 2017, p.18).

Conforme Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, n.p.), apesar de ter demorado para ser objeto de reconhecimento, a dignidade da pessoa humana apresentou-se justamente no âmbito dos princípios de cunho econômico e social, sobretudo no artigo 115 da Constituição de 1988, que dispõe que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna” (BRASIL, 2018 [1988]). Logo, o constituinte da época, além de estabelecê-la como fundamento, também atribuiu-lhe uma função de limite da liberdade econômica” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, n.p.).

Nesses termos, a dignidade da pessoa humana assumiu a posição do princípio fundamental que regula todos os demais e toda as relações dentro do Estado Constitucional, sendo, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (BARROSO, 2010a, p.9). Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, n.p.) aduzem que:

[...] na quadra atual da trajetória do Estado Constitucional, o reconhecimento da íntima e indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e a própria Democracia, na condição de eixos estruturantes deste mesmo Estado Constitucional, constitui um dos esteios nos quais se

assenta tanto o direito constitucional quanto o direito internacional dos direitos humanos.

Falando-se especialmente dos direitos fundamentais, sua importância é apontada por Agra (2018, p.84), quando diz que eles são unanimidade em todos os ordenamentos constitucionais, constituindo a principal característica das Cartas Magnas atuais. Tais direitos possuem dois critérios formais e um critério material, de acordo com suas características: o primeiro formal é a prescrição na Constituição; o segundo é a impossibilidade de ser alterado, nem mesmo por emenda constitucional, como, por exemplo, as cláusulas pétreas; e o terceiro é a sua variação de Estado para Estado (SCHMITT, 2003 *apud* LOPES, 2002).

Já Silva (2014, p.177) aponta a problemática da definição de “direitos fundamentais”, devido à sua ampliação e transformação no decorrer a história e ao emprego de diferentes expressões para a sua designação, como “direitos naturais”, “direitos humanos”, “liberdades fundamentais”, entre outras. De sua parte, define-os como “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana” (SILVA, 2014, p.181).

Em seu Título II, a Constituição de 1988 dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, que estão em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Conforme análise de Moraes (2017, p.28), essa classificação adotada pelo legislador constituinte assentou cinco espécies ao gênero “direitos e garantias fundamentais”, sendo elas os direitos e garantias individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos de nacionalidade; os direitos políticos; e os direitos voltados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Para facilitar o seu entendimento e a sua aplicação jurídica, essas espécies são divididas em “gerações” ou “dimensões”, sendo que a primeira nomenclatura está caindo em desuso, porque exprime a falsa ideia de que os direitos que surgem depois, numa cronologia histórica, substituem os anteriores (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, n.p.). Essa divisão dos direitos fundamentais se dá de acordo com as circunstâncias que lhe deram surgimento, pois se tratam de direitos históricos, nascendo, modificando-se e desaparecendo com o correr dos tempos, ao contrário da fundamentação que os coloca com base na essência do homem ou na natureza das coisas (SILVA, 2014, p.183).

Esse raciocínio coaduna-se com o que Agra (2018, p.84) afirma sobre a distância que os direitos fundamentais, na atualidade, possuem do jusnaturalismo, que defende a existência de normas independentes do ser humano, posto que são estabelecidos em meio à dialética das relações sociais, originando-se das injunções específicas de natureza sociopolítica e econômica.

Tal divisão apontada acima é referida por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, n.p.) como a “teoria dimensional” dos direitos fundamentais, a qual, segundo esses autores, não aponta apenas para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas também (e principalmente) para sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, sobretudo, na esfera do moderno “direito internacional dos direitos humanos”.

Nesse sentido, Agra (2018, p.187) ensina que as dimensões dos direitos fundamentais são quantitativas e qualitativas, posto que a posterior incorpora a anterior, acrescentando-lhe uma nova densidade de prerrogativas aos cidadãos que era inexistente até então. Resumidamente, são essas as dimensões dos direitos fundamentais: 1ª dimensão – chamados de direitos negativos porque se concretizam com a abstenção do Estado em agir de modo a violar o direito do cidadão, sendo os direitos civis, políticos e de liberdade; 2ª dimensão – direitos positivos, ou seja, que pressupõem a atuação do Estado para serem efetivados, sendo eles os direitos sociais, culturais e econômicos, destinados às coletividades; 3ª dimensão – têm como base a fraternidade de direitos do gênero humano e sua titularidade deixa de ser o cidadão e passa a ser difusa, coletiva, sendo exemplos o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente equilibrado e à preservação da intimidade, valendo dizer que sua titularidade ultrapassa os limites territoriais dos países, sendo direitos globais; 4ª dimensão – com o objetivo de integrar o cidadão nas decisões políticas tomadas pelos governantes, possuem como prerrogativas os direitos à informação, à participação política, à democracia participativa, entre outros que garantem que os cidadãos possam votar e contribuir ativamente para a resolução dos problemas do dia a dia (AGRA, 2018, p187-189).

Dos direitos de primeira dimensão, a liberdade de expressão, considerada por Napolitano e Stroppa (2017, p.315-316) como o direito fundamental que qualquer pessoa tem de exteriorizar, de qualquer maneira, o que pensa sobre todo assunto, tem especial destaque na era informacional hodierna, tendo-se em vista o grande

volume de conteúdo gerado e divulgado todos os dias, principalmente no ambiente virtual. Esse direito tem especial destaque no presente trabalho, tanto que os próximos tópicos irão se aprofundar em sua origem, evolução e consagração jurídica.

2.1 A História da Liberdade de Expressão no Âmbito Internacional e Nacional

Para se entender o direito à liberdade de expressão nos dias atuais, é preciso conhecer os processos histórico e ideológico que a cercam, desde a Antiguidade, passando pela ascensão da burguesia e pelo desenvolvimento do capitalismo. Costa (2013, p.9) afirma que, no passado, especificamente na Idade Antiga, o princípio da liberdade individual começou com o surgimento das concepções políticas de Estado, que passou a ter autonomia frente à religião.

No entanto, na Antiguidade greco-romana, somente os cidadãos da Pólis ou, respectivamente, os cidadãos de Roma possuíam direitos”, podendo usufruir da igualdade perante o direito (Isonomia), da mesma liberdade da palavra (Isogoria) e do mesmo respeito (Isotimia) (CARVELLI; SCHOLL, 2011, p.169). Com o tempo, chegando-se à era dos sofistas, em Atenas, filósofos como Péricles defendiam a liberdade de opinião como um direito do cidadão de Atenas, porém Platão não concordava com esse direito a difundir ideias não autorizadas pelo poder reinante, justificando a existência da censura, a mesma que condenou Sócrates pela acusação de corromper jovens e divulgar outras divindades diferentes das veneradas pela sua cidade (COSTA, 2013, p.9). É interessante a leitura das suas palavras ao ser condenado por expressar pensamentos divergentes da ordem instaurada na época:

[...] o maior bem para um homem é justamente este, falar todos os dias sobre a virtude e os outros argumentos sobre os quais me ouvistes raciocinar, examinando a mim mesmo e aos outros, e que uma vida sem esse exame não é digna de ser vivida (PLATÃO, 2003, p.26).

Dessas palavras, observa-se o início do ímpeto de comentar a vida, as ações e as pessoas como parte do próprio ser, sem a qual o ser humano não está

completo e cuja proibição representa uma violência sem armas. O pouco ou nenhum espaço para o desenvolvimento disso que é colocado com primazia pelo filósofo advém da ascensão do poder aglutinador dos Estados Nacionais e das Monarquias Absolutas, inaugurando uma era de muitas proibições em que a vida democrática era impossibilitada (COSTA, 2013, p.10). Conforme Ruiz (2006, p.140), “o marco inicial em que o Estado cede seu totalitarismo em benefício dos homens foi a Carta Magna do Rei João Sem Terra, em 1215, acordo em que confirmou a supremacia monárquica mediante concessões aos súditos”.

Dois são os fatores que levam à sobrevivência da liberdade de pensamento frente ao totalitarismo e às opressões, ainda não diferenciada das liberdades de informação e de expressão, como afirma Silva (2000, p.77):

O invento da máquina de impressão de Gutemberg em torno de 1450 e a introdução progressiva do espírito de tolerância na relação dos poderes públicos com os indivíduos [...] a partir do século XVI, e que culminará com as primeiras declarações liberais de direitos humanos (SILVA, 2000, p.77).

Adentrando-se a era do Iluminismo, encontram-se importantes contribuições para a noção de liberdade do ser humano, de modo geral, e da liberdade de expressão, particularmente, pois, através dele, o liberalismo, sistema baseado na liberdade, encontrou espaço favorável para se desenvolver, em contraposição ao absolutismo (TURCHETTO FILHO, s/d, p.3-4). No Iluminismo, a ideia de liberdade surgiu não restrita ao âmbito econômico, mas também voltada ao comportamento do ser humano, não admitindo diferenças de natureza legal ou política entre os seres humanos, sobretudo através da obra de Immanuel Kant (TURCHETTO FILHO, s/d, p.4).

Turchetto Filho (s/d, p.2) afirma que esse movimento nasceu em meio a revoluções, pois toda essa nova visão de mundo e de ser humano representou uma ruptura, sendo a Revolução Gloriosa de 1668, na Inglaterra, o acontecimento que motivou o movimento. A assinatura da Declaração de Direitos de 1689 pelo Rei Guilherme III, resultado dessa revolução, impossibilitou qualquer chance de instauração do absolutismo monárquico, pois subordinava os poderes do rei ao parlamento (TURCHETTO FILHO, s/d, p.2).

A referida declaração foi predecessora das demais declarações de direitos do cidadão criadas e assinadas em diferentes países. Uma das mais importantes e

conhecidas é a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, criada por força da Revolução Francesa. Nela, os direitos à liberdade e à igualdade, bem como o repúdio a qualquer tipo de opressão, assumiram ares jurídicos, isto é, passaram a ser incluídos em um conjunto de leis institucionais de responsabilidade do Estado (COSTA, 2013, p.8). Assim, por causa da sua importância ideológica e pela sua aceitação unânime, esse documento se tornou o novo decálogo da humanidade, garantindo o mínimo de convergência em torno do que se deve esperar da vida social, independentemente das diferenças, muitas vezes profundas, entre os povos e as nações que habitam o planeta (COSTA, 2013, p.7).

Contudo, como os fundamentos dos princípios defendidos na Declaração de 1789 eram históricos, modificam-se com o tempo, de modo que a liberdade, em seu texto, significava o fim da servidão, da escravidão, que estava em pleno funcionamento em muitos países. O trabalho livre é tido como a liberdade do trabalhador, oportunizando um salário digno, e a resistência à opressão e liberdade de expressão eram a luta contra o fim do autoritarismo monárquico.

Entre os iluministas, Jean-Jacques Rousseau buscou debater a realidade social na qual o homem passaria a ser a essência de tudo, ou seja, a organização do Estado, sendo as leis de competência do homem, o qual é responsável por satisfazer as necessidades individuais. Segundo Rousseau (2008, n.p.), renunciar à liberdade seria renunciar à condição de homem, juntamente aos direitos da humanidade e aos seus deveres. Para ele, a liberdade é uma prerrogativa destinada ao homem, tendo de ser respeitada como o é a sua dignidade, já que é livre e responsável por suas escolhas, ou seja, abdicando dessa liberdade teriam fim seus direitos e a qualidade de homem individual (ROSSEAU, 2008, n.p.).

Falando-se especialmente da liberdade de expressão, o desenvolvimento da imprensa e da indústria editorial levaram à expansão da moral iluminista e possibilitaram à filosofia avançar da aceitação da diversidade de pensamento e opinião à tolerância em relação à manifestação dessa diversidade e sua expressão pública, conhecida hoje como publicação (COSTA, 2013, p.11).

Ainda, é comum mencionar que a liberdade de expressão passou a ter positividade jurídica a partir da Declaração da Virgínia, de 12 de outubro de 1776, que a reconhece como “um direito natural do indivíduo, tal como pressuposto no seu artigo 1º relativamente à vida e à liberdade em geral” (ESTADOS UNIDOS, 1776). No entanto, esse documento histórico fala explicitamente da liberdade de imprensa,

e não de expressão propriamente dita, como visto no seu artigo 12: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos” (ESTADOS UNIDOS, 1776). Disso, depreende-se que o autor desse documento previu o tolhimento da liberdade de expressão em governos antidemocráticos, o que já revela a aproximação mais contundente entre a liberdade de expressão e a democracia, sendo a primeira condição para a segunda.

Após a Segunda Guerra Mundial, os conceitos de liberdade e igualdade sofrem significativa expansão, de modo a proteger o ser humano de novas atrocidades como as que a grande guerra gerou. Com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) pela Organização das Nações Unidas, a liberdade que era defendida na Revolução Francesa como contraponto aos desmandos do absolutismo torna-se um conjunto pautado na ideia de justiça social e na dignidade humana, incluindo-se a liberdade de se expressar, posta no artigo 19 da citada declaração:

Artigo XIX 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 idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Assim, a liberdade tornou-se uma conquista incomensurável do homem no decorrer de séculos, de sorte que não há como arguir a respeito da dignidade humana sem que haja proteção ao direito de liberdade. Sendo um direito de primeira dimensão e de valor primordial para o processo democrático, reconhece-se a importância de abordar a liberdade de expressão na Constituição hodierna e de sua importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, como também para a autonomia e a independência do indivíduo diante da sociedade a que pertence.

2.2 Liberdade de Expressão como Alicerce para a Democracia

Desde que teve surgimento, em meio aos direitos fundamentais em sua primeira dimensão, como forma de resistência contra o Estado opressor, os

privilégios da realeza e a opressão do feudalismo sobre a burguesia incipiente, de modo a suprimir a vontade despótica do rei (AGRA, 2018, p.187), a liberdade de expressão cresceu em importância e em abrangência, principalmente com o surgimento da imprensa. Além disso, importa dizer que a liberdade de expressão não é apenas um bem jurídico voltado à difusão de ideias, mas também é responsável pela difusão de valores culturais (FARIAS, 2004 *apud* NAPOLITANO; STROPPIA, 2017, p.317).

Por isso, ela também está atrelada aos direitos de segunda dimensão, ditos sociais, na medida em que esses valores são indispensáveis à dignidade humana e ao desenvolvimento da personalidade e da sociedade, o que exige que a sua livre expressão seja uma ação positiva do Estado mediante o desenvolvimento de políticas públicas que, por seu turno, forneçam “coordenadas normativo-institucionais à luz das quais deve ser equacionada, compreendida e delimitada a intervenção do Estado na disciplina das liberdades comunicativas” (MACHADO, 2002, p.88).

Logo, não é por acaso que a positivação da liberdade de expressão é confirmada em documentos jurídicos nacionais e internacionais, nos Tratados, nas Declarações de Direitos Humanos e nas Constituições de inúmeros países. Entre os principais marcos, pode-se citar a Organização dos Estados Americanos, que afirma a garantia do direito à liberdade de expressão na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948): “Artigo IV. Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio” (OEA, 1948).

Perfazendo a trajetória até o Brasil, a Constituição de 1988 elencou a liberdade de expressão ao título de posição constitucional, disponibilizando vários dispositivos para a proteção desse princípio, que, nas palavras de Sarmento (2006, p.53), “foi uma tentativa de exorcizar os fantasmas do regime militar” que tanto oprimiram todos os direitos dos cidadãos. O texto constitucional, conhecido como símbolo de abertura democrática após esse período militar de censura e perseguição, assegura a livre manifestação de opiniões, ideias e pensamentos no artigo 5º, incisos IV e IX, e no artigo 220, parágrafos 1º e 2º:

Art.5º (...)

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

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

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

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

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL, 2018 [1988]).

Nota-se que, no início do artigo 5º, inciso IX, asseguram-se as distintas formas de expressões, de acordo com o suporte e o interesse comunicacional. Esse direito, além de se encontrar na legislação brasileira, é confirmado também em documentos internacionais, sendo o Brasil signatário destes, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da Declaração de Chapultepec (1994) e do Pacto de Direito Cívico e Político Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992).

Disso, depreende-se a grande importância que esse direito angariou nos tratados jurídicos do século XX e que continua angariando em pleno século XXI. A jurisprudência internacional, antes mesmo da promulgação da Constituição atualmente em vigor, apontou de modo indiscutível o papel da liberdade de expressão nas democracias modernas, como se observa abaixo das palavras da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A liberdade de expressão é uma pedra angular na própria existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, quem deseje influir sobre a coletividade, possa se desenvolver plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, na hora de exercer suas opções, esteja suficientemente informada. Deste modo, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre (CIDH, 1985, par.30).

Nesse passo, Silva (2009, p.114) aponta que a liberdade de expressão é, num sentido específico, uma liberdade política, porque está voltada para a vida coletiva e para a discussão e deliberação de assuntos políticos. Nesse ponto, a sua importância para a efetivação da democracia fica clara, ao passo que, se os cidadãos não puderem expressar seus pensamentos, opiniões e qualquer outro ímpeto comunicacional subjetivo ou objetivo, a participação na vida política e social estará impedida. Destarte, dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo

político, assume uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), na resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais (KOATZ, 2011, p. 402 *apud* SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, n.p.).

Contudo, a liberdade somente será um suporte para democracia quando for utilizada de maneira organizada, ou seja, o cidadão ter o poder de agir dentro dos limites impostos por normas coletivas e preceitos legais. Ora, numa democracia, se não existisse meios de assegurar os direitos fundamentais, os problemas não seriam sanados e não se teria limites.

Deve-se falar, também, da vinculação e, ao mesmo tempo, da diferenciação entre a liberdade de expressão e o direito à informação. Agra (2018, p.225) coloca que “não se pode confundir a liberdade de expressão com a liberdade de comunicação porque esta consiste na divulgação de notícias, fatos, enquanto aquela se configura na divulgação das manifestações intelectuais do cidadão”. Ainda de acordo com esse autor, a primeira possui um caráter marcadamente subjetivo, enquanto a segunda tem um cunho objetivo (AGRA, 2018, p.225). Entretanto, o direito à liberdade de pensamento e à sua expressão pressupõem o direito à informação, tanto que, sem ela, esses direitos não se efetivam plenamente. Isso porque,

Não só tem os indivíduos o direito e a liberdade de expressar seus próprios pensamentos, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de todos os tipos, visto que o controle efetivo dos cidadãos sobre as ações públicas requer não só uma abstenção por parte do Estado de censurar informação como também requer a ação positiva de proporcioná-la aos cidadãos. Assim, quando a liberdade de expressão de um indivíduo é restringida de forma ilegal, não é apenas o direito do indivíduo está sendo violado, mas também o direito de todos os outros de “receber” informações e ideias (CIDH, 1985, par.30)

De fato, as décadas de repressão e censura deixaram toda a sociedade atenta à garantia da liberdade de expressão e disposta a não permitir que novos tolhimentos aconteçam. Esse e os outros direitos tidos como liberdades comunicativas recebem grande destaque nos variados setores da sociedade, principalmente da área comunicacional. Todavia, isso não quer dizer que a liberdade de expressão e as suas manifestações possuem aplicação irrestrita, muito menos que ocupa uma posição superior em uma hierarquia das normas constitucionais, a qual não existe (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, n.p.). O Ministro Celso de

Mello, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo n. 891.647-SP, do qual foi relator, enuncia que

o direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às restrições que emergem do próprio texto da Constituição, destacando-se, entre essas, aquela que consagra a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros [...] (BRASIL, 2015).

Considerar o princípio da proporcionalidade e outros critérios aplicáveis ao exame do caso concreto sempre é o caminho para dirimir os conflitos que eventualmente ocorrem entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, bem como qualquer outro conflito jurídico. Além disso, Agra (2018, p.226) cita dois modelos segundo os quais a liberdade de expressão pode ser tomada diante de outros direitos, quais sejam: “o modelo americano, em que essa prerrogativa assume preponderância, pois o regime democrático não admite qualquer tipo de mitigação, sob pena de macular sua essência”; e “o modelo europeu, em vista de sua conotação coletiva, em que o interesse público deve preponderar, garantindo o pluralismo político” (AGRA, 2018, p.226).

Assim, resta claro que, embora seja de suma importância para a democracia e para o desenvolvimento da sociedade, a liberdade de expressão não é ilimitada, encontrando obstáculos na tutela de outros direitos igualmente importantes e entrando em conflito com os mesmos. Diante da realidade informacional e expressiva da era tecnológica atual, esses conflitos estão cada vez mais evidentes e complexos. Falando-se especialmente do Brasil, a conturbada face da política, que aflora ânimos e dá margem a todo tipo e forma de expressão de pensamentos e opiniões, é um potencial fator desencadeador de conflitos envolvendo a liberdade de expressão e direitos fundamentais pertencentes à pessoa em sua privacidade e individualidade, bem como atitudes que desrespeitam uma coletividade cada vez mais preocupada com questões como discriminação e preconceito. O próximo capítulo faz uma abordagem relacionada a esse conflito, originado na contemporaneidade.

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A ABRANGÊNCIA DO DISCURSO DE ÓDIO

No mundo virtual, torna-se difícil filtrar informações de acordo com seu potencial lesivo e sua pertinência à situação comunicativa que está acontecendo naquele momento. A promessa de anonimato e a facilidade com que se pode publicar todo tipo de conteúdo faz da internet um instrumento para a liberdade de expressão e de informação nunca antes visto, e isso pode ser benéfico ou prejudicial, tanto para quem se expressa quanto para aquele que entra em contato com essa expressão. Piaia, Ritter e Sangoi (2018, p.1018), referindo-se aos crimes e afrontas aos direitos do indivíduo cometidos no meio virtual, afirmam que “publicações anônimas e a ocultação por trás de identidades *on line* são fatores que podem ser traduzidos na confiança do agente de que não haverá confronto físico com a vítima”.

Confiante de que a pessoa que está do outro lado da tela não poderá identificá-lo, o indivíduo utiliza-se das facilidades que as ferramentas virtuais possibilitam para cometer crimes e falar o que bem quiser. Como visto no capítulo anterior, a liberdade de expressão angariou o status de direito imprescindível à democracia e à sociedade informacional hodierna, tanto que verdadeiras comoções são geradas quando o mínimo sinal de afronta a esse direito se revela. Esse status também pode ser utilizado para justificar os excessos e as afrontas ao outro, seja no ambiente virtual, seja no ambiente físico, mas principalmente em face do paradigma da sociedade da informação no âmbito da internet, o que demanda atualização da liberdade de expressão com um novo direito, com configuração e extensão diferentes do que possuía antes do advento da rede (LIMA, 2017, p.5).

No inciso IV do artigo 5º, a Constituição Federal brasileira garante expressamente a liberdade de expressão, porém, também expressamente, veda o anonimato, fazendo isso, segundo Lima (2017, p.5), para que terceiros possam procurar a Justiça para receber eventuais reparações por danos nos abusos cometidos através da liberdade de expressão. No entanto, o anonimato é importante para a internet, visto que o usuário precisa ser resguardado do acúmulo de dados gerados de suas buscas, por meio da navegação anônima, sendo essa e outras proteções consagradas pela Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Lei do Marco Civil da Internet. Disso, depreende-se a necessária atualização do direito à

liberdade de expressão em face do espaço mais promissor e mais utilizado pelo homem moderno para se expressar.

Ainda se tratando do anonimato na internet e do seu aproveitamento para usos indevidos dela, têm-se os propagadores dos discursos de ódio do meio virtual, conhecidos como *haters* e que costumam se esconder por trás de suas identidades *on line* com nomes de usuários indecifráveis, além de aproveitarem a dificuldade e o tempo para que as mensagens que publicam sejam rastreadas e retiradas da internet (PIAIA; RITTER; SANGOI, 2018, p.1018). O conceito de discurso de ódio e o fenômeno que ele representa na atualidade são explanados a seguir.

3.1 O Discurso de Ódio e sua Definição

O discurso de ódio é uma tradução da expressão “hate speech”, difundida pelos autores da *Critical Race Theory (CRT)*, movimento criado por acadêmicos e ativistas cujo objetivo era questionar e transformar o modo tradicional como questões relativas ao racismo, feminismo e poder são encaradas pela organização social e política, numa perspectiva ampla que envolve economia, história, contexto, interesses próprios e de grupo (GABINA, 2017, p.28). Assim, desde sua origem é um termo criado para se referir a um discurso com a pretensão de desqualificá-lo, através da designação negativa de uma ideia que é expressa por alguém (GABINA, 2017, p.28).

Trata-se, como o próprio nome sugere, de uma manifestação discursiva que incita o ódio por determinado indivíduo ou grupo e dirige-se a estigmatizar, escolher e marcar um inimigo, manter ou alterar um estado de coisas a partir de uma prática discursiva segregacionista (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p.147). Em termos linguísticos, para atingir seus objetivos, o emissor do discurso de ódio “entoa uma fala articulada, sedutora para um determinado grupo, que articula meios de opressão” e cujo alvo do que está falando são aqueles que não se enquadram no padrão de sujeito escolhido como símbolo de dominação e de poder: masculino, europeu, heterossexual, cristão e rico (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p.147).

Silva et al. (2011, p.447) afirmam que o discurso de ódio é composto por dois elementos básicos: discriminação e externalidade, sendo, assim, uma manifestação

segregacionista baseada em uma oposição entre o ser que se considera superior e, por isso, emite a mensagem, e o ser tido como inferior, que é atingido pela mesma. Além disso, sua razão de ser não é ficar entre esses dois polos, mas sim chegar até o máximo de pessoas possível, para que o ódio pelo inferiorizado se espalhe.

Meyer-Pflug (2009, p.92), define o discurso de ódio como “a expressão cujo conteúdo ofende a honra ou a imagem de grupos sociais, especialmente minorias, ou prega a discriminação contra os integrantes desses grupos”. Em consonância, Silva et al. (2011, p.447) apontam que essa expressão insulta, direta e explicitamente, a vida e a dignidade de pessoas que formam um grupo com um traço comum, como a cor da pele ou a religião cultuada. Essa atitude se torna ainda mais grave na medida em que pode criar tendências à discriminação no meio em que o discurso circula, discriminação essa que pode ocorrer não somente pela via da palavra, como também por ações. Acerca da forma como isso acontece, cita-se Meyer-Pflug (2009, p.104), que assim aduz:

Em razão da impossibilidade de se corrigir o preconceito, ele se apresenta mais perigoso no aspecto social, do que naquelas situações em que as pessoas levam em consideração um fato como verdadeiro, porque alguém as induziu a cometer tal equívoco. A divulgação dessa idéia falsa depende para sua propagação de que as pessoas contenham crenças ou sentimentos que confirmam essa idéia. É necessária uma identidade entre as idéias divulgadas e as crenças e valores cultivados por essas pessoas. Pode ser ainda que essas idéias sejam adotadas porque de alguma forma atendam a algum interesse individual, daí é que nasce o preconceito.

O *hate speech* necessariamente não precisa ser exteriorizado necessariamente pela expressão verbal de pensamentos, pois ele pode ser encontrado em manifestações mediante gestos, desenhos, pinturas, livros etc. (OLIVA, 2014, p.37). Seja em qual suporte for, será uma visão mais radical do discurso discriminatório, a qual possui caráter eminentemente comunicativo, intimida grupos a ponto de fazê-los deixar o espaço público (físico ou virtual) e, simultaneamente, instiga os demais a rejeitarem esses grupos e revela uma forma de discriminação consciente com a finalidade de impedir que os grupos atingidos acessem seus direitos (OLIVA, 2014, p.180). Logo, a propagação de mensagens que o discurso de ódio faz sempre terá por trás a estimulação do ódio contra pessoas de cor de pele histórica e socialmente tida como inferior, como os afrodescendentes, contra indivíduos com opção sexual condenada pela tradição

social, tal qual os homossexuais, contra pessoas de cultura e origem estrangeiras, como os haitianos, entre tantas outras características humanas que são transformadas em fatores de discriminação.

Apesar de ter na internet um campo fértil para se desenvolver, o discurso de ódio já era identificado muito antes do seu advento. Gabina (2017, p.12) cita alguns episódios que se configuram como discurso de ódio, mesmo que, na época, não fossem identificados com essa nomenclatura: “Uma obra literária publicada em 1933, de autoria de célebre escritor de livros infantis, faz referências a uma das personagens, que é negra, como ‘macaca de carvão’, ‘pobre negra’, ‘pobre preta’”; na década de 1980, um senhor fundou uma editora e passou a escrever e publicar livros em conjunto com outros autores abordando o pretenso número real de prisioneiros mortos em campos de concentração nazistas, o antissemitismo e a negação do Holocausto. Já no século XXI, cita uma postagem feita por um pastor de um culto religioso e Deputado Federal, datada de 2011, cujo texto apresentava este enunciado: “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos leva ao ódio, ao crime e à rejeição” (GABINA, 2017, p.12).

Todos esses exemplos representam colocações negativas e discriminatórias de determinados grupos de indivíduos por suas características físicas, históricas e sexuais e que geram desconforto, mas também podem influenciar quem as lê a pensar da mesma maneira e a agir de maneira discriminatória com os sujeitos sobre os quais elas falam. Como aponta o autor, tais textos produzidos nesses três exemplos foram tratados como notícia por veículos de comunicação nacionais de grande circulação, revelando-se, assim, que não se tratam de expressões verbais neutras e inofensivas que não geram qualquer consequência, mas sim um discurso que produz reação social, comumente negativa, e contribui para a violência psicológica e emocional (GABINA, 2017, p.13).

Partindo dessas considerações, o discurso de ódio, na sociedade atual, tem sua apreciação no momento pregresso, e até mesmo a sua conceituação para doutrina se torna difícil pelo fato de não existir uma definição satisfatória diante da complexidade da sociedade e, principalmente, o fato de ser configurada a partir da convivência com diversas pessoas com características diferentes.

Sobre a nomenclatura “discurso de ódio” no meio jurídico, há posições contrárias a ela, como a de Waldron (2010, p.1600-1601), que argumenta que a palavra “discurso” pode restringir o fenômeno à oralidade, pela acepção que possui

junto ao senso comum, limitando, assim o problema, que ocorre em diversos outros domínios da comunicação. Também sustenta que a palavra “ódio” pode restringir a manifestação à passionalidade e à grande carga emotiva, o que é outra forma de limitação do contexto em que o discurso de ódio ocorre, e defende que essa nomenclatura seja substituída por “difamação coletiva”, a fim de acabar com esses falsos sentidos (WALDRON, 2010, p.1601).

A preocupação entre os doutrinadores com relação a essa expressão também gira ao redor do fato de nem toda manifestação de ideias contrária aos direitos de determinados grupos poder ser vista como discurso de ódio (GABINA, 2017, p.32). Se essas manifestações não são ofensivas, discriminatórias ou preconceituosas, não se configura como um discurso de ódio, mas sim como uma manifestação, no mínimo, divergente, de modo que a referida expressão pode causar confusão (GABINA, 2017, p. 32-33). A própria liberdade de expressão pressupõe um debate de opiniões que se diferenciam entre si, como se extrai das palavras de Meyer Pflug (2009, p.222-223):

Assegurar a liberdade de expressão é garantir um espaço público de debate no qual todas as opiniões, por mais diversas e antagônicas que sejam, sobre todos os temas políticos, sociais, econômicos, religiosos, entre outros, são levadas em consideração, isso é importante para a consolidação e aprimoramento da democracia.

Nesse sentido, aplica-se a liberdade de expressão e sua proteção, assegurando que se tenha pluralismo de opiniões, possibilitando uma discussão de ideias necessária à construção de uma democracia concretizada. Claro que a garantia a esse debate não pressupõe a aceitação de expressões de cunho discriminatório e ofensivo, por mais que o seu emissor as defenda como opiniões que tem o direito de possuir e de emitir. No entanto, o limite frágil e quase imperceptível entre a manifestação de opinião e o discurso de ódio prejudica a separação entre esses dois polos, devendo-se atinar para o fato de que o *hate speech* é mais um ataque do que uma participação no debate de opiniões, até porque, “diante de uma manifestação de ódio, há dois comportamentos prováveis da vítima: revidar com a mesma violência, ou retirar-se da discussão, amedrontada e humilhada. Nenhum deles contribui minimamente para ‘a busca da verdade’” (SARMENTO, 2006, p. 236, grifo do autor).

Oliva (2014, p.38) também faz alegações seguindo essa lógica, declarando que o discurso de ódio é uma conduta, e não uma manifestação de opinião, já que somente uma conduta é capaz de gerar danos tão graves como o discurso de ódio gera, danos que, muitas vezes, são materiais. Ainda, para o viés democrático, encarar o *hate speech* como uma ação é essencial para a sua regulação, porquanto não é possível, em uma democracia, ser responsabilizado pela emissão de uma opinião, sem se ater a qual ou quais tipos de opinião ou expressão coadunam-se com o que dispõe a lei e qual ou quais não o fazem, mas sim discutir quais atos discursivos são compatíveis com a democracia e quais não são (TULKENS, 2012, p.3 *apud* OLIVA, 2014, p.38). É para melhor delinear essa complicada diferenciação que o próximo tópico trata da configuração jurídica e discursiva do discurso de ódio.

3.2 Análise Jurídica da Prática Discursiva que Incita o Ódio

Em 2003, o julgamento do Habeas Corpus 82.424-2 abordou indiretamente o discurso de ódio como objeto jurídico relacionado ao racismo. No caso, Siegfried Ellwanger, escritor e sócio da empresa Revisão Editora Ltda., foi condenado em 1996 pelo crime de racismo por ter escrito obras com discriminação racial e caráter antissemita. A dúvida que permeou o exame do caso concreto foi se a discriminação aos judeus poderia ser considerada uma espécie de racismo, alegando os impetrantes do HC que os judeus não são uma raça, o que impede que o crime de antissemitismo seja tratado com a mesma configuração jurídica do racismo (BRASIL, 2004, p.525).

Esse impasse foi resolvido, por maioria de votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, positivamente à consideração do antissemitismo como um crime de racismo, baseada na ideia de que não existem subdivisões biológicas na espécie humana, sendo o racismo uma discriminação voltada a um processo político-social de diferenciação (BRASIL, 2004, p.525). Sendo assim, conjugando-se fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais na aplicação do que versa o artigo 5º, inciso XLII, crimes em que os judeus são humilhados, inferiorizados e desqualificados devem ser vistos como racistas, pois o racismo evidencia-se pela

utilização de estigmas de ordem sociológica e que ferem a dignidade humana de suas vítimas.

A manifestação concreta do exercício da liberdade de expressão no referido caso foi a publicação do livro “Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século”, de autoria de Ellwanger, e outros escritos por autores nacionais e estrangeiros e publicados pelo impetrante: “O Judeu Internacional”, “A História Secreta do Brasil”, “Brasil Colônia de Banqueiros”, “Os Protocolos dos Sábios de Sião”, “Hitler – Culpado ou Inocente?” e “Os conquistadores do mundo”. Tais obras, fundamentadas na teoria nazista, foram denunciadas pelo Ministério Público, que justificou a denúncia afirmando que esses textos

[...] abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias’ procurando com isso ‘incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica (BRASIL, 2004, p.532).

Trata-se, portanto, de um discurso de ódio que fere o disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa” (BRASIL, 1989). Segundo o ministro Gilmar Mendes argumenta em seu voto, o discurso de ódio é um tema bastante problemático, por envolver o conflito entre dois direitos fundamentais à democracia: a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação, traduzido no respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana independentemente de características exteriores e interiores ao indivíduo (BRASIL, 2004, p.957).

O mesmo ministro, citando Kevin Boyle, destaca que o direito à livre expressão é condição para que o povo exerça o controle democrático do governo, porém a igualdade política é um valor inerente à sociedade democrática e, para a sua garantia, é preciso proibir todo e qualquer tipo de discriminação, pois esta sempre vem acompanhada da negação à participação política de alguns (BRASIL, 2004, p.957). O ministro Celso de Melo também decidiu nesse sentido, afirmando que as obras denunciadas como antisemitas não podem ser protegidas à luz da liberdade de expressão, pois “extravassam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e,

sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus" (BRASIL, 2004, p. 628).

Em contrapartida, ao se dedicar à diferenciação entre a exposição de uma ideia, mesmo que racista, e a incitação à violência, o ministro Marco Aurélio interpretou as obras como tratados científicos que comunicam, e não incitam, como pode ser visto a partir da transcrição abaixo:

A única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido. Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas ideias acerca da relação entre judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo "morte aos judeus", "vamos expulsar esses judeus do país", "peguem as armas e vamos exterminá-los". Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos. E assim o fez a partir de uma pesquisa científica, com os elementos peculiares, tais como método, objeto, hipótese, justificativa teórica, fotografias, documentos das mais diversas ordens, citações (BRASIL, 2004, p. 883).

Essa visão do ministro, um dos únicos a votarem pela concessão do Habeas Corpus, e o debate acerca do conteúdo e da forma de expressão dos livros denotam a grande importância que a Corte deu à diferença entre uma mera exposição de ideias e as suas consequências fáticas, podendo-se dizer que o tribunal considerou que a defesa de ideias e a manifestação de cunho político são protegidas pela cláusula constitucional da liberdade de expressão, porém repelindo textos que incitem ao ódio e à violência.

Fixando que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho antissemita, as quais precisam ser combatidas e punidas, a Corte, em sua maioria, privilegiou a proteção à dignidade humana em detrimento do direito de se expressar. As palavras proferidas pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto revelam bem a resolução do conflito liberdade de expressão *versus* dignidade humana no quesito "discurso de ódio":

Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o

estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie (BRASIL, 2004, p.77).

O voto do citado ministro foi de extrema importância para o início do debate acerca do discurso de ódio no Direito brasileiro, pois foi nele que a expressão *hate speech* apareceu pela primeira vez no cenário jurídico do país e foi introduzida no vocabulário jurídico nacional (GABINA, 2017, p.13).

Ademais, referindo-se a essa primeira aparição, Gabina (2017, p.31) afirma que a “categoria do ‘discurso do ódio’ foi introduzida em nosso Direito Constitucional de modo a estabelecer um selo capaz de ser aplicado nos mais diversos discursos, de forma genérica, sem atentar para as particularidades de cada caso”. Essa falta de congruência e de discriminação leva à insegurança jurídica no exame de casos que envolvem o discurso de ódio, como bem observa o ministro do STF Luís Roberto Barroso no julgamento do Inquérito n.º 3.590/DF:

Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de *hate speech*, como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional. De modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita. De modo que, por mais reprovável que se considere essa manifestação no plano moral, eu penso que não é possível tipificá-la penalmente, de modo que estou acompanhando Vossa Excelência pelo não recebimento da denúncia (BRASIL, 2014, p. 8).

Esse inquérito foi instaurado por força da manifestação do Procurador-Geral da República, em 8 de janeiro de 2013, contra o deputado federal Marco Antônio Feliciano pela suposta prática do crime de discriminação e preconceito, previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989. A denúncia teve por base uma publicação do deputado em sua conta numa rede social, datada de 30 de março de 2011, cujo conteúdo, supostamente, tem teor discriminatório contra homossexuais. A mensagem publicada foi a seguinte: “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a (sic.) rejeição” (BRASIL, 2014, p.2).

Na argumentação que acompanhou a denúncia, consta que “o lançamento da assertiva em canal de ampla divulgação induz à discriminação dos homossexuais em virtude da orientação sexual” (BRASIL, 2014, p.2). No entanto, a frase tida como objeto de denúncia é apenas o final do texto publicado pelo denunciado, o qual segue *ip. lit.*:

Africanos descendem de ancestral amaldiçoado por Noé. Isso é fato. O motivo da maldição é a polemica (sic). Não sejam irresponsáveis twitters rsss
A maldição q Noe (sic) lança sobre seu neto, canaã, (sic) respinga sobre continente africano, daí a fome, pestes, doenças, guerras étnicas!
Sobre o continente africano repousa a maldição do paganismo, ocultismo, misérias, doenças oriundas de lá: ebola, aids. Fome... Etc Sendo possivelmente o 1o. Ato de homossexualismo da história (sic). A maldição de Noé sobre canaã (sic) toca seus descendentes diretos, os africanos (BRASIL, 2014, p.3).

Ao excluir da peça o texto em sua completude, que representa concretamente o exercício da liberdade de expressão, o autor da denúncia a fez com base em uma mensagem descontextualizada. Falando-se em termos linguísticos, destaca-se a palavra “podridão” presente na frase que foi incluída na denúncia. Por ter grande carga negativa de significado, à primeira vista causa choque e revolta, ainda mais dissociada do contexto em que está inserida, de interpretação bíblica, segundo a qual a atitude do filho de Noé, Canaã, tida como um indício de homossexualidade, é referida como “podridão” e foi responsável pelo ódio e pela rejeição que sofreu, bem como por ter sido considerado e tratado como criminoso por Noé. Vista desse modo, dentro do contexto do qual foi retirado, a frase passa a ter uma conotação, não mais se configurando um ataque aos homossexuais, mas sim um comentário acerca de uma passagem bíblica.

Essa, contudo, é uma questão de interpretação, havendo aquelas que enxergaram a discriminação e a incitação ao ódio nessa frase que levou ao inquérito, como a feita por Schäfer, Leivas e Santos (2015, p.151). Esses autores apontam que o emissor da mensagem colocou o homossexual como protagonista de uma catástrofe social por ser um sujeito diferente, que escapa da visão conservadora pautada na matriz sexual binária (homem e mulher) e, por isso, provará a extinção tanto da família quanto da própria humanidade, configurando-se o que Miskolci (2007, p.103) chama de pânico moral:

Analiso a polêmica por meio do mecanismo de resistência e controle da transformação societária conhecido como pânico morais, aqueles que emergem a partir do medo social com relação às mudanças, especialmente as percebidas como repentinas e talvez por isso mesmo, ameaçadoras. No caso do casamento gay é necessário reconstituir historicamente o temor com relação a gays e lésbicas que marca a rejeição deste direito que há algumas décadas pareceria um puro e simples paradoxo já que a identidade gay e o casamento eram vistos como opostos.

A denúncia não foi recebida pela Corte, por não se configurar a tipicidade penal, já que o artigo mencionado na denúncia não fala em discriminação sexual. Porém, é importante assinalar que, entre os ministros, houve aqueles que reconheceram a carga preconceituosa que a mensagem publicada possui, como o ministro Luís Roberto Barroso, que o coloca como “um comentário preconceituoso, é um comentário de mau gosto e extremamente infeliz” (BRASIL, 2014, p.7). Apesar disso, evoca o direito à liberdade de expressão, que, em sua opinião, não existe para proteger apenas aquilo que seja humanista ou de bom gosto, de sorte que é um direito que protege quem pensa de modo diferente (BRASIL, 2014, p.7).

Essa visão vai de encontro à ponderação que precisa haver frente à liberdade de expressão, sob pena de proteger práticas prejudiciais aos direitos humanos, numa clara diferença de entendimento comparado ao julgamento citado anteriormente. Também revela o que Gabina (2017, p.17) observou acerca da simplificação no trato do discurso de ódio, ao reduzir o seu exame à correspondência ou não a um dispositivo normativo, ainda que o teor discriminatório tenha sido identificado pelo aplicador do Direito, numa postura puramente objetiva que não é suficiente para abordar a problemática em toda a sua complexidade.

Fica claro, assim, o que Meyer-Pflug (2009, p.23) aduz sobre as consequências jurídicas do discurso do ódio, ao dizer que o exame jurídico desse tipo de manifestação “testa a abrangência e a extensão da proteção conferida à liberdade de expressão, à dignidade da pessoa humana, aos direitos das minorias e a vedação à prática do racismo” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 23). A partir dos casos abordados, torna-se nítido que a decisão pela preponderância de um ou outro bem jurídico perpassa pelo reconhecimento ou não da tentativa de incitar uma prática discriminatória, de modo que, quando essa tentativa não resta configurada na visão do aplicador do Direito, a liberdade de expressão recebe maior enfoque, sendo esse o direito priorizado em face dos demais.

É preciso explorar também o voto do ministro Luiz Fux nessa ação de instrução, por dar um tratamento jurídico controverso ao preconceito contra a homoafetividade. Reportando-se ao julgamento da legitimação da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal para reforçar que a homoafetividade deve ser tratada como um perfil, um traço da personalidade e, por isso, não é possível que sofra discriminação diante do Princípio da Isonomia, o ministro nega que os homossexuais sejam tratados de modo desigual na sociedade, visto a sua opção diferente do padrão imposto pela mesma. Em contraposição, admite que a “fala infeliz do parlamentar, ao mesmo tempo, ultraja o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o da Isonomia” (BRASIL, 2014, p.10).

Apesar da fragilidade em torno do viés jurídico do discurso de ódio, é certo que ele afronta o direito à igualdade e, por conseguinte, mina a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Dito isso, faz-se importante a criação de parâmetros para tornar a consideração do discurso de ódio mais unânime e fundamentada. Nesse sentido, a Artigo 19, organização não-governamental internacional criada a partir do direito humano à liberdade de expressão e de acesso à informação a nível global, sendo o seu nome uma referência ao artigo em que esses direitos constam no conjunto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabeleceu alguns critérios para serem seguidos pelos Estados na identificação do discurso de ódio, quando da observância do conflito entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade e à dignidade humana, enumerando-os no documento “Princípios de Camden sobre a Liberdade de Expressão e Igualdade:

i. severidade: a ofensa deve ser ‘a mais severa e profunda forma de opróbrio’; ii. intenção: deve haver a intenção de incitar o ódio; iii. conteúdo ou forma do discurso: devem ser consideradas a forma, estilo e natureza dos argumentos empregados; iv. extensão do discurso: o discurso deve ser dirigido ao público em geral ou a um número de indivíduos em um espaço público; v. probabilidade de ocorrência de dano: o crime de incitação não necessita que o dano ocorra de fato, entretanto, é necessária a averiguação de algum nível de risco de que algum dano resulte de tal incitação; vi. iminência: o tempo entre o discurso e a ação (discriminação, hostilidade ou violência) não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado; vii. contexto: o contexto em que é proferido o discurso é de suma importância para verificar se as declarações têm potencial de incitar ódio e gerar alguma ação (ARTIGO 19, 2009 *apud* NAPOLITANO; STROPPIA, 2017, p.324).

A despeito da intenção louvável, tais critérios pouco acrescentam ao exame do discurso de ódio, por se mostrarem excessivamente generalistas e, por isso, sofrerem com a subjetividade no momento da interpretação. Por exemplo, como ponderar acerca do que é ser severo ou ser complacente sem que a subjetividade, os aspectos íntimos, interfira? Mas outros dos critérios apontados se revelam mais práticos, como o exame textual do discurso, considerando-se o estilo empregado pelo autor e os argumentos que ele move, embora não se detalhe a partir de que base teórica se deve fazer isso.

O exame do contexto de produção e circulação dessa manifestação coaduna-se com o apontado por Gabina (2017, p.68-69) sobre a importância do contexto para o exame jurídico do discurso de ódio, ao ponto de impedir que um sistema sobre esse tipo de manifestação de pensamento e opinião seja inaugurado, pois o “contexto, a história institucional e pessoal, as experiências, as lutas políticas e também as consequências de cada decisão são elementos fundamentais para a solução dos casos analisados pela Suprema Corte”, e enquadrar em uma única rede decisões e fundamentações tão díspares baseadas na forma como se encara a influência de tantos fatores torna-se inviável (GABINA, 2017, p.69). Isso é o que ocorre na Corte Americana e foi absorvido pela Corte brasileira, levando à disparidade de decisões vista acima, por força da complexidade que envolve a interferência do contexto atualmente vivido no exame do caso concreto. Como salienta Cavalcante Filho (2014, p.34),

O discurso do ódio, como registramos anteriormente, é um tema que perpassa o Direito e a Política, um caso de interpenetração entre os sistemas. Justamente por isso, é natural que as vivências históricas de cada país e a ideologia política em cada um deles predominante influenciem a leitura jurisprudencial sobre a legitimidade ou não de discursos extremistas.

No caso do Brasil, é válido lembrar o tempo em que a liberdade de expressão foi suprimida totalmente, por força do momento político vivido no país, de modo que esse acontecimento sobrevive no imaginário de todos e foi crucial para o contexto atual em que ocorre o contrabalanceamento entre a liberdade de expressão e a dignidade humana pelo direito a não ser discriminado, também para a leitura e a decisão sobre a existência ou não do discurso de ódio.

Também insta explorar o discurso de ódio sob a perspectiva do chamado Direito da Antidiscriminação, a partir da abordagem realizada pela Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. Partindo da noção de que o Brasil está inserido no cenário internacional de proteção aos direitos humanos, fazendo parte do Sistema Interamericano e, por isso, devendo observar o que versam os tratados internacionais, Schäfer, Leivas e Santos (2015, p.148-149) apontam o potencial que a convenção citada possui para apontar caminhos jurídicos seguros nas soluções dos problemas relacionados aos efeitos negativos do discurso do ódio, ao mesmo tempo em que aprimora o conceito jurídico.

Segundo esses autores, a Convenção Interamericana constitui um modelo jurídico suficiente para apresentar respostas coerentes ao discurso de ódio por:

(i) indicar conceitos jurídicos determinados que descrevem os efeitos provocados pelo discurso de ódio; (ii) oferecer proteção aos grupos vulneráveis, uma vez que define os critérios proibidos de discriminação, em consonância com o Direito da Antidiscriminação. A Convenção, em seu arcabouço de proteção de direitos, destaca ainda a igualdade, interpretada por este instrumento em sua perspectiva material, a dignidade humana e o princípio da não discriminação (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p.149).

Assim, insta que os aplicadores do Direito recorram às diretrizes internacionais sobre o discurso de ódio como forma de auxílio da identificação do mesmo, lançando luz sobre a diferença entre uma manifestação de opinião com fundo discriminatório e uma tentativa de incitar o ódio a minorias.

3.3 A Liberdade de Expressão na Inferiorização e na Intolerância do Outro

É inevitável salientar que o discurso de ódio se confronta com o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente no âmbito coletivo, por atingir grupos que se identificam mutuamente, seja pela religião, cultura, etnia, entre outras características e fatores, e que estão inseridos em uma sociedade imersa na violência e na qual as formas de interditar o outro estão cada vez mais sofisticadas e difíceis de serem percebidas. Sobre isso e o lugar da liberdade de expressão nesse cenário, Foucault (1996, p.9) assim declara:

Em uma sociedade como a nossa, conhecemos, é certo, procedimentos de exclusão. O mais evidente, o mais familiar também, é a interdição. Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa.

Ainda assim, deve-se ter bastante cuidado ao se examinar o direito à liberdade de expressão frente a um possível caso de discurso de ódio, do contrário se substituirá um abuso pelo outro, com o direito à não-discriminação servindo de instrumento para a constante vigilância e a conseguinte interrupção do ato de se manifestar livremente. Com isso em vista, Meyer-Pflug (2009, p.103) afirma que:

No discurso do ódio é colocada em teste a capacidade da liberdade de expressão de prevalecer em face dos demais princípios, ou melhor dos “contravalores”. Há, primeiramente, que se fazer uma distinção nítida entre o fato de gostar ou discordar de uma ideia e censurá-la ou negar sua manifestação. São coisas absolutamente diferentes. A liberdade de expressão permite a todo indivíduo contestar e discordar da opinião e das ideias em voga, mas negar o direito delas se manifestarem é censura.

No entendimento de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, n.p.), a ponderação entre diferentes direitos é imprescindível ao respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, de sorte que limites não sejam ultrapassados e as condições mínimas para uma existência digna do ser humano não sejam negadas, e, para isso, deve haver a limitação do poder, evitando-se que uns tenham condições diferenciadas e melhores do que outros. Enquanto direitos forem sobrepostos de modo diferenciado, o ser humano será mero objeto de arbítrio e de injustiças, sobretudo considerando-se o alcance e o potencial lesivo da discriminação, do preconceito e de toda forma de segregação do outro (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, n.p.). Tais atitudes são de uma natureza múltipla, complexa e difusa, tanto que a maneira de se encarar a liberdade de expressão precisa se adaptar a essa realidade, pois, caso entendida apenas pela via de dois polos (privado e público), não dará conta da realidade comunicacional e expressiva da era atual, corrosiva aos direitos do cidadão, principalmente às minorias.

Diversamente dessa abordagem dual da liberdade de expressão, voltada ora ao desenvolvimento da personalidade, ora como proteção ao regime democrático, Machado (2002, p.130) defende que esse direito deve ser tomado com base em

uma abordagem pluralista que contemple as demais esferas comunicativas humanas estruturadas, como a economia, a ciência, a religião, a cultura, o desporto, a arte, as relações sociais, entre outras. Nesses termos, sugere uma liberdade de expressão para além do individual e do político, que são dois polos que tornam as questões que envolvem esse direito (inclusive, o discurso de ódio) polarizadas, apontando que o direito a se expressar livremente deve “proteger todos os conteúdos expressivos característicos dos diferentes sub-sistemas sociais, sem proceder, à partida, à sua hierarquização” (MACHADO, 2002, p.129-130).

Ainda, salienta que, para que as liberdades de comunicação sejam interpretadas corretamente, o sujeito deve ser compreendido não somente nas suas dimensões racionais e intelectuais, mas também de natureza espiritual, moral, emocional, passional e até física e sexual, dentro de “um sistema social hiper-complexo, funcionalmente diferenciado, comunicativamente estruturado e em permanente transformação” (MACHADO, 2002, p.130). Além disso, aponta algo até então inexplorado como atitude para o combate aos discursos discriminatórios e que incitam o ódio: “uma intervenção correctiva do Estado, que amplifique a voz dos grupos comunicativamente mais desfavorecidos, havendo lugar a medidas de *affirmative action* no plano comunicativo” (MACHADO, 2002, p.189, grifo do autor). Ou seja, as políticas públicas comunicacionais se tornam um importante meio de combate ao preconceito e à incitação do ódio, na medida em que possibilitam aos grupos que estão do outro lado da relação agressor-vítima deixarem a passividade e combaterem o discurso de ódio com o discurso de respeito, de autodeterminação e de conscientização.

Essa forma de encarar a liberdade de expressão frente a manifestações que inferiorizam e incitam o ódio às pessoas e a grupos é de suma importância para toda a sociedade, pois se está em uma espécie de ciclo sem fim, no qual a violência discursiva incita a violência prática, que leva à demanda judicial, a qual pune o agressor, que, por causa das profundas falhas no sistema carcerário brasileiro, volta para a sociedade com novas (ou antigas) pretensões violentas e dá vazão a novos discursos violentos, agora com o reforço da revolta pela punição.

Além disso, há um considerável espelhamento entre os indivíduos, pois o “homem só se reconhece quando se espelha em outro homem. Essa necessária relação do indivíduo com o outro inscreve e instaura a sociabilidade em diferentes aspectos” (RESENDE, 2007, p.35). Na comunicação, isso fica evidente, pois o

discurso proferido reflete o emissor enquanto indivíduo particular e, ao mesmo tempo, universal, inserido em uma sociedade que é construída por meio desse processo de semelhança e diferença. O outro indivíduo, que está na condição de receptor da mensagem, também é particular e universal e se espelhará através da sua manifestação discursiva. Com isso, tem-se o que Stuart Mill, grande destaque no que se refere à liberdade de expressão, fala sobre o processo de influência que envolve a expressão humana:

[...] a opinião individual é provida de valor para a coletividade: a partir do momento em que ela permite a reflexão acerca de uma opinião predominante tida por verdade, resulta em uma mudança positiva de postura rumo a uma 'verdade ainda maior' ou, ao menos, na reafirmação e consolidação da opinião predominante (MILL, 2011 *apud* OLIVA, 2014, p.19)

É assim que discursos de ódio e discursos com vistas ao respeito agem como transformadores da sociedade, de acordo com o grau de vinculação que atingem, e isso depende de como o discurso é produzido e veiculado, mas também (e principalmente) do atual contexto em que se encontra a sociedade, suas verdades predominantes e aquelas que tentam se sobressair às demais.

Para finalizar o presente estudo, resta abordar mais detidamente os limites impostos à liberdade de expressão e examinar a questão do discurso de ódio e da discriminação especificamente no ambiente virtual.

4 CONFIGURAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A RESPONSABILIZAÇÃO DIANTE DO DISCURSO DE ÓDIO VIRTUAL

4.1 Liberdade de Expressão, Discurso de Ódio e Marco Civil (Lei nº 12.965/2014)

A aplicação da Constituição pode se dar de modo direto ou indireto, conforme explica Barroso (2010b, n.p.), quando da operação de concretização do Direito, sendo direta em casos cuja pretensão se funda em um dispositivo constitucional, como é o caso da liberdade de expressão, e indireta quando a pretensão se baseia em uma norma infraconstitucional. Em todo caso, a Constituição é o parâmetro para validar a norma a ser aplicada e determinar o seu significado, que deverá ser fixado em conformidade com ela.

Os casos que envolvem a liberdade de expressão frente a manifestações discriminatórias, via de regra, irão envolver um embate entre princípios constitucionais, pois, numa ordem jurídica pluralista como a brasileira, a Constituição abriga princípios que se voltam a diferentes direções, e

Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica (BARROSO, 2010b, n.p.).

Mais uma vez, salienta-se a importância da ponderação de direitos e princípios no caso concreto, sempre com base no que a realidade revela. Sobre ela, Barcellos (2001, p.235) comenta que "a realidade é, por natural, um elemento indissociável do pensamento jurídico, embora não caiba a este reproduzi-la, pois se o Direito se limitasse a repetir a realidade, seria totalmente desnecessário". Assim, o Direito deve partir da realidade, porém na posição de mediador entre o mundo dos fatos e o dever ser normativo, mantendo uma distância suficiente entre os dois, a fim de que a comunicação entre esses dois "mundos" permaneça e a realidade mantenha uma aproximação do dever ser (BARCELLOS, 2001, p.235).

Nessa mediação que o Direito realiza, a ponderação feita no caso concreto deve partir da situação comunicativa avaliada, quando do exame da publicação que deu ensejo à ação por configurar um discurso de ódio. Buscando saber se de fato o emissor da mensagem incita o ódio a determinada ou determinadas minorias em seu discurso, os aplicadores do Direito avaliarão as consequências derivadas do exercício da liberdade de expressão feito pela outra parte. Nisso, a própria noção do que é se expressar livremente reflete as crenças dos grupos e as visões particulares da comunidade que institui o regime de liberdade de expressão, de sorte que esse direito não deve ser tomado de maneira neutra, mas sim considerando-se o contexto e a possibilidade da interferência dos interesses no exame (GABINA, 2017, p.85). Como afirma Gabina (2017, p.86), “o que é mera opinião, e o que é violência ou ameaça de violência, depende do contexto e das forças políticas que assumiram para seu lado o discurso da liberdade de expressão”.

Ainda, o exame jurídico do discurso de ódio e dos crimes de discriminação e preconceito pela via discursiva, principalmente na internet, deve considerar os efeitos que esse território digital, em que há uma democracia pautada no pluralismo de ideias muito maior do que na vida “cara a cara”, lança sobre o ânimo dos emissores das mensagens e sobre a própria mensagem, cuja configuração muito se difere daquela que circula nos ambientes físicos. O fato de a internet ser vista como um local aberto, “terra sem lei”, somado ao senso de proteção pelo anonimato, pode levar a uma tolerância maior ao conteúdo do que é divulgado, produzindo efeitos no discurso proferido, que está livre dos filtros e da pressão que a exposição causa (PIAIA; RITTER; SANGOI, 2018, p.1022).

Para satisfazer a demanda de regulação que o advento e o uso da internet geraram, a Lei do Marco Civil, já mencionada no presente trabalho, foi criada, como uma nova forma de regular as relações na sociedade da informação por meio de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Entretanto, de acordo com Lawrence Lessig, falando da internet,

[...] existem quatro diferentes modalidades de regulação que lhe são inerentes: *o direito, as normas sociais, o mercado e a arquitetura*. Nessa ordem de ideias, é claro que o marco civil representa apenas uma das modalidades possíveis de regulação, não significando, necessariamente, que seja a *melhor* delas, dadas as peculiaridades extremamente específicas da internet (LESSIG, 2006 *apud* DE LUCCA, 2015, p.28).

Assim, a Lei do Marco Civil regula a internet no que concerne à arquitetura, não sendo, porém, a única maneira de regulá-la. A liberdade de expressão é considerada o fundamento da disciplina do uso da internet no Brasil, posta dessa maneira no seu artigo 2º, junto aos direitos humanos, ao desenvolvimento da personalidade e ao exercício da cidadania nos meios digitais, à pluralidade e à democracia, à livre iniciativa, à livre concorrência, à defesa do consumidor e à finalidade social da rede (BRASIL, 2014). Além disso, no artigo 13, inciso I, é mencionada como princípio da disciplina do uso da internet no Brasil, junto à comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal (BRASIL, 2014).

Souza (2015, p.383-384) aponta essa presença da liberdade de expressão na Lei do Marco Civil como decorrente, primeiramente, da crítica à criação de uma lei que regule a internet, por esta ser a principal inovação tecnológica dos séculos XX e XXI e cuja regulação pode ser vista como uma restrição à liberdade; secundamente, como uma tentativa de criar um ambiente favorável à manifestação do pensamento no meio virtual, envolvendo razões técnicas e políticas. Ainda, o legislador cuidou de dispor de modo a proteger o responsável pelas aplicações da internet em casos que revelem abusos da liberdade de expressão:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (BRASIL, 2014).

Sangoi (2016, p.20) diferencia o provedor de conteúdo na internet do provedor de informação, afirmando que o primeiro é aquele que disponibiliza a informação produzida pelo segundo. No caso do artigo citado acima, o legislador se referiu ao provedor de conteúdo, como portais de imprensa, para protegê-lo da responsabilização indevida por aquilo que terceiros (os provedores de informação) criam. Souza (2015, p.398) assevera que essa disposição é um dos pontos mais importantes da Lei do Marco Civil acerca da liberdade de expressão, pois a responsabilidade civil dos provedores de conteúdo apenas após a ordem judicial

impede e, ao mesmo tempo, dá margem para o monitoramento e a exclusão de conteúdos que possuam alguma carga de controvérsia.

Ao tempo em que o legislador protegeu o provedor de responsabilizações indevidas, admitiu a possibilidade de este ser punido pela disponibilização de informações que não criou, apenas divulgou. Essa disposição é motivo de críticas por parte de diferentes autores, como Schreiber (2015, p.281), que, afirmando que a Internet é um espaço no qual novas formas de opressão são facilitadas, como a propagação do ódio, e que ela representa uma indústria que gera grandes percentagens de lucro sobre a divulgação e o acesso de conteúdos, muitas vezes, ilícitos que podem causar impactos devastadores na vida das pessoas, defende que a responsabilidade dos provedores de aplicação em face de danos causados por conteúdo de terceiros deveria ser objetiva. Isso porque, segundo o autor, esses provedores estão exercendo uma atividade de risco, diante do “elevado potencial de danos inerente à criação de um espaço onde o conteúdo inserido assume dimensão pública, sem qualquer espécie de filtragem prévia” (SCHREIBER, 2015, p.284).

Lottenberg e Vainzof (2018, n.p.) também apresentam críticas a essa proteção dada pelo Marco Civil aos provedores de aplicações, asseverando que, em casos de não atendimento extrajudicial, haverá mais demora no atendimento da solicitação, pois esta dependerá da ordem judicial, correndo-se o risco de agravar sobremaneira o dano, além do aumento de demandas ao Poder Judiciário cuja resolução é de responsabilidade direta desses provedores. Diante disso, os autores argumentam que “o Poder Judiciário deve ser uma segunda instância para solução de tais tipos de controvérsias cibernéticas” (LOTTENBERG; VAINZOF, 2018, n.p.).

É importante mencionar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo posterior à vigência da lei em comento, Apelação 1011391-95.2015.8.26.0005, na qual o desembargador relator Francisco Loureiro declarou que a disposição do artigo 19 acima referido não deve ser interpretada de modo literal, argumentando que

A mais abalizada doutrina tece severas críticas à referida previsão normativa do Marco Civil da Internet, não só por constituir verdadeiro retrocesso no tratamento da matéria, mas, principalmente, por ter privilegiado os provedores em detrimento dos consumidores, e por ter conferido a priori supremacia a determinados direitos fundamentais em face de outros de igual relevância, contrariando totalmente o sistema jurídico e a tábua axiológica da Constituição Federal [...] Nem se alegue que a interpretação não literal do art. 19

da Lei n. 12.964/14, ora proposta, pode acarretar situações de injustiça ou violação à liberdade de expressão, especialmente em casos de remoção de conteúdo lícito da Internet por denúncias levianas e infundadas de violações de direitos. Primeiro porque a retirada desses conteúdos pelos provedores de aplicação não precisa ser imediata após o recebimento da notificação. Em outros países tem sido comumente aceito um prazo de 24 horas para a exclusão de conteúdos pelos provedores de aplicação, a fim de que possam, mediante determinados procedimentos e providências, assegurar-se minimamente da robustez da acusação formulada. Ademais, diante do conflito entre os valores envolvidos, parece mais justo e razoável que, na hipótese de dúvida sobre a licitude do conteúdo, o provedor de aplicação o remova e, caso a denúncia se mostre açada, depois o reinclua na rede. Afinal, a manutenção o site em nome da liberdade de expressão pode acarretar lesões irreparáveis aos direitos da personalidade da vítima (BRASIL, 2016).

A partir disso, falando-se especialmente do discurso de ódio, intrinsecamente fica a indagação se aquele que disponibilizou o conteúdo, fazendo a mediação entre a mensagem que incita o ódio e o leitor, está colaborando para que o conteúdo não só discriminatório, mas também influenciador da discriminação cumpra o objetivo do emissor da mensagem, uma vez que está exercendo o papel de fazer a mesma circular no ambiente virtual. Nos termos apresentados acima, pensa-se que sim, pois, ao não se importar com o conteúdo que está sendo postado, o provedor está fazendo com que todo tipo de mensagem chegue a bilhões de pessoas, muitas das quais possuem conteúdos altamente prejudiciais e de cunho discriminatório e violento, de sorte que, se a sua responsabilidade pelos danos causados fosse objetiva e vinculada à notificação dos usuários, e não apenas à ordem judicial, poderia atuar na diminuição de casos de propagação ao ódio e de ataque às minorias (SCHREIBER, 2015, p.284)

Silveira (2014) citado por Santos (2016, p.54) afirma que “na comunicação em redes digitais, quem controla a infraestrutura pode controlar os fluxos de informação”. Com isso, revela-se outro ponto que envolve diretamente a liberdade de expressão e que também foi abordado pela Lei do Marco Civil: a neutralidade da rede. Segundo explica Santos (2016, p.54), “a Internet é uma infraestrutura de informação que organiza o modo de vida contemporâneo” (SANTOS, 2016, p.54), e, sendo assim, o controle dessa infraestrutura de informação tem como bônus o controle de toda a forma de ver o mundo atual, já que o advento da internet modificou sobremaneira a realidade social, a coletividade e a maneira como o indivíduo se relaciona com elas e as enxerga (SANGOI, 2016, p.6).

Nesse sentido, a necessidade de que a internet seja neutra fica cada vez mais evidente e foi considerada na Lei do Marco Civil como um dos princípios do uso da internet no Brasil. A disposição sobre a neutralidade da internet está posta no Artigo 9º: “O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação” (BRASIL, 2014). Um serviço que não respeita o princípio da neutralidade interfere no uso particular do usuário, de modo a diferenciar o gerenciamento de tráfego de acordo com o tipo de conteúdo, entre outras maneiras de entregar uma experiência na rede parcial (SANTOS, 2016, p.103).

Assim, o desrespeito à neutralidade da rede configura-se em um abuso de poder, na medida em que se tem o controle sobre a experiência de uso da internet por parte do indivíduo e, por consequência, sobre o seu contato com as informações e as manifestações de pensamentos e opiniões dos demais usuários, além da própria liberdade de expressão, pois, se o usuário fica impedido de acessar um determinado site, não somente a leitura do seu conteúdo como também a possibilidade de se expressar sobre ele ficam toldadas.

A interação entre indivíduo e internet também depende dessa neutralidade, mas, principalmente, envolve aspectos sociais, políticos e ideológicos que influenciam a forma como o ser humano e a sociedade encaram o ambiente virtual e se sentem diante da imensidão de informações e de possibilidades que ela traz, o que demanda responsabilidade no seu uso. Evangelista e Kanashiro (2013), citados por Santos (2016, p.55), apontam a necessidade de “indagar sobre que política e que visões de mundo são acionadas ou atravessam as relações homens e máquinas-homens em redes e nós de comunicação” (SANTOS, 2016, p.55), pois, como já mencionado, muito do controle de poder está envolvido, e isso sempre pressupõe visões de mundo específicas.

4.2 Aspectos Relevantes da Responsabilização pelo Discurso de Ódio na Internet

A não admissão do *hate speech* vem sendo demarcada em vários instrumentos internacionais voltados aos direitos humanos, desde o Pacto dos

Direitos Civis e Políticos (1966), também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), no Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), nos documentos resultantes da 3ª Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban em 2001 - Declaração (itens 86 a 91) e Plano de Ação (itens 143 a 147).

Uma vez não admitida, a prática do discurso de ódio enseja uma conduta ilícita passível de punição, que pode ser a partir de uma responsabilidade civil ou de uma responsabilidade penal. Cumpre a diferenciação de uma e outra:

A ilicitude – é de todo sabido – não é uma particularidade do Direito Penal. Sendo ela, essencialmente, contrariedade entre conduta e a norma jurídica, pode ter lugar em qualquer ramo do Direito. Será chamada de ilicitude penal ou civil tendo exclusivamente em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. No caso de ilícito penal, o agente infringe uma norma penal, de Direito Público; no ilícito civil, a norma violada é de Direito Privado. A separação entre uma e outra ilicitude atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço (CAVALIERI FILHO, 2010, p.14).

Tratando-se primeiramente da responsabilização pelo discurso de ódio ocorrido no meio virtual com base no Direito Civil, menciona-se que a Lei nº 12.965/2014 (Lei do Marco Civil), já citada, concentra a responsabilização dos provedores no âmbito civil, apesar de não trazer explicitamente em seu texto o tipo de responsabilidade de que está falando, como aponta Sangoi (2016, p.49).

O ato ilícito é descrito no Código Civil de 2002 nos Artigos 186 e 187, respectivamente: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002). Logo, vê-se que o dano exclusivamente moral, como a afronta à honra, à imagem e ao direito à igualdade, caso da discriminação de qualquer tipo, é um ato ilícito previsto no Código, bem como o excesso cometido no exercício de um direito, tal qual a liberdade de expressão, que, embora permita que o indivíduo se manifeste livremente, encontra óbice nos direitos de outrem.

Pereira (2012, p.552) aponta os requisitos para se configurar o ato ilícito, quais sejam: a conduta, a violação do ordenamento jurídico, a imputabilidade do agente e a penetração da conduta na esfera jurídica alheia. Tratando do dever de indenizar, Cavaliere Filho (2010, p.12) informa que este depende diretamente da ilicitude, não sendo suficiente que um prejuízo seja causado diretamente da prática de um ato lícito para que a responsabilidade civil seja configurada. Portanto, como o autor aduz, “a ilicitude reporta-se à conduta do agente, e não ao dano que dela provenha, que é o seu efeito. Sendo lícita a conduta, em princípio não haverá o que indenizar, ainda que danosa a outrem” (CAVALIERI FILHO, 2010, p.13).

Cumpra, ainda, diferenciar responsabilidade civil objetiva da subjetiva. Enquanto a segunda é a regra geral da responsabilidade civil instituída no artigo 186 do Código Civil de 2002, por ser configurada a partir da comprovação da culpa do agente, a primeira pressupõe o dever de indenizar independentemente da configuração da culpa, com base na teoria do risco, que nada mais é do que o exercício de uma atividade potencialmente lesiva que requer o dever de assumir os riscos dela provenientes e de reparar os danos que dela advirem (CAVALIERI FILHO, 2010, p.142).

No caso dos provedores de aplicação que exerçam controle prévio sobre as informações publicadas em seus endereços eletrônicos, a responsabilidade que recai sobre eles, quando divulgarem mensagens com conteúdo discriminatório e discurso de ódio, entre outras que ferem os direitos do cidadão, é a objetiva. Tal responsabilização

[...] decorre da equiparação do provedor que exerce controle prévio sobre o material que divulga a outros meios de comunicação tradicionais, como as revistas e os canais de televisão, e revela um aspecto fundamental a ser verificado quando da análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicação (principalmente os de hospedagem – redes sociais, por exemplo –, e os de conteúdo, como os blogs) por fato de terceiro (LEONARDI, 2012, p.125 *apud* SANGOI, 2016, p.54-55).

Sobre esses últimos provedores mencionados na citação acima, os provedores de aplicação, o STF decidiu no RE nº 1.1186.616/MG que nem todos estão obrigados a realizar a fiscalização prévia das informações que os usuários postam em seus domínios, caso dos provedores de hospedagem, como as redes sociais, do contrário, isso seria problemático, tendo-se em vista a quantidade de

postagens que as redes sociais recebem todos os dias e a inviabilidade da checagem de uma por uma, tal qual ocorre na imprensa digital.

Os provedores de internet também podem responder solidariamente aos agentes causadores do dano, em face do fato deste ser um meio com múltiplos fornecedores por trás, como colocado no artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor, de modo que a divulgação de uma informação que incite o ódio e a violência torna-se responsabilidade de todos, não somente daquele que expressou a mensagem, a depender do caso concreto e da natureza da atividade dos provedores.

Diante dessa importância que os provedores de aplicação possuem para a circulação de mensagens no meio virtual, independentemente da responsabilização civil imposta pela via jurídica, eles precisam proceder de modo a tornar o ambiente virtual menos agressivo, de acordo com as ferramentas que têm à disposição e a autoridade que lhes é dada ao assumir a posição de provedor. Isso deve ser feito

de acordo com seu público-alvo e leis aplicáveis, podem — e devem — estabelecer as regras para a utilização das suas aplicações, bem como os freios e contrapesos tecnológicos no caso de violações, além dos procedimentos extrajudiciais, por meio eletrônico, para resolver conflitos entre seus usuários (LOTTENBERG; VAINZOF, 2018, n.p.).

Além disso, devem exercer, conforme os princípios constitucionais e legais e com autonomia jurídica limitada, uma “autorregulação regulada”, de modo a resolverem determinados conflitos ocorridos na plataforma pela qual são responsáveis e advertindo e excluindo usuários que atuem de modo irregular, bem como removerem conteúdos que considerem ilegais (LOTTENBERG; VAINZOF, 2018, n.p.). Porém, essa “autorregulação regulada, como sistema de soluções de controvérsias, não pode ser forma alternativa para mitigar o discurso de ódio, mas iniciais, ao trazer maior eficiência diante de conteúdos tão sensíveis” (LOTTENBERG; VAINZOF, 2018, n.p.), isto é, não pode ter a pretensão de substituir o exame jurídico do caso, que envolve muito mais do que uma simples postagem da qual muitas pessoas não gostaram, mas sim de ser um acréscimo ao combate de uma problemática que, por seu alcance e potencial lesivo, exige a soma de esforços.

Passando-se à esfera de responsabilização penal, cita-se Zilio (2017, p.182) quando diz que

Essas manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra certos grupos minoritários, quando motivadas por preconceito ligados à etnia, à religião, ao gênero, à deficiência física ou mental e à orientação sexual, não se limitam apenas aos aspectos jurídicos de raiz constitucional, que quase sempre são solucionados por ponderações de interesses ou critérios de proporcionalidade. Antes de tudo, o tema trata de um problema eminentemente penal, seja porque se relaciona diretamente com delitos de ações cometidos por palavras, seja porque se costuma responder a eles por meio de penas criminais, é dizer, com coerção estatal não reparadora e nem suspensiva-administrativa de um processo lesivo em curso.

Esse autor também aponta três aspectos essenciais para se abordar penalmente o discurso de ódio: ação, bem jurídico-penal e função da pena criminal (ZILIO, 2017, p.183). Sobre o primeiro, aponta que, apesar de ser consenso que o elemento-limite da teoria da ação impede que atos internos (pensamentos ou intenções não exteriorizadas) sejam punidos, o enunciado linguístico é objeto relevante para o direito penal e considerado uma ação, determinada num contexto que lhe atribui um significado socialmente construído (ZILIO, 2017, p.188).

Acerca do segundo aspecto, aponta a problemática de diferenciar o bem jurídico ofendido por delitos cometidos por palavras. Veja-se:

As situações mais complicadas acontecem nos casos de incitação a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. A razão da punição aí escapa o âmbito individual dos delitos contra a honra e se localiza na *necessidade de evitar os efeitos perversos que o discurso de ódio tem na configuração de uma sociedade democrática e na dignidade dos indivíduos que integram as coletividades vítimas*. O traço definidor dos delitos de discurso de ódio está, portanto, na capacidade de atentar contra a dignidade humana, não apenas no sentido kantiano mencionado, mas também na reputação básica que permite ser tratado como igual no interior da sociedade (WALDRON, 2012, p.5 *apud* ZILIO, 2017, p.190).

Há de se averiguar, portanto, o papel de proteção jurídico-penal diante do discurso de ódio, o qual perpassa mais pela manutenção ética do que pela tutela de um bem jurídico, que aparece como consequência da ação contrária à ética.

Por fim, sobre a função da pena criminal em casos de discurso de ódio, Zilio (2017, p.193) inicia pela legitimidade do Direito Penal para obter um fim protetivo e influenciador da realidade, e isso dependerá dos efeitos que gerará com a sua atuação, de forma que, se quer proteger minorias de discursos excludentes, sua

legitimação existirá toda vez em que consiga reduzir os efeitos indesejados, porém, “se a intervenção penal potencializa conflitos, então é evidente que se trata de um meio inadequado para tal fim e está, portanto, deslegitimado” (ZILIO, 2017, p.193).

A partir disso, a utilidade da pena nesses casos envolvendo discurso de ódio depende do efeito que pode ou não gerar no emissor da mensagem, no seu receptor e nos grupos diretamente atingidos pelo conteúdo discriminatório, mas também da mensuração do dano gerado, a qual é, certamente, difícil de ser realizada, pela alta abstração e generalidade da teoria do dano, devendo existir um maior respeito à equivalência entre essas variáveis e o acumulado pelo coletivo afetado (BARATTA, 2006, p.303 *apud* ZILIO, 2017, p.194).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a explanação teórica realizada, restou claro que a liberdade de expressão e o discurso de ódio são equivalentes a dois fenômenos jurídicos que se excluem e que configuram conflitos de bens jurídicos de suma importância: de um lado, o direito à livre expressão; de outro, o direito à não-discriminação, baseado no respeito à dignidade humana. Ambos são direitos cruciais à democracia e ao desenvolvimento da sociedade, porém o princípio da dignidade da pessoa humana tem em sua essência o sujeito em sua plena constituição, e a sua violação, por força de atitudes discriminatórias, representa um ataque ao que o homem tem de único, que o diferencia dos demais seres vivos.

Reconhece-se a importância da liberdade de expressão para a democracia, sendo o caminho pelo qual o indivíduo participa do debate político e o pluralismo político acontece. Reconhece-se também que esse princípio é importante para o desenvolvimento da dignidade humana, já que é um instrumento contra a opressão, de modo que, com ele, o cidadão se torna independente frente aos seus governantes e tem a sua individualidade reconhecida também no âmbito comunicacional. No entanto, deve ser observado que a liberdade de expressão não é um direito ilimitado, pois a expressão humana é tão variável quanto a realidade sobre a qual ela trata, e isso dá margem para a divulgação de todo tipo de conteúdo, seja um pensamento baseado no senso comum, seja uma visão científica, seja uma opinião.

Desse modo, a característica de determinado indivíduo ou grupo, sendo um dos objetos sobre os quais as pessoas se expressam, pode ser atacada sob a égide da liberdade de expressão, sem que se atente para o fato de que as palavras, gestos, imagens, símbolos e tantas outras formas de expressão têm o poder não só de comunicar, mas também de atingir o homem em sua particularidade, no íntimo do seu ser. E isso ocorre mesmo que não se esteja falando especialmente de um indivíduo e mesmo que, na forma de expressão, não haja menção a nomes, pois apenas a identificação cultural com um grupo que está sendo objeto central daquela mensagem veiculada é suficiente para que a pessoa se sinta discriminada. É isso que ocorre nos discursos discriminatórios e, quando tais discursos possuem a pretensão de incitar o ódio a determinado grupo, torna-se um problema mais do que

coletivo, virando uma questão a nível global. Nessa conjuntura, a liberdade de expressão deve dar lugar ao respeito ao outro e a toda a sociedade.

Ainda, diante da era informacional atual, na qual a internet se tornou o lugar da expressão humana por excelência e sem que se precise enfrentar o peso do olhar e da presença do interlocutor, uma nova forma de se encarar a liberdade de expressão é necessária. Sem que seja toldada, ela deve passar a corresponder à nova configuração da sociedade, que é muito sensível às garantias que estão ligadas ao âmbito informacional, mas também que ainda não aprendeu a aceitar o diferente e se utiliza das facilidades do meio virtual para externar isso.

O frágil limite entre a simples opinião e o resultado de pesquisa científica e a atitude de discriminação/preconceito também restou claro na explanação realizada. O fato de se dar pela via do discurso, ou seja, da linguagem, faz com que o discurso de ódio não seja facilmente identificado, muitas vezes sendo confundido com uma ideologia ou opinião contrária ao que a maioria pensa. Isso porque o território da linguagem é complexo em significado e em formato, além de ser menos prático de ser observado em comparação com uma atitude. Nesse ponto, a frase “a imagem fala mais do que mil palavras” tem aplicação, apesar de clichê, revelando a problemática de se extrair de palavras a atitude discriminatória, de separar o que é opinião do que é racismo, o que informa e o que incita o ódio.

Por fim, a responsabilização do discurso de ódio relaciona-se diretamente com os efeitos que gera e com a identificação dos seus contornos, no contexto comunicacional e social em que ocorre, os quais determinam a configuração jurídica que lhe será atribuída. Por isso, a abordagem desse tipo de discurso, que constitui delito punível tanto no Direito Civil quanto no Direito Penal, deve ser completamente envolvida no contexto sociocultural, histórico e político em que está imerso, urgindo que comece a ser debatido no Poder Judiciário, a fim de se acabar com a falta de delineamento e a resistência a admitir que as palavras, além de informar, também incitam a discriminação e o ódio entre as pessoas.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ARTIGO 19. **Princípios de Camden sobre liberdade de expressão e igualdade**. Londres: Artigo 19, 2009. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2019.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010a.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil [1988]**. 53. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 03 maio 2019.

_____. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm>. Acesso em: 02 maio 2019.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Lei do Marco Civil)**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2**. Rel.: Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2003. DOU: 19/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 01 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3.590/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Investigado: Marco Antônio Feliciano. DOU: 12/08/2014. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=258914472&ext=.pdf>. Acesso em: 02 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 1011391-95.2015.8.26.0005**. Relator: Desembargador Francisco Loureiro. Data de julgamento: 07/06/2016. Primeira Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 07/06/2016.

CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. **Brasília**, a. 48, n.191, jul./set. 2011. Disponível em: <
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242914/000926858.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “discurso do ódio” na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: Uma análise à luz da filosofia política. 2014. 127f. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) - Escola de Direito de Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: IDP, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Opinião Consultiva - Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão**. CIDH, 1985. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencialInternacional/anexo/Artigo13.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

COSTA, Maria Cristina Castilho. Liberdade de Expressão Como Direito – História e Atualidade. **NHENGATU – Revista Iberoamericana de Comunicação e Cultura Contra-hegemônicas**, v.1, n.1, 2013. Disponível em: <
<https://revistas.pucsp.br/nhengatu/article/view/34174>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet – uma visão panorâmica dos principais aspectos relativos às suas disposições preliminares. In: Newton; SIMÃO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). **Direito & Internet III –Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)**. Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ESTADOS UNIDOS. **Declaração de direitos do bom povo da Virgínia**, de 16 de junho de 1776.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

GABINA, Lourenço Paiva. **Discurso de ódio e jurisdição constitucional: uma abordagem pragmática**. 2017. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: IDP/ED, 2017. Disponível em: <

<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2255>>. Acesso em: 01 maio 2019.

LIMA, Wiliam Costódio. A liberdade de expressão como novo direito na sociedade em rede: limites em casos envolvendo blogs no poder judiciário brasileiro. In: CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 4º, 2017. **Anais do 4º Congresso Nacional de Direito e Contemporaneidade**. Santa Maria/RS: UFSM, 2017. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/3-6.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

LOTTEBERG, Fernando; VAINZOF, Rony. Discurso de ódio, redes sociais e o Marco Civil da Internet. **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em: 13 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-13/opiniao-discurso-odio-redes-sociais-marco-civil-parte>>. Acesso em: 04 maio 2019.

LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2872>>. Acesso em: 25 abr. 2019

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: RT, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, pp. 313-332, 2017.

OEA (Organização dos Estados Americanos). Organização dos Estados Americanos. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. OEA, 1948.

OLIVA, Thiago Dias. **O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil**. 2014. 199f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14122015-093950/pt-br.php>>. Acesso em: 01 maio 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I – introdução ao direito civil teoria geral de direito civil. 25 ed revisada e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

PIAIA, Thami Covatti; RITTER, Letícia Mousquer; SANGOI, Rafael Martins. Liberdade de expressão publicada *versus* anonimato: a (ir)responsabilização no *cyberbullying*. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: <
<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/13368>>. Acesso em: 01 maio 2019.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates (Versão eletrônica)**. Trad. Maria Lacerda de Sousa. Pará de Minas: Virtual Books Online M&M Editores, 2003. Disponível em: <
<http://www.revistaliteraria.com.br/plataoapologia.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

RESENDE, Anita Cristina de Azevedo. Da relação indivíduo e sociedade. **Educativa**, Goiânia, v. 10, n. 1, pp. 29-45, jan./jun. 2007. Disponível em: <
<http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/educativa/article/view/173>>. Acesso em: 03 maio 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social (ed. eletrônica)**. Trad. Rolando Roque da Silva. eBooksBrasil, 2008. Disponível em: <
<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/contratosocial.html#51>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 1, n. 2, pp. 137-150, maio/ago. 2006. Disponível em: <
<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11572>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

SANGOI, Mariana May. **Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)**: análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por dano decorrente de conteúdo publicado por usuário da rede. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2016. Disponível em: <
<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166573/MARCO%20CIVIL%20DA%20INTERNET%20%28LEI%20N.%2012.965.2014%29%20Análise%20da%20Responsabilidade%20Civil%20dos%20Provedores%20de%20Aplicação.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 maio 2019.

SANTOS, Vinicius Wagner Oliveira. **Neutralidade da rede e o marco civil da internet no Brasil**: atores, políticas e controvérsias. Tese (Doutorado em Política científica e tecnológica) – Universidade Estadual de Campinas. Campinas/SP: Unicamp, 2016. Disponível em: <
http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/321453/1/Santos_ViniciusWagnerOliveira_D.pdf>. Acesso em: 03 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 52, n. 207, pp. 143-158, jul./set. 2015.

Disponível em: <

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515193/001049120.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 03 maio 2019.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). **Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. **Democracia e Liberdade de Expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra**. 2009. 248f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009. Disponível em: <
https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-07122009-124122/publico/JULIO_CESAR_C_B_SILVA.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2019.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no Estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe Borchardt. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v.7, n.2, pp. 445-468, jul-dez 2011. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n2/a04v7n2.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2019.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As Cinco Faces da Proteção à Liberdade de Expressão no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira (coords.). **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet – tomo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp.377-408.

TURCHETTO FILHO, Fernando Antônio. **A influência do Iluminismo na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Sem data. Disponível

em:

<https://www.academia.edu/11144948/A_INFLUÊNCIA_DO_ILUMINISMO_NA_DECLARAÇÃO_DE_DIREITOS_DO_HOMEM_E_DO_CIDADÃO_DE_1789>. Acesso em: 26 abr. 2019.

VARELA, Isabela Dalle. **Educação e Dignidade Humana**: Uma análise da realidade de crianças e adolescentes brasileiras. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: PUC/RJ, 2008.

ZILIO, Jacson. Direito penal e discurso de ódio. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, pp. 181-204, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/102>>. Acesso em: 03 maio 2019.