

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO - FADISP

LAURA OLIVEIRA SILVA

A FUNÇÃO SOCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
análise dos limites impostos pelo discurso de ódio em ambiente virtual

São Paulo
2024

LAURA OLIVEIRA SILVA

A FUNÇÃO SOCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
análise dos limites impostos pelo discurso de ódio em ambiente virtual

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção de título de Mestre à Fadisp, na área de concentração/disciplina Função Social do Direito.

Orientador: Professor Doutor Lauro Ishikawa

São Paulo
2024

LAURA OLIVEIRA SILVA

A FUNÇÃO SOCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
análise dos limites impostos pelo discurso de ódio em ambiente virtual

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção de título de Mestre à Fadisp, na área de concentração/disciplina Função Social do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lauro Ishikawa

São Paulo, 28 de outubro de 2024.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Lauro Ishikawa (orientador)

Prof. Dr. Wagner Wilson Deiró Gundin

Prof^a. Dr^a. Francislaine de Almeida Coimbra Strasser

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus e a Nossa Senhora, pela força, saúde, e por estarem sempre comigo, me guiando, me iluminando e me abençoando.

À minha família, pelo amor, compreensão e constante motivação para que eu pudesse superar cada obstáculo em meu caminho. O apoio de vocês foi essencial em cada etapa deste percurso.

Aos meus pais, por todo o amor, apoio incondicional e incentivo ao longo de minha vida acadêmica. Vocês são a base de todas as minhas conquistas e foram minha maior inspiração para continuar em busca dos meus sonhos.

Minha gratidão especial ao meu orientador, prezado Professor Doutor Lauro Ishikawa, por todos os ensinamentos nessa trajetória, por sua orientação sábia, paciência e valiosas contribuições durante todo o desenvolvimento desta dissertação. Seu conhecimento e dedicação foram fundamentais para a concretização deste trabalho.

Aos membros da banca de Qualificação e Defesa de Mestrado, Doutora Francislaine de Almeida Coimbra Strasser e Doutor Wagner Gundin, pelos conselhos, sugestões e interesse em contribuir para o desenvolvimento deste projeto.

Aos meus amigos e colegas de curso, por todas as experiências compartilhadas. A colaboração e o apoio de vocês tornaram esta vivência mais leve e enriquecedora.

Aos professores do programa de mestrado da Fadisp, pelo ensino de qualidade e pelas valiosas discussões que contribuíram significativamente para o meu crescimento acadêmico e profissional. A generosidade em compartilhar seu tempo e conhecimentos, foram fundamentais para a concretização de mais esta etapa.

Aos profissionais e funcionários da Fadisp, pela disponibilidade e ajuda em diversos momentos.

E, por fim, um obrigado especial aos meus amigos, com quem compartilhei tantas preocupações e aflições, e que sempre estiveram ao meu lado, me estimulando nos momentos mais difíceis, me apoiando, torcendo por mim e prontos para me ajudar sempre que necessário. Sou eternamente grata por tudo.

A todos, o meu sincero agradecimento.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão
ADPF	-	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIDS	-	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
AM	-	Amazonas
CRFB	-	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DF	-	Distrito Federal
DUDH	-	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EUA	-	Estados Unidos da América
HC	-	<i>Habeas Corpus</i>
HIV	-	Vírus da Imunodeficiência Humana
LGBTQ+	-	Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, <i>queer</i> e outras orientações sexuais e identidades de gênero
MCI	-	Marco Civil da Internet
NCSL	-	<i>National Conference of State Legislatures</i>
ONU	-	Organização das Nações Unidas
PE	-	Pernambuco
PEC	-	Proposta de Emenda à Constituição
RE	-	Recurso Extraordinário
RJ	-	Rio de Janeiro
RS	-	Rio Grande do Sul
SP	-	São Paulo
STF	-	Supremo Tribunal Federal
TEDH	-	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TIC's	-	Tecnologias da Informação e Comunicação

RESUMO

A liberdade de expressão é o direito que garante às pessoas o poder de manifestar suas ideias, opiniões, pontos de vista e informações, sem interferências indevidas do Estado ou de terceiros. Trata-se de um direito fundamental e essencial à dignidade e ao desenvolvimento do ser humano. No entanto, não obstante sua relevância e função social, sua proteção encontra limites na colisão com outros direitos, notadamente no ambiente virtual, em razão da dificuldade de identificar e responsabilizar os autores. Esta dissertação objetivou compreender a liberdade de expressão e o discurso de ódio em ambiente virtual. Para tanto, aborda a liberdade de expressão como um direito fundamental; analisa o discurso de ódio em ambiente virtual; e discute a relação entre liberdade de expressão e discurso de ódio, buscando compreender se a relação entre discurso de ódio e liberdade de expressão é harmônica ou conflitante. O método empregado no desenvolvimento da dissertação foi o dialético, valendo-se de ampla pesquisa bibliográfica feita em artigos e doutrinas sobre a temática abordada, somada à pesquisa documental, esta realizada na jurisprudência pertinente à temática abordada permitindo concluir que a liberdade de expressão é essencial para a democracia, mas deve ser equilibrada com a necessidade de proteger indivíduos e grupos do discurso de ódio, especialmente no ambiente virtual. A criação de políticas eficazes e a implementação de medidas regulatórias que respeitem esse equilíbrio são fundamentais para garantir que a liberdade de expressão continue a cumprir sua função social sem permitir abusos prejudiciais.

Palavras-chave: Discurso de ódio. Ambiente virtual. Função social. Liberdade de Expressão.

ABSTRACT

Freedom of expression is the right that guarantees people the power to express their ideas, opinions, views and information, without undue interference from the State or third parties. This is a fundamental right that is essential to the dignity and development of human beings. However, despite its relevance and social function, its protection is limited by its conflict with other rights, particularly in the virtual environment, due to the difficulty of identifying and holding perpetrators accountable. This dissertation aimed to understand freedom of expression and hate speech in a virtual environment. To this end, it addresses freedom of expression as a fundamental right; analyzes hate speech in a virtual environment; and discusses the relationship between freedom of expression and hate speech, seeking to understand whether the relationship between hate speech and freedom of expression is harmonious or conflicting. The method used in the development of the article was dialectical-argumentative, using extensive bibliographical research carried out in articles and doctrines on the topic addressed, in addition to documentary research, which was carried out in the jurisprudence pertinent to the topic addressed, allowing us to conclude that freedom of expression is essential for democracy, but must be balanced with the need to protect individuals and groups from hate speech, especially in the virtual environment. Creating effective policies and implementing regulatory measures that respect this balance are fundamental to ensuring that freedom of expression continues to fulfill its social function without allowing harmful abuses.

Keywords: Hate speech. Virtual environment. Social function. Freedom of expression.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	13
1.1 Construção histórica da liberdade de expressão	13
1.2 Conceito e alcance da liberdade de expressão	18
1.3 O impacto da internet na liberdade de expressão.....	35
2 DISCURSO DE ÓDIO EM AMBIENTE VIRTUAL.....	43
2.1 Conceito e traços característicos	43
2.2 Tipos e vítimas recorrentes.....	51
2.3 Consequências: danos sociais, patrimoniais e imateriais	56
2.4 Aspectos penais.....	62
3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO EM AMBIENTE VIRTUAL	80
3.1 Existência simultânea ou interferência limitadora e relação harmônica conflitante.....	80
3.2 Posicionamento jurisprudencial	84
CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS	101

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão, além de ser assegurada como um direito fundamental, está intrinsecamente ligada aos princípios fundamentais da República, conforme descrito no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988). Esses princípios são pilares que orientam o funcionamento do Estado e garantem a convivência democrática, incluindo a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político.

O artigo 220 da CRFB/1988 complementa e reforça esse direito, ao assegurar a liberdade de manifestação do pensamento, criação, expressão e informação. Ele também impede qualquer tipo de censura, o que implica que o Estado deve proteger esse direito, enquanto equilibra seu exercício com outros direitos constitucionais, como o direito à privacidade, honra e imagem.

O artigo 221, por sua vez, aborda a responsabilidade dos meios de comunicação, determinando que estes devem respeitar princípios como a promoção da cultura nacional e regional e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

A liberdade de expressão é um dos pilares fundamentais de uma sociedade democrática, garantindo o direito dos indivíduos de expressarem suas opiniões, ideias e sentimentos sem interferência ou repressão por parte do Estado ou de outras entidades. No entanto, essa liberdade não é absoluta e pode ser limitada em certas circunstâncias, especialmente quando entra em colisão com outros direitos fundamentais.

A função social da liberdade de expressão inclui a promoção do debate público, que permite o intercâmbio livre de ideias, essencial para o desenvolvimento intelectual e social; a proteção das minorias, que dá voz a grupos marginalizados e promove a igualdade de oportunidades para que todos sejam ouvidos; e a inovação e o progresso, que estimula a criatividade ao permitir que novas ideias sejam expressas e debatidas¹.

Embora a liberdade de expressão seja vital, ela não é irrestrita. O discurso de ódio é um dos limites mais discutidos dessa liberdade, especialmente em ambientes virtuais.

¹ CONRADO, Rômulo Moreira. **A função social da liberdade de expressão**: limites constitucionais. 464 f. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Ceará, Universidade Federal de Fortaleza, UNIFOR, 2014. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12812/1/2014_dis_rmconrado.pdf. Acesso em: 10 de outubro 2024.

O discurso de ódio é definido como qualquer comunicação que deprecie ou incite discriminação, hostilidade ou violência contra indivíduos ou grupos com base em características como raça, religião, etnia, gênero, orientação sexual, entre outras.

Não obstante o discurso de ódio seja negativo, há argumentos favoráveis e contrários à limitação desta modalidade de discurso.

Aqueles que se opõem à limitação do discurso de ódio geralmente baseiam seus argumentos na liberdade de expressão absoluta. A liberdade de expressão é considerada um direito fundamental e qualquer limitação pode abrir precedentes perigosos para outras formas de censura.

Ademais, há um certo temor de que restringir o discurso de ódio possa levar a uma erosão gradual da liberdade de expressão, com o governo ou outras autoridades começando a censurar discursos que considerem inapropriados ou inconvenientes.

Ainda, há aqueles que entendem que a limitação do discurso de ódio pode abrir espaço ao abuso de poder, já que líderes ou instituições podem utilizar a proibição do discurso de ódio como uma ferramenta para reprimir opiniões contrárias ou críticas legítimas, em vez de proteger grupos vulneráveis.

Destaque-se complementarmente a resistência à censura já que além do direito de falar, há o direito de ouvir todas as opiniões e formar julgamentos informados. Por este raciocínio, restringir certos discursos pode privar a sociedade da oportunidade de confrontar e refutar ideias prejudiciais.

Por sua vez, os argumentos favoráveis à limitação do discurso de ódio destacam que o discurso de ódio pode ameaçar a segurança e os direitos de outros indivíduos, justificando limitações para proteger esses direitos. Ademais, o discurso de ódio pode incitar violência e a desordem, justificando restrições para manter a ordem pública. Ainda, limitações ao discurso de ódio podem ser necessárias para proteger a dignidade humana e prevenir a marginalização de grupos vulneráveis.

O problema que norteou esta pesquisa foi: como equilibrar a liberdade de expressão e a necessidade de regulamentação para combater o discurso de ódio no ambiente virtual sem comprometer os direitos fundamentais dos usuários?

Esse problema de pesquisa possibilita explorar as tensões entre regulamentação, liberdade individual e a necessidade de proteger grupos vulneráveis contra abusos cometidos *online*.

Feitas estas pontuações iniciais, esta dissertação tem como objetivo geral compreender a liberdade de expressão e o discurso de ódio em ambiente virtual.

Para cumpri-lo, os seguintes objetivos específicos foram eleitos: discutir a liberdade de expressão como um direito fundamental; e abordar a liberdade de expressão e o discurso de ódio em ambiente virtual.

Tem-se como hipótese que a implementação de regulamentações específicas para combater o discurso de ódio no ambiente virtual, aliada a mecanismos de moderação que respeitem o contexto e a intenção das mensagens, pode reduzir efetivamente a propagação de conteúdo prejudicial sem violar significativamente a liberdade de expressão dos usuários.

O estudo do discurso de ódio em ambiente virtual se justifica, pois a internet permite que indivíduos publiquem conteúdo de forma anônima e que este alcance um público global, dificultando a identificação e a responsabilização dos autores. Também, na internet as informações se espalham rapidamente, tornando difícil conter o impacto do discurso de ódio antes que cause danos significativos.

Ademais, com inúmeras plataformas de mídia social e fóruns, aplicar regulamentações de forma uniforme parece ser um desafio.

O método empregado no desenvolvimento da dissertação foi o dialético, valendo-se de ampla pesquisa bibliográfica feita em artigos e doutrinas sobre a temática abordada, somada à pesquisa documental, esta realizada na jurisprudência pertinente à temática abordada.

No método dialético o pesquisador busca entender os fenômenos não de maneira estática, mas em constante evolução. Ele observa as contradições presentes e tenta compreender como elas conduzem a novas realidades, o que é especialmente relevante em ciências sociais, disciplinas nas quais os fenômenos sociais e históricos estão em constante interação e mudança.

Os principais autores abordados no referencial teórico foram: Winfried Brugger, Judith Butler, João Trindade Cavalcante Filho, Alessandra Abrahão Costa e José Emília Medauar Omatti, dentre outros.

Para que seja possível cumprir o objetivo proposto, esta dissertação encontra-se estruturada em três capítulos.

O primeiro capítulo aborda a liberdade de expressão como um direito fundamental, expondo a construção histórica da liberdade de expressão; o conceito e alcance da liberdade de expressão; e o impacto da internet na liberdade de expressão.

O segundo capítulo aborda o discurso de ódio em ambiente virtual expondo o conceito e traços característicos; os tipos e as vítimas recorrentes; as consequências sociais, patrimoniais e imateriais da disseminação desse discurso na esfera civil; e os aspectos penais.

Por fim, o terceiro capítulo discute a liberdade de expressão e o discurso de ódio em ambiente virtual, buscando compreender se a relação entre discurso de ódio e liberdade de expressão é harmônica ou conflitante.

1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

1.1 Construção histórica da liberdade de expressão

Esta seção aborda a evolução histórica da liberdade de expressão como um direito fundamental. Inicia com a evolução no mundo, passando-se na sequência à análise sobre a evolução da liberdade de expressão no Brasil.

Durante a chamada “Revolução Gloriosa” (1688/1689), John Locke escreveu a “Carta acerca da Tolerância”, que estabeleceu o argumento liberal clássico para a liberdade de consciência, precursora da liberdade pública de expressão. Tentar forçar alguém a aceitar a ortodoxia de uma época e proferir a opinião que se considera verdadeira é, ao mesmo tempo, errado em princípio e inútil na prática.

Nas palavras de Locke, “mesmo se alguém quisesse, não poderia jamais crer por imposição de outrem. É a fé que dá força e eficácia à verdadeira religião que leva à salvação”². A consequência política disso é que os governos devem se limitar a proteger os “bens civis”, isto é, “a vida, a liberdade, a saúde física e a libertação da dor, e a posse de coisas externas, tais como terras, dinheiro, móveis, etc. e assim por diante”. Segundo Locke, “não cabe [...] às leis fundamentar a verdade das opiniões, mas tratar da segurança e proteção da comunidade e dos bens de cada homem”³.

A liberdade de expressão propriamente dita teve sua primeira positivação na “Declaração dos Direitos do Bom Povo de Virgínia”, de 12.06.1776, dos Estados Unidos da América, cujo art. 14 dispunha que a liberdade de imprensa é um robusto baluarte da liberdade estatal e só pode ser restringida pelos governantes despóticos.

No âmbito do constitucionalismo norte-americano, o conceito teve início em 1798 com as Leis contra a Sedição. A partir de então, é construída a ideia de que a limitação à liberdade de expressão deve se dar a partir de um perigo real e iminente, bem como muito grave⁴.

² LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 3.

³ *Ibidem*, p. 17.

⁴ ARAÚJO, Luc Athayde de. **O direito à liberdade de expressão crítica ao estado e seus representantes em uma sociedade democrática**. 2012. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/21219/21219.PDF>. Acesso em: 10 outubro 2024.

A Revolução Francesa também contemplou a positivação da liberdade de imprensa na Declaração dos Direitos do Homem, de 1793 (artigo VII), bem como ela se faz atualmente garantida no artigo 19 da Declaração dos Direitos da Humanidade, de 1948 e em outros tratados internacionais, a exemplo da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada em 2000, ratificada pelo Tratado de Lisboa de 2007 (Constituição Europeia), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto San de José da Costa Rica, de 1969 (artigo 13).

Das intensas lutas políticas na França do século XVIII, Voltaire destaca-se como o defensor intransigente da mais ampla liberdade de expressão. Para o filósofo, a liberdade de expressão só existe como um direito universal, que pode ser usado e abusado sem qualquer pré-requisito. Liberdade de expressão para Voltaire não é privilégio para certos indivíduos e/ou para certas opiniões. As ideias com as quais as pessoas não concordam e mesmo aquelas que são odiadas por um grupo populacional, devem ter curso livre⁵.

É importante destacar que alguns países divergem sobre os limites da liberdade de expressão e do discurso de ódio. O exemplo da Alemanha e dos Estados Unidos da América será abordado a seguir por deixar clara esta divergência.

A Alemanha é um país conservador e sua constituição (Lei Básica) traz expresso em seu art. 5^o o direito à liberdade de expressão. As palavras libertárias utilizadas na Constituição alemã para definir o que vem a ser uma opinião protegida constitucionalmente, no entanto, podem abrir brechas para que muitos equívocos ocorram, tendo em vista que estas palavras ainda não são suficientes para solucionar a discussão no que concerne à ponderação de valores constitucionais que conflitam em casos de discurso do ódio⁷. E destaque-se que o efeito dessa ponderação é de sua

⁵ ROLIM, Renata Ribeiro. **Paradoxos da Liberdade de Expressão**. Cajazeiras: Arribo, 2022, p. 23.

⁶ O inteiro teor do art. 5º da Lei Básica da Alemanha assim dispõe: “(1) Toda pessoa tem o direito de expressar e divulgar livremente suas opiniões por meio de palavras, por escrito e por imagens, e a se informar, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informação por meio de radiodifusão e filmes são garantidas. Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, as disposições para a proteção da juventude, e o direito à honra pessoal. (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não exige nenhuma pessoa de fidelidade à Constituição”.

⁷ MOURA, Thaisa Carvalho Batista Franco de. **A banalidade do mal entre o direito e a internet: o discurso de ódio a partir de uma releitura arendtiana nas redes de relacionamento social**. 301 f. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/47862/1/%5bTese%5d%20Thaisa%20Carvalho%20Batista%20Franco%20de%20Moura.pdf>. Acesso em: 8 outubro 2024.

importância, já que na Alemanha, a Corte Constitucional nunca derrubou nenhuma das muitas proibições existentes em âmbito criminal, administrativo e civil do discurso do ódio “constitucionalmente protegido”. Trata-se de um país conservador em que a preocupação com o discurso do ódio é latente, talvez por já ter sido palco da maior manifestação de ódio que a humanidade já conheceu, que foi o holocausto.

Exemplificando a proteção legal à proibição do discurso de ódio na Alemanha, tem-se que o Código Penal desse país, proíbe em seu art. 185 e seguintes as ofensas, esclarecendo que ofensas no Código Penal alemão corresponde ao que no Brasil entende-se por crime contra a honra. Assim, na Alemanha, o insulto normalmente é compreendido como um ataque à honra, que significa falta de respeito intencional. O art. 185 dispõe que a pena para o insulto é a pena de prisão não superior a um ano, ou multa. O discurso do ódio seja direcionado contra indivíduos ou contra grupos, qualifica-se como insulto.

Além da seção dedicada aos crimes de ofensa, o Código Penal alemão também conta com um dispositivo (art. 130) cuja finalidade é a preservação da paz pública e dispõe que:

Quem, de forma capaz de perturbar a paz pública, (1) incitar ódio contra segmentos da população ou propor medidas violentas ou arbitrárias contra eles, ou (2) atacar a dignidade humana de outros por meio de ofensas, maliciosamente degradando e caluniando parte da população, será punido com prisão não inferior a três meses e não excedente a cinco anos [...] ⁸.

Já o § 2º desse dispositivo, complementarmente, proíbe publicações e conceitua de forma expressa o discurso do ódio, quando faz menção ao incitamento do ódio contra “grupos determinados por nacionalidade, raça, religião ou origem étnica [...]” ⁹. Por sua vez, o § 3º do mesmo artigo, que foi incluído no Código Penal em 1994, pune de forma efetiva todas as formas de negacionismo, mentiras e manifestações de apoio ao Holocausto, entendendo que essas ações perturbam a paz pública e, portanto, merecem ser punidas exemplarmente pela lei penal.

⁸ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio?: Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Direito Público**, n. 15, p. 117-136, jan.-mar., 2007, p. 121. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direi_topublico/article/view/1418/884. Acesso em: 25 maio 2024.

⁹ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio?: Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. *Op. cit.*

Apesar da importância dada às diversas formas de manifestações de pensamentos, com a imposição de determinados limites, Rosenfeld¹⁰ afirma que a Alemanha trata a liberdade de expressão como um direito fundamental dentre vários outros, em vez de considerá-la como um direito primordial, a exemplo da tradição estadunidense, sendo equilibrada com a busca pela dignidade e pelos interesses de determinados grupos. Além disso, o autor assinala que a garantia é, por um lado, um direito negativo, isto é, um direito contrário ao Estado, e, por outro, um direito positivo, ou seja, um direito a defesa da liberdade de expressão pela via estatal.

Com relação aos Estados Unidos da América (EUA), a ênfase do sistema americano está em oferecer mais liberdade para o discurso de ódio. O sistema jurídico americano oferece uma proteção absoluta à liberdade de expressão¹¹. Conforme Schafer, Leivas e Santos “o sistema jurídico americano proíbe o discurso de ódio o mais tarde possível. A jurisprudência alemã coíbe o discurso de ódio o mais cedo possível”¹².

O debate envolvendo o discurso de ódio traz estes paradigmas. O modelo dos EUA está focado na liberdade negativa, onde deve haver um mercado de ideias que convivam livremente. Este mercado de ideias pressupõe que o Estado deve se manter neutro, não é de sua competência interferir na capacidade de dizer a verdade ou nas argumentações falsas¹³.

Por sua vez, o paradigma alemão, que trata a liberdade de expressão de forma relativa, teve grande influência da experiência europeia com o holocausto. Luna e Santos¹⁴ corroboram este entendimento.

¹⁰ ROSENFELD, Michel. **Hate speech in constitutional jurisprudence**: a comparative analysis. Cardozo Law Review, 2003, p. 1526. Disponível em: <https://larc.cardozo.yu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1147&context=faculty-articles>. Acesso em: 25 maio 2024.

¹¹ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio?: Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. *Op. cit.*, p. 122.

¹² SCHAFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 207, p. 153-158, jul.-Set., 2015, p. 147.

¹³ LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino França; SANTOS, Gustavo Ferreira. **Limites entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio**: controvérsias em torno das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira. Paraíba: Genero & Direito, 2014. (semestre 2).

¹⁴ *Ibidem*.

Ambos os ordenamentos jurídicos (alemão e americano) influenciam o ordenamento jurídico brasileiro. Veja-se que a legislação penal brasileira conta com vários institutos inspirados no direito alemão e no direito americano, mas no que concerne ao discurso de ódio, os tribunais brasileiros dão mostra de estarem se posicionando mais em conformidade com o entendimento dos tribunais da Alemanha, ou seja, menos tolerantes aos discursos de ódio.

Apresentada esta breve abordagem sobre a evolução da liberdade de expressão no mundo, passa-se a descortinar como essa evolução se deu no Brasil.

Ao longo da história a sociedade se organizou de formas diversas. Com a queda do Império Romano, surge a sociedade feudal baseada no regime de servidão, onde o trabalhador rural era o servo do grande proprietário de terras, o senhor feudal.

Ocorre que os sistemas não são estáticos, assim, o feudalismo também entrou em declínio e os reis começaram a ganhar força política, emergindo o absolutismo sistema político que existiu entre os séculos XVI e XIX e que se caracterizava pela concentração do poder nas mãos dos monarcas. Assim, com as revoluções liberais do final do século XVIII, com o declínio do sistema absolutista, a sociedade passa a se organizar de forma descentralizada de poder, surgindo o conceito de tripartição dos poderes.

No Brasil, após 21 anos de ditadura militar, a Constituição trouxe em seu texto os direitos e garantias fundamentais, garantindo, assim, a liberdade de expressão.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 5/1983, que ficou conhecida por Emenda Dante de Oliveira, em homenagem ao Deputado Federal (PMDB-MT) que a propôs, tinha por objetivo restabelecer no Brasil as eleições diretas para Presidente, sabendo-se que a tradição democrática tinha sido interrompida pelo regime militar¹⁵. A pressão popular em defesa da aprovação da emenda ganhou a denominação de “Diretas Já” e tornou-se um dos maiores movimentos políticos da história do Brasil. Todavia, apesar da pressão popular, a PEC nº 5/1983 foi rejeitada na Câmara dos Deputados em 25.04.1984. Com esta rejeição, a eleição para presidente no ano de 1985 ainda não foi realizada de forma direta¹⁶.

¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 375-393, set.-dez., 2018, p. 376.

¹⁶ COELHO, Josafá da Silva. **Partidos políticos no Brasil**: os dilemas entre cláusula de barreira e o hiperpartidarismo. Curitiba: Juruá, 2022, p. 104.

Em 1985 depois de 21 anos de ditadura e com uma transição tida pelos militares como lenta, gradual e segura, o poder finalmente voltaria às mãos de civis. Foi realizada uma eleição indireta e o candidato Tancredo Neves, que já fora Primeiro Ministro no breve período parlamentar, foi eleito presidente da República. Tancredo, entretanto, veio a falecer antes que pudesse tomar posse e seu vice, José Sarney, foi empossado presidente¹⁷.

O dia 05 de outubro de 1988 seria, enfim, a data da promulgação da Constituição que vigora até os dias atuais. Diversos direitos e garantias foram restituídos e os analfabetos reconquistaram o direito de votar. A Carta previa um mandato presidencial de 5 anos e a impossibilidade de reeleição, o que foi modificado nos anos que se sucederam¹⁸.

Desde 1989, ano da primeira eleição presidencial direta para o cargo após quase 3 décadas, o Brasil teve 7¹⁹ (sete) presidentes, sendo que destes, 2 (dois) sofreram *impeachment*²⁰ e outros 2 (dois) foram os vices que sucederam aqueles no cargo.

Importa ainda destacar que com o surgimento e propagação das redes sociais, os usuários ganharam voz e espaço para manifestarem suas opiniões, como também para a disseminação de perfis falsos e de notícias que não correspondem à realidade, problema este que tem repercutido também nas eleições, com reflexos preocupantes sobre a democracia.

1.2 Conceito e alcance da liberdade de expressão

¹⁷ COSTA, M. **A história do Brasil para quem tem pressa**: Dos bastidores do descobrimento à crise de 2015. Rio de Janeiro: Editora Valentina, 2016, p. 83.

¹⁸ Emenda Constitucional nº 16 de 1997.

¹⁹ José Sarney, Fernando Collor de Melo, Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, Luís Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff, Michel Temer e Jair Messias Bolsonaro.

²⁰ Fernando Collor de Mello em 1992 e Dilma Rousseff em 2016.

A liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais, e garantia, de que o indivíduo pode manifestar sua opinião, sentimentos, emoções, convicções políticas, religiosas, manifestar-se artisticamente, dentre outras possibilidades²¹.

Ao tratar-se a liberdade de expressão como um direito fundamental, surge o questionamento do que de fato seria aceito como o exercício da liberdade e o que ultrapassaria a esfera do outro²². O preconceito, o racismo e a intolerância, dentre várias outras formas pelas quais o discurso de ódio se manifesta nem sempre são de fácil identificação, e muitas vezes são confundidos com a alegação de serem formas liberdade de expressão.

A liberdade de expressão deve ocorrer condicionada a “responsabilidades ulteriores”. Discutindo sobre o tema, Gomes e Mazzuoli discorrem que não se pode proibir a manifestação da liberdade de pensamento ou de expressão e que “o uso desse direito não pode extrapolar o limite do razoável e violar o respeito dos direitos e da reputação das pessoas e a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”²³.

Tal liberdade também não pode ser restrita por vias ou meios indiretos. A dimensão individual, como já dito, é materializada com a possibilidade de se expressar por qualquer meio e para o maior público possível. Logo, a restrição por vias ou meios indiretos não pode ser perpetrada pelo Estado e nem por particulares.

A tutela jurídica da liberdade de expressão surgiu para evitar que o discurso minoritário fosse massacrado pelo majoritário, o discurso individual fosse solapado pelo Estado. É, assim, um daqueles direitos humanos ditos de liberdade negativa, é dizer, usando Bobbio²⁴, que guarda em si, de um lado, uma ausência de impedimento e de outro, uma ausência de constrangimento, ou seja, impossibilidade de imposição de obstáculos. Um dos princípios fundamentais da liberdade de expressão, por sinal, é a

²¹ RODRIGUES JUNIOR, Alvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle**. 2. ed. Curitiba, PR: Editora Juruá, 2022, p. 43.

²² *Ibidem*, p. 44.

²³ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**: Pacto de San Jose da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 158.

²⁴ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ediuouro, 1997.

subtração ao Estado da possibilidade de predeterminar os fluxos de circulação de ideias²⁵. Acresça-se: ao Estado e ao particular. Esta é a essência da proteção da liberdade de expressão.

Nessa linha, há dois grandes temas cujo estudo se impõe na análise dos obstáculos ao livre manifestar: o dissenso e o abuso. Um é virtuoso, o outro não; um é justo, o outro não; um é legítimo, o outro não; um é garantia mesmo para o exercício dessa liberdade o outro é pernicioso instrumento de cerceamento da liberdade. As fronteiras que os divisam são normalmente difusas e, destarte, é usual que sejam confundidos²⁶.

Se a liberdade de expressão é ínsita a cada ser humano, evidentemente que duas pessoas podem livremente manifestar ideias diferentes. Em uma sociedade de homens livres, cada qual pode livremente expressar suas ideias, que, decerto, não agradarão a todos.

Em clara oposição à liberdade de expressão, encontra-se o discurso de ódio, majorado pelo desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação (TICs) e pelo uso das comunidades sociais.

A liberdade de expressão é resultado de um processo pelo qual a sociedade precisou passar, para que conquistasse direitos importantes para a sua estruturação. O direito de submeter-se somente a lei e não mais à vontade arbitrária de um soberano, tornou possível a existência da liberdade. A Carta Magna foi um marco para os direitos humanos e por meio dela era possível salvaguardar um mínimo de segurança às liberdades. Nos dizeres de Guimarães:

Manuscrita, redigida em latim e assinada pelo rei João Sem Terra diante de barões e do alto clero em 1215, foi considerada o primeiro documento oficial com o propósito explícito de garantir as liberdades, direitos dos súditos e de impedir os abusos de poder real²⁷.

²⁵ MACHADO, Jonatas E.M; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. **Difamação de Figuras Públicas**: Tutela Jurídica e Censura Judicial à Luz do Direito Português. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 29.

²⁶ *Ibidem*, p. 29-30.

²⁷ GUIMARÃES, Elisabeth da Fonseca. Democracia, Direitos Humanos e Gênero. **ORG & DEMO**, Marília, v. 11, 2010, p. 99.

Em sua obra “A política”, Aristóteles fala que a formação de uma cidade é possibilitada pelas associações, que, a seu turno, visam determinados benefícios. Nos dizeres desse filósofo:

Sabemos que toda cidade é uma espécie de associação, e que toda associação se forma tendo por alvo algum bem; porque o homem só trabalha pelo que ele tem em conta de um bem. Todas as sociedades, pois, se propõem qualquer lucro — sobretudo a mais importante delas, pois que visa a um bem maior, envolvendo todas as demais: a cidade ou sociedade política²⁸.

Charles Louis Montesquieu²⁹, em sua obra “O Espírito Das Leis”, define lei como “relações necessárias que derivam da natureza das coisas”, ou seja, através dessas relações se coadunam os mais variados processos. Nesses termos, a lei serve para submeter a sociedade a acordos que são celebrados para manter a organização e a paz social. Ainda, em conformidade com o pensamento do autor, a partir do momento em que os homens passam a viver em sociedade, perdem o sentimento de fraqueza; cessa a igualdade que existia entre ele e seus semelhantes, e assiste-se ao início do estado de guerra. Cada sociedade particular começa a sentir sua própria força, o que conduz a um estado de guerra entre as nações. Os particulares que integram cada sociedade, também passam a sentir sua força pessoal e buscam se beneficiar das principais vantagens dessa sociedade, o que faz surgir um estado de guerra entre os mesmos³⁰.

O estado de guerra, para Montesquieu, surge da percepção de força do homem, já que estes executam relações vantajosas que os fortalecem e, conseqüentemente, os motivam a entrar em guerra com outros homens, por sentirem a sua força.

O contrato social pensado por Rousseau prevê que a força física do homem vem do estado natural inerente a todo ser humano, contribuindo para o surgimento dos primeiros acordos. Para Rousseau é através da força física que ocorre a coação no indivíduo. Ele acredita que a mesma modalidade de força que coagiu, pode ser usada por coagidos e, assim, a liberdade, vai sempre para o mais forte naquele momento. O surgimento de acordos começa a se vislumbrar quando a força física não é mais vista

²⁸ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Editora Escala, 2011. (coleção clássicos para todos), p. 11.

²⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do espírito das leis**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. v. 1, p. 26.

³⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do espírito das leis**. *Op. cit.*, p. 26.

como a melhor alternativa, graças à sua instabilidade. O mais forte nem sempre o será, e neste momento surge a necessidade de firmar acordos para que grupos e pessoas se fortaleçam e se apoiem.

Em um primeiro momento, a aproximação dos homens ocorria quando estes consideravam a força física que possuíam. Assim, eles se reuniam como forma de defesa, gerando um sentimento de segurança. Porém, essa mesma força física, que gera este sentimento de segurança, pode resultar na coação do mais fraco pelo mais forte, ou seja, a união, que a princípio serviria para fortalecer, pode também servir para coagir, e dessa forma se estabelece o estado de guerra. Cabe neste momento citar o sempre atual pensamento de Montesquieu, para quem, anterior a todas as leis, já havia as leis da natureza, assim denominadas porque derivam tão somente da constituição do indivíduo. Para melhor entendê-las, importa considerar o homem antes mesmo das sociedades serem estabelecidas.

As leis da natureza serão aquelas que ele receberia num estado semelhante. Essa lei [...] é a primeira das leis naturais, pela sua importância, e não segundo a ordem dessas leis. O homem, no seu estado natural, possuiria mais a faculdade de conhecer do que propriamente conhecimentos. É claro que as suas primeiras ideias não seriam ideias especulativas: ele pensaria na conservação de seu ser, antes de procurar saber a origem desse próprio ser. Um homem semelhante não sentiria, a princípio, senão a sua própria fraqueza; sua timidez deveria ser extrema; e se alguém tivesse, quanto a este ponto, necessidade de um exemplo, basta dizer que foram encontrados nas florestas homens selvagens: tudo os fazia tremer, tudo os fazia fugir. Nesse estado, cada qual se sentiria inferior; quando muito se sentiria igual. Uns não procurariam atacar os outros, e a paz representaria, assim, a primeira lei natural³¹.

Segundo este filósofo, havia dois tipos de leis: as naturais e as leis dos homens. As primeiras, que são oriundas da existência do homem, nada mais são do que preceitos essenciais para a sobrevivência e vêm da percepção de que até mesmo antes da existência de convenções, a humanidade já fazia uso de normas básicas de sobrevivência. Ao se referir às leis naturais, ele deixa claro que elas vão muito além daquelas positivadas por algum ordenamento jurídico, e que são resultados de relações existentes mesmo antes da existência das próprias leis. Quando a sociedade começa a

³¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do espírito das leis**. *Op. cit.*, p. 95.

se organizar, naturalmente ocorrem as celebrações de acordos, que marcam o início da promulgação das leis civis³².

As “leis possíveis” nada mais eram do que a exteriorização de relações possíveis naquele momento. Não parece razoável alegar que estas normas não eram uma realidade à época, apenas por consubstanciarem na exteriorização de determinado modo de vida. Ademais, estes modos de vida possíveis foram se especializando, tornando-se mais desenvolvidos e demandando maior comprometimento e responsabilidades. Assim, para que o cumprimento de acordos ocorresse e fosse viabilizado pelas diversas relações, surgiram limitações a fim de que fosse obtido um mínimo de organização nas sociedades³³.

Rousseau explica que “a sociedade vivia em um estado natural. O homem nasceu livre, e em toda parte se encontra sob ferros. De tal modo acredita-se o senhor dos outros, que não deixa de ser mais escravo que eles”³⁴.

Nesses termos, partindo desse pensamento e do pressuposto de que a sociedade se organizou por meio de associações, entende-se que são estas associações as responsáveis pelo bem comum. Sejam elas mais desenvolvidas ou mesmo primitivas, ambas derivam da necessidade de se fortalecerem e, em um segundo momento, têm o propósito de melhorar aquela situação já existente.

No entanto, a partir do momento que acontece a cessão de parte da individualidade de um homem em benefício de uma convivência, o homem passa a encontrar obstáculos para exercer a sua liberdade. Assim, surge a necessidade de que os indivíduos, mesmo em um estado natural, abram mão novamente de parte de sua individualidade, agora não mais em benefício de uma convivência, mas em prol da sociedade, colocando fim ao estado de natureza e, permitindo que se adentre no estado civil. Segundo Rousseau³⁵, a passagem do estado de natureza ao estado civil operou no homem uma mudança significativa, substituindo as condutas fundadas no instinto para as norteadas pela justiça, e imprimindo moralidade às suas ações, o que antes não

³² *Ibidem*, p. 35-36.

³³ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato Social**. 4 ed. UTL, v. 1, 2012, p. 32.

³⁴ *Ibidem*, p. 169, p. 33.

³⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato Social**. *Op. cit.*, p. 169.

ocorria. Apenas então que o dever substituiu o impulso físico, e o direito ao apetite, levaram o homem, que até então só tinha olhado para si próprio, se visse obrigado a agir norteado por outros princípios e exercitar a razão antes de ouvir seus desejos. Embora nesse estado se prive das muitas vantagens obtidas da Natureza, passa a usufruir de outras igualmente significativas. Assim,

suas faculdades se exercitam e desenvolvem, suas ideias se estendem, seus sentimentos se enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto, que, se os abusos desta nova condição, não o degradassem com frequência a uma condição inferior àquela de que saiu, deveria abençoar incessantemente o ditoso momento em que foi dali desarraigado para sempre, o qual transformou um animal estúpido e limitado num ser inteligente, num homem³⁶.

Observa-se que a existência de um contrato que faça com que o ser humano abra mão de uma parcela de sua liberdade em função do bem comum, revela a busca por uma sociedade mais livre e justa. O pacto celebrado faz com que ela tenha condições de assegurar direitos, deveres, liberdades e tratamento igualitário.

A vivência em uma sociedade civilmente organizada, por meio de acordos, não simplesmente limita liberdades pela cessão de parte delas, mas, também, garante que o exercício dessas liberdades se dará de forma justa, transformando ações por impulso em ações racionais. É este raciocínio que leva Rousseau a concluir que o pacto fundamental não destrói a igualdade natural. Na verdade, a substitui por “uma igualdade moral e legítima a desigualdade física que a Natureza pode pôr entre os homens, fazendo com que estes, conquanto possam ser desiguais em força ou em talento, se tornem iguais por convenção e por direito”³⁷.

Para Espinosa a liberdade humana consiste em agir conforme a razão, ou seja, agir guiado pela natureza humana, assim, a mente ao produzir uma ideia adequada- que possui conhecimento da sua causa- irá agir, aumentando diretamente o *conatus*. Dessa forma, a liberdade humana está associada com as afecções corporais e a capacidade do corpo de produzir bons encontros, sendo afetado por uma quantidade maior de afetos caracterizados como ação e conseqüentemente gerando ideias adequadas na mente humana, essas que aumentam a potência de agir dos indivíduos.

³⁶ *Ibidem*, p. 33.

³⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato Social**. *Op. cit.*, p. 2076.

A liberdade de expressão possibilita o aumento das afecções e consequentemente proporciona a possibilidade de bons encontros - que aumentam a potência de agir - o que faz com que o corpo esteja condicionado a ação e contribui para a liberdade humana, como explica Rafael Trindade:

Liberdade é ter um corpo cada vez mais disposto a agir de múltiplas maneiras e ser afetado pelo mundo de múltiplas maneiras, aquilo que Espinosa chamou de *plura simul*. O conhecimento nos multiplica dentro de nós mesmos, assim, nos tornamos vários, cada vez mais ativos, cada vez mais artistas de nós mesmos. O gênero humano é apenas uma parte ínfima da potência infinita de Deus, mas quanto mais ele aumenta sua potência, mais se aproxima da criação³⁸.

Portanto, a liberdade de expressão está diretamente associada à liberdade humana, por proporcionar o aumento das interações dos corpos e consequentemente ampliar a possibilidade dos corpos serem afetados por afetos alegres, estes que aumentam o *conatus* e faz com que os indivíduos busquem sua autopreservação, evitando as paixões e as ideias inadequadas.

Com esta breve introdução, fundamentada na Filosofia, não é difícil perceber que a menos que se volte ao estado de natureza, as limitações às liberdades individuais, em menor ou maior medida são necessárias. Caso contrário, o que se vislumbraria é uma sociedade em completo estado de desorganização, beirando ao caos, movida pela guerra de todos contra todos.

O caos decorrente do estado de guerra em que viveram as sociedades nos primórdios da civilização e foi suficiente para que se chegasse à percepção da necessidade de haver leis regulamentando as relações entre os homens e, nesse contexto, surge o Direito das Gentes, o Direito Político e o Direito Civil.

O Direito das Gentes deriva da percepção de que apenas a condição humana já é suficiente para que sejam cunhadas normas jurídicas direcionadas aos homens. Aqui não é importante o local do planeta em que estes homens vivem, nem o que almejam. O simples fato de ser homens já lhes conferem legitimidade para serem beneficiados por estes direitos. Já o Direito Político, refere-se às leis que são aplicadas entre governantes

³⁸ TRINDADE, Moreira. Espinosa e a liberdade. **Razão Inadequada**, 15.07.2014. Disponível em: <https://razaoinadequada.com/2014/10/29/espinosa-e-a-liberdade/> Acesso em: 1 Julho 2024.

e governados. Estas leis são importantes, pois, tendo em vista a impossibilidade de todos governarem, há que se escolher representantes e assegurar que essa representação, de fato, perseguirá a realização dos interesses e direitos fundamentais dos governados. Por fim, há aquelas leis empregadas nas relações entre as pessoas e que repercutem apenas sobre os sujeitos das relações jurídicas³⁹.

A discussão travada até aqui foi necessária para que se possa a partir deste ponto desenvolver uma discussão sobre as liberdades individuais e os necessários limites a serem impostos sobre essas liberdades.

Jonh Stuart Mill faz uma distinção entre limites à liberdade coletiva e limites à liberdade individual. Segundo o autor, “as máximas são em primeiro lugar que o indivíduo não é responsável perante a sociedade pelas suas ações caso estas não digam respeito aos interesses de qualquer outro indivíduo se não ele mesmo”⁴⁰.

Ao estabelecer as premissas da liberdade individual no seio da sociedade, observa-se uma intranscendência no que diz respeito ao indivíduo, de modo que a ele é atribuído única e exclusivamente aquilo que não ultrapassa a sua esfera individual. Nesses termos, o indivíduo só é responsabilizado por ações que atinjam aos outros, ou seja, que impliquem em risco as liberdades coletivas. Ainda nas palavras de Mill “o indivíduo é responsável pelas ações que são prejudiciais para os interesses dos outros, e pode ser sujeito tanto a punições sociais como legais, se a sociedade for da opinião de que uma ou outra são necessárias para a sua proteção”⁴¹.

Ao tratar da liberdade coletiva, tem-se a seleção daquilo que lhe é interessante por meio do que a sociedade entende ser indispensável dentro da esfera coletiva, e isso se externa através de simples exclusão social, ou por contornos que a sociedade seleciona como indispensáveis a uma proteção efetiva.

Para proteger os indivíduos da sempre presente ameaça, Mill desenvolve o princípio do dano (*harm principle*), também denominado princípio da liberdade, que deveria ser tido como fundamental em uma sociedade liberal.

³⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do espírito das leis**. *Op. cit.*, p. 27

⁴⁰ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2016, v. 3, p. 141.

⁴¹ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. *Op. cit.*, p. 26.

O princípio do dano seria o próprio fundamento de existência do Estado e da sociedade civil, pois somente por meio dele é que o poder e a força, inclusive a estatal, poderiam ser exercidos legitimamente: “[...] o único fim em função do qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros”⁴².

A limitação ao discurso, com efeito, deve ser tratada com parcimônia. Isso é de extrema relevância e, na prática, de delicada aplicação. A veracidade de um discurso só pode ser verificada após a sua exteriorização e, mesmo que este seja inverossímil, os danos ilegítimos por ele causados podem ser devastadores para a vida do acusado ou mesmo para a sociedade.

De acordo com Mill⁴³, os indivíduos que recebem proteção da sociedade, como pagamento por esse benefício, devem observar normas de conduta em relação às outras pessoas. Essas normas consistiriam de: (a) não ferir direitos alheios; e (b) cada indivíduo colaborando de sua maneira, deve arcar com os labores e sacrifícios de defender a sociedade ou seus membros de lesões ou ataques. Somente no momento em que o agir de alguém afetar negativamente os direitos de outrem, a sociedade tem o poder-dever de intervir.

Isaiah Berlin⁴⁴ se refere a essa concepção de “liberdade negativa”. Isso significa estar livre da intervenção de outros, sendo que, quanto maior a área de não intervenção, mais livre será o indivíduo. Todavia, Berlin⁴⁵ reconhece que a intervenção do Estado se faz necessária em alguns casos, para que os cidadãos possam efetivamente gozar de sua liberdade. Por exemplo, um camponês egípcio precisa de medicação e de roupas antes, e com mais intensidade, do que de liberdade.

A simplicidade do princípio do dano aparenta óbvia, ao menos em princípio. Se o agir não fere direitos, e, por direitos, Mill⁴⁶ acredita serem eles interesses de uma

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*, p. 69.

⁴⁴ BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969, p. 170.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 171-172.

⁴⁶ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. *Op. cit.*, p. 70.

natureza especial, por previsão legal ou entendimento tácito, não há que se falar de intervenção coercitiva na liberdade do indivíduo, seja pelo Estado ou por terceiros⁴⁷.

Quando se adentra na seara da liberdade de expressão, o tema torna-se controverso, posto que é difícil determinar em quais casos a expressão e o discurso têm a aptidão de violar direitos alheios.

O próprio contexto em que um mesmo discurso é feito há de ser considerado. Mill⁴⁸ expõe o exemplo dos negociantes de milho, sintetizado da seguinte maneira: é aceitável publicar obras criticando negociantes de milho e os acusando de matar de fome os pobres. Porém não é aceitável fazer tais acusações para um grupo raivoso que se juntou em frente à casa de um negociante de milho, pois esse discurso seria uma instigação a um ato malicioso que colocaria os direitos do negociante (inclusive a sua vida) em risco.

Um aspecto disputável sobre o princípio do dano quando aplicado aos tempos contemporâneos é o próprio conceito do termo “dano”. Nils Holtug⁴⁹, ao analisar o princípio do dano e o conceito de dano em várias de suas acepções, conclui que não existe uma versão plausível que possa ser aplicada. De fato, o entendimento do que configuraria dano que legitimaria a intervenção na liberdade pode ser ampliado ou minimizado de acordo com acepções pessoais da pessoa que interpreta a situação.

Catharine MacKinnon⁵⁰, por exemplo, vê na pornografia uma forma de violência (e, portanto, de dano), porque ela representa e perpetua a situação de subordinação das mulheres em relação aos homens.

Por outro lado, Judith Butler⁵¹ não vê com bons olhos a restrição da pornografia (que é uma forma de expressão) pelo Estado. Butler⁵² argumenta que os mesmos

⁴⁷ BERLIN, Isaiah. **Liberty**. *Op. cit.*, p. 173.

⁴⁸ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. *Op. cit.*, p. 58.

⁴⁹ HOLTUG, Nils. The harm principle. **Ethical theory and moral practice**, v. 5, n. 4, p. 357-389, 2002. Disponível em: <https://www.abhmuseum.org/how-slavery-became-legal-for-blacks-only/>. Acesso em: 1 Julho 2024.

⁵⁰ MACKINNON, Catharine. **Only Words**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993, p. 25.

⁵¹ BUTTLER, Judith. **Excitable speech: A Politics of the Performative**. Routledge: Nova Iorque e Londres, 1997, p. 64.

⁵² *Ibidem*.

fundamentos utilizados para limitar a pornografia podem igualmente ser usados para restringir outras formas de expressão que os liberais deveriam prestigiar.

Se, para MacKinnon, a exposição pornográfica configurar, por si só, um ato de expressão que se traduz em verdadeira violência contra as mulheres, um oficial se declarar gay perante as Forças Armadas também poderia ser, por si só, considerado uma prática de ato homossexual, o que é proibido pela lei estadunidense e enseja punições ao transgressor⁵³.

O raciocínio de Butler⁵⁴ se dá no sentido de que a expressão (pornografia) é diferente do ato de violência em si. Se houver uma equivalência, meras expressões de outra natureza também poderiam consideradas ações danosas a terceiros ou como violações à lei, sendo o exemplo da autodeclaração homossexual perante as forças armadas, trazido por Butler (inclusive com a menção a precedentes jurisprudenciais nesse sentido), ilustrativo disso.

Ambos os argumentos possuem plausibilidade (ainda que não abordados de modo exaustivo ou satisfatório nesta pesquisa) e são de autoras feministas e liberais considerando o contexto estadunidense. Se, mesmo entre elas, há controvérsia a respeito do que configura dano, é prudente prever que, entre pessoas de ideologias e entendimentos diversos, isso também ocorrerá.

Entretanto, bons parâmetros do que se pode compreender por dano e qual a sua extensão foram estabelecidos pelo autor Andrew Jason Cohen⁵⁵, ainda que as suas conclusões sejam dissonantes. Cohen, ao interpretar e desenvolver o princípio do dano de Mill, define o termo ‘dano’ como um retrocesso injusto de interesses.

Assim, para o princípio da liberdade de John Stuart Mill, dano (*harm*) é diferente de dor (*pain*) ou de [se] machucar (*hurt*). Eles podem estar, em situações, interligados, mas o machucado e a dor não são suficientes ou necessários para que o dano esteja presente.

⁵³ *Ibidem*, p. 64.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ COHEN, Andrew Jason. **Toleration and freedom from harm**: liberalism reconceived. Nova Iorque: Routledge, 2018, p. 82.

A ocorrência do dano pressupõe a ideia de errado/injusto (*wrong*), portanto, ele deve ser provocado por outro indivíduo. Isso significa dizer que, caso um raio caia sobre a cabeça ou sobre a propriedade de alguém, não se pode afirmar que houve dano, ainda que a pessoa se machuque ou sinta dor⁵⁶.

Essa noção do que é certo e do que é errado é normativa e, por consequência, valorativa. Nesse sentido, Cohen⁵⁷ cita Richard H. Dees, que afirma que os valores de uma sociedade devem ser sopesados para que uma definição do que constitui dano possa ser elaborada.

Dessa forma, para Cohen⁵⁸, o fato de o dano ser um conceito aberto e definido de acordo com a axiologia de uma sociedade é algo positivo, já que as soluções para os casos difíceis que eventualmente surjam podem ser atingidas mediante analogia, o que não seria possível se se tratasse de uma definição hermética.

Em resumo, a indeterminação do que seria o ato errado/injusto que configuraria um retrocesso de interesses permite que situações complexas sejam examinadas com maior flexibilidade⁵⁹.

Em sua obra “A liberdade dos antigos comparada à dos modernos”, Benjamin Constant⁶⁰ traça diferenças não só no modo de ver essas liberdades, mas também na forma de exercê-las. Para o autor, a liberdade considerada dos antigos era coletiva, pois o todo era levado em consideração. Nessa liberdade, tratava-se de questões de liderança bem como do rumo que uma determinada governança deveria seguir. Para ele, exercer a liberdade dos antigos consistia em:

[...] exercer coletiva, mas diretamente, diversas partes da soberania como um todo, em deliberar, na praça pública, sobre a guerra e sobre a paz, em concluir com os estrangeiros os tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar os julgamentos, em examinar as contas, os atos e a gestão dos magistrados, em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em submetê-los à acusação, em condená-los ou absolvê-los. Mas, ao mesmo tempo que era isso o que os antigos

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 82-83.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 83.

⁵⁹ COHEN, Andrew Jason. **Toleration and freedom from harm: liberalism reconceived**. *Op. cit.*, p. 84-85.

⁶⁰ CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. São Paulo: EDIPRO, v. 2, f. 40, 2019, p. 37.

chamavam de liberdade, eles admitiam, como compatível com essa liberdade coletiva, a sujeição completa do indivíduo à autoridade do todo⁶¹.

Em relação aos homens, as leis eram interpostas muitas vezes no sentido de limitar a vontade dos mesmos, e como sua base de criação eram os costumes, muitas vezes não era possível compreender a sua real intenção, pois estes eram repetições enraizadas no comportamento social, que nem sempre expressavam o verdadeiro sentimento social e individual.

Complementarmente, preconiza que “as leis regulamentavam os costumes, e uma vez que os costumes dizem respeito a tudo, não havia nada que não fosse regido pelas leis”⁶². No entanto, sabe-se que embora a afirmativa seja verdadeira, há que se considerar que a lei regulamente os costumes, mas que nem sempre esta regulamentação vem no tempo em que demandam a sua efetiva criação.

Mill⁶³ também trata dos costumes e reflete sobre a incompreensão do que seria realmente o melhor para todos. Para este pensador, a maioria das pessoas, quando estão satisfeitas com os atuais costumes da humanidade, não consegue entender por que esses costumes não são bons o bastante para todos. Ademais, a espontaneidade não é inerente à maioria dos reformadores morais e sociais. Direciona-se o olhar a ela como uma obstrução que causa incômodo, além de mostrar-se rebelde à aceitação de tudo aquilo que tais reformadores, de acordo com o seu próprio juízo, entendem que seria mais benéfico para a humanidade.

Assim, ao tratar da liberdade dos modernos percebe-se uma junção de direitos que diziam respeito à esfera individual do ser humano, onde se asseguravam padrões mínimos para época em determinadas sociedades⁶⁴. Refletindo sobre essa liberdade, Benjamin Constant propôs a seguinte reflexão:

Inicialmente perguntai-vos, senhores, o que é que em nossos dias um inglês, um francês ou um habitante dos Estados Unidos da América entendem pela palavra liberdade? É para cada um o direito de não estar submetido senão às leis, de não

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, p. 36.

⁶³ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. *Op. cit.*, p. 93.

⁶⁴ PEREIRA, Joaquim Eduardo; ISHIKAWA, Lauro. Uma (Re)consideração essencial sobre a liberdade. **Revista Pensamento Jurídico, São Paulo**, Brasil, v. 10, n. 2, 2017. Disponível em: <https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/311>. Acesso em: 10 out. 2024.

poder ser preso, nem detido, nem condenado à morte, nem ser maltratado de alguma maneira pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de diversos indivíduos. É para cada um o direito de expressar sua opinião, de escolher sua ocupação e exercê-la, de dispor de sua propriedade e até mesmo de dela abusar, de ir e vir sem para isso ter que obter permissão, dar conta de seus⁶⁵.

Percebe-se que Constant⁶⁶ tratava liberdades dos antigos e dos modernos assemelhando os direitos inerentes a ambas as liberdades aos direitos coletivos e individuais.

Referente à relação entre liberdades e costumes Mill (2016, p. 97), alega que a espontaneidade não faz parte do ideal da maioria dos reformadores morais e sociais: “olha-se para ela como uma obstrução incômoda e talvez rebelde à aceitação geral daquilo que estes reformadores, segundo o seu próprio juízo, pensam que seria melhor para a humanidade”.

No entanto mesmo com tamanho arcabouço de defesa que se embasa na teoria dos direitos fundamentais, ainda encontram-se questionamentos severos sobre o que de fato a liberdade protege e quais são os limites aplicáveis ao seu exercício.

Referente à liberdade de expressão, tem-se que Mill⁶⁷ a defendeu, distinguindo a liberdade individual da coletiva e traçando um limiar sobre o que seria cada liberdade, e, de certa forma, sua limitação. O autor valeu-se da teoria calvinista para justificar o seu pensamento. Segundo Mill:

[...] a teoria calvinista defende que essa é [...] a condição desejável da natureza humana. Segundo essa teoria, a única grande ofensa das pessoas é ter vontade própria. Todo o bem de que a humanidade é capaz consiste na obediência. [...] Sendo a natureza humana corrupta de raiz, não há qualquer salvação seja para quem for até se matar a sua natureza humana. Para alguém que defenda esta teoria da vida, esmagar qualquer uma das faculdades, capacidades e susceptibilidades humanas não constitui qualquer mal: as pessoas não precisam de qualquer capacidade senão a de se submeter à vontade de Deus; e se a pessoa usar qualquer das suas faculdades para qualquer outro objectivo que não cumprir mais efectivamente essa vontade, então estará melhor sem elas⁶⁸.

⁶⁵ CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. *Op. cit.*, p. 35.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. *Op. cit.*, p. 97.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 98.

Sob essa ótica, para que as pessoas tenham a justa oportunidade de desenvolver sua natureza, é indispensável que se permita a diferentes pessoas que levem vidas diferentes.

Toma-se aqui esse pensamento como determinante para que se defenda a liberdade de expressão e sua afirmação como merecedora de defesa em leis e, notadamente, nas Constituições democráticas, regidas por princípios e com o indispensável objetivo de resguardar direitos e garantias fundamentais.

A liberdade de “buscar, receber e difundir informações” viabiliza que a pessoa tenha o direito de se informar, ser informada e informar outras pessoas. Trata-se de um direito universal que aliado à liberdade de pensamento constitui um standard da democracia⁶⁹.

Deveras, a liberdade de se expressar por qualquer meio é, de fato, garantia do exercício de outras liberdades, inclusive porque o mero exercício de uma simples liberdade já pode significar expressão (isto é, não o andar, mas o modo como se anda; não o se vestir, mas a roupa que se veste; não o se alimentar, mas o que se alimenta).

Os fundamentos da liberdade de expressão, antes de jurídicos, são filosóficos, sociológicos, biológicos. Espinoza⁷⁰ ocupou-se de manifestar seus pensamentos a respeito do tema. Escreveu ele ser impossível a tentativa de impor aos homens que não digam nada que não esteja de acordo com o esperado pelas autoridades sem que disso resultem efeitos funestos.

A tutela do Pacto de San José da Costa Rica garante a proteção da dimensão individual e da dimensão social da liberdade de expressão. A primeira assegura que os sujeitos desse direito possam exercê-lo por qualquer meio para alcançar o maior público possível (a expressão e a difusão são indivisíveis no entendimento da Corte Interamericana de Direito Humanos). A segunda, por sua vez, é materializada pela liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias independentemente de sua natureza, sem que se considerem fronteiras, pela forma verbal ou escrita, em formato

⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**: Pacto de San Jose da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 153.

⁷⁰ ESPINOZA, Baruch de. **Tratado Teológico-político**. Tradução Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 54.

impresso ou artístico, ou por outro processo de sua preferência⁷¹. É o reconhecimento que a todos assiste o direito de trocar informações e de defender livremente os seus pontos de vistas manifestando sem censura prévia a sua voz.

Gomes e Mazzuoli⁷² afirmam que o grande *leading case* da Corte Interamericana sobre esse tema foi o julgamento de 5 de fevereiro de 2001, referente à proibição do Chile (baseada em um dispositivo da Constituição desse país) relativo à veiculação do polêmico filme “A Última Tentação de Cristo”, do cineasta Martin Scorsese. Nesse julgamento a Corte deixou claro que a manifestação e difusão do pensamento e da informação não são divisíveis. Com isto, assegurou-se que toda pessoa tem o direito à informação suficiente e adequada.

A restrição a standard de tamanha relevância deve ser exceção e materializada por eventual ponderação de direitos conforme expressa previsão legal. Por essa razão, a censura prévia é vedada.

A liberdade de expressão deve ocorrer condicionada a “responsabilidades ulteriores”. Discutindo sobre o tema, Gomes e Mazzuoli⁷³ discorrem que não se pode proibir (censurar) a manifestação da liberdade de pensamento ou de expressão e que “o uso desse direito não pode extrapolar o limite do razoável e violar o respeito dos direitos e da reputação das pessoas e a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”.

Tal liberdade também não pode ser restrita por vias ou meios indiretos. A dimensão individual, como já dito, é materializada com a possibilidade de se expressar por qualquer meio e para o maior público possível. Logo, a restrição por vias ou meios indiretos não pode ser perpetrada pelo Estado e nem por particulares.

A partir do desenvolvimento dessa concepção moderna, na doutrina constitucional, predomina o posicionamento de que em um sentido mais amplo, o direito fundamental à

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNET NETO, Jayme. Liberdade de expressão: algumas ponderações em matéria penal à luz da Constituição Federal do Brasil. **EJL**, Joaçaba, v. 18, n. 3, set./dez. 2017. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11318/2/Liberdade_de_expressao_algumas_ponderacoes_em_materia_penal_a_luz_da_Constituicao_Federal_do_Brasil.pdf. Acesso em: 8 outubro 2024.

⁷² GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**: Pacto de San Jose da Costa Rica. *Op. cit.*, p. 157.

⁷³ *Ibidem*, p. 158.

liberdade de expressão compreende um conjunto de direitos fundamentais, que alguns designam como liberdade de comunicação, engloba o direito à liberdade em sentido estrito, às vezes, nomeada liberdade de opinião, o direito à informação, à liberdade de imprensa, à liberdade de comunicação social e à liberdade de comunicação individual. As liberdades de criação artísticas e científicas, as formas de exteriorização cultural e linguística de ideias, sentimentos, convicções religiosas, filosóficas ou políticas também possuem um valor social inegável, em um sistema de comunicação livre e plural⁷⁴.

Por sua vez, o acesso à informação é um direito fundamental que está disposto na Constituição Federal de 1988, nos artigos no art. 5º inciso XIV, que prevê “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”⁷⁵. Por demais, essa necessidade aqui tratada não se confunde com a obrigação estatal de informar aos cidadãos, diante de que qualquer indivíduo pode requerer informações a órgãos e entidades do Estado.

Assim se está de diante de duas facetas do mesmo direito fundamental. Em um primeiro caso, trata-se do direito ao acesso à informação, pois o cidadão tem que se ver respeitado em seu direito de receber dos órgãos estatais e de, por que não, de instituições privadas, ambos detentores de banco de dados com informações individuais de caráter público. Entre nós, o direito está declarado no art. 5º inciso XXXIII da Constituição Federal, que dita “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”⁷⁶ igualmente é tratado pelo parágrafo 3º do art. 37. Esse direito encontra-se regulamentado pela Lei nº 12.527/2011.

1.3 O impacto da internet na liberdade de expressão

⁷⁴ MACHADO, Jonatas E.M.; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. **Difamação de Figuras Públicas**: Tutela Jurídica e Censura Judicial à Luz do Direito Português. *Op. cit.*, p. 76.

⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constuicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 dezembro 2023.

⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *Op. cit.*

A internet é o meio de comunicação mais importante já desenvolvido desde a invenção da imprensa móvel. Em 2017, no caso *Packingham v. Carolina do Norte*, a Suprema Corte dos EUA afirmou, enfaticamente, a importância da internet e das redes sociais como espaços de comunicação⁷⁷. No caso concreto, a Corte declarou ser inconstitucional, uma lei do estado da Carolina do Norte que proibia o uso de redes sociais por agressores sexuais condenados e registrados, sob o argumento de que menores de idade poderiam utilizar essas plataformas⁷⁸. O Tribunal esclareceu que o ciberespaço em geral, e as redes sociais, em particular, são espaços vitais para o exercício da liberdade de expressão⁷⁹.

Três características são especialmente importantes. Em primeiro lugar, a internet democratizou a capacidade de se difundir informação em massa. Antes, para atingir um grande público, o locutor deveria ter recursos suficientes para ser proprietário de um jornal de ampla divulgação ou adquirir uma licença para transmissão por meio radiodifusor ou televisivo. Com a internet, porém, qualquer pessoa com um smartphone – ou que apenas detenha acesso a uma biblioteca com um modem de acesso à internet – é capaz de alcançar uma significativa audiência enorme, quase que de forma instantânea.

Meio século atrás, a Suprema Corte dos EUA decidiu, por unanimidade, que o governo federal norte-americano poderia regular a transmissão de mídias, devido à escassez relativa ao número de emissoras e demais fontes de informação⁸⁰. Essa escassez deixou de existir nos dias de hoje. No entanto, a facilidade trazida pela internet também possibilitou que informações falsas pudessem ser rapidamente difundidas por um grande número de fontes⁸¹. Informações privadas de pessoas podem ser facilmente disseminadas. Existe, aliás, um termo específico para classificar esse fenômeno: “doxing”.; isto é, publicar informações pessoais sobre um indivíduo na internet,

⁷⁷ ESTADOS UNIDOS. *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730 (2017).

⁷⁸ ESTADOS UNIDOS. *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1733 (2017).

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ ESTADOS UNIDOS. *Red Lion Broad. Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 375 (1969).

⁸¹ ANDREWS, Lori. **I Know Who You Are and I Saw What You Did: Social Networks and the Death of Privacy**. Detroit: Free Press, 2011, p. 121-35.

geralmente com a intenção de prejudicá-lo⁸². Não há dúvida que a internet e as redes sociais podem facilitar a prática de assédio sexual. Nessa linha, um estudo conduzido pelo *Pew Research Center* apontou que “40% dos usuários de internet, maiores de idade, já sofreram assédio online, sendo particularmente grave em casos de mulheres jovens”⁸³.

Em segundo lugar, a internet aumentou drasticamente o tempo de permanência de informações para acesso público. Considere-se, por exemplo, o ilícito ou crime de difamação. Imagine que, antes do surgimento da internet, um jornal local tenha publicado informações falsas sobre uma pessoa que prejudicou sua reputação. O relato falsamente produzido seria lido apenas pelos leitores do artigo e, em um cenário menos otimista, poderia circular por boca a boca. Poderia haver dano efetivo à reputação da pessoa difamada. No entanto, a menos que alguém buscasse esse artigo em arquivos de microfilme ou na microficha da publicação (o que é bastante difícil), o texto cairia em esquecimento público.

Nos dias de hoje, porém, a difamação pode se espalhar rapidamente pela internet e deverá permanecer acessível para sempre. É excessivamente difícil, se não impossível, apagar algo da internet. A internet traz o grande benefício de fornecer um acesso amplo e democrático a informações. Mas isso também significa que informações falsas podem ser facilmente acessadas e permanecerem disponíveis de forma contínua, o que não existia no mundo pré-internet.

Também é relevante observar que o ambiente de comunicação descentralizada da internet, embora não totalmente democrático, abriu novas possibilidades para equilibrar o poder de alcançar uma audiência de maneira inédita, quando comparado à sociedade tradicional dos meios de comunicação de massa. A forma como o Judiciário lida com colisões relacionados à liberdade de expressão mudou em comparação ao que existia há três décadas. A participação mais ampla de grande parte da população no debate público trouxe, por um lado, a mobilização de grupos contra o discurso de ódio, tanto

⁸² KEATS-CITRON, Danielle. Hate Crimes in Cyberspace. **U of Maryland Legal Studies Research**, 2015. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/Hate_Crimes_in_Cyberspace.html?id=wmiABA-AAQBAJ&redir_esc=y. Acesso em: 15 abril 2024.

⁸³ SWEENEY, Marlis Silver. **What the law can (and can't) do about online harassment**. 2014. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/>. Acesso em: 15 abril 2024.

online quanto offline. Por outro lado, ampliou significativamente as formas pelas quais um indivíduo pode reagir a uma ofensa⁸⁴.

Por fim, em terceiro lugar, a internet não está limitada a fronteiras nacionais. Novamente é possível observar grandes benefícios dessa característica. Governos totalitários não podem mais cortar o acesso à informação de seus cidadãos. Quando a revolução da Primavera Árabe se iniciou, o governo egípcio tentou proibir o acesso à internet dentro das fronteiras do país. No entanto, indivíduos com telefones que operavam por satélite conseguiram se manter conectados à internet e, consequentemente, informar ao mundo sobre o que estava acontecendo em tempo real⁸⁵. Mas isso com um custo: em contrapartida, a Suprema Corte dos EUA estimou que 40 por cento do conteúdo pornográfico na internet tem origem estrangeira, tornando inócua qualquer tentativa de limitar o acesso dentro das fronteiras de um país⁸⁶.

O presente relato, naturalmente, consiste em breve esboço sobre como a internet mudou a liberdade de expressão. Mas o argumento é, como identificado no caso *Packingham*, a internet é um meio de comunicação e divulgação de discursos único e diferente de qualquer meio que a antecedeu. Seus benefícios são enormes, mas também o são os potenciais custos, especialmente no que toca ao problema das *fake news*. Em suma, nos dias de hoje, é mais fácil disseminar e recuperar dados, mais fácil receber informações advindas de meios estrangeiros, o que atinge amplamente a população como um todo.

Não se discute que a internet revolucionou a sociedade e mudou a forma como as pessoas trabalham e se comunicam. Porém, apesar das várias comodidades, a eclosão das redes sociais e meios de comunicação em massa fez outros problemas surgirem, como por exemplo, o palco para discursos extremistas, xenofóbicos, racistas e negacionistas, que pareciam ter desaparecido com o progresso social⁸⁷.

⁸⁴ HARTMANN, Ivar A. Liberdade de expressão e capacidade comunicativa: um novo critério para resolver conflitos entre direitos fundamentais informacionais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 145-183, jul./dez. 2018, p. 145.

⁸⁵ ALJAZEERA. **When Egypt Turned Off the Internet**. 28.01.2011. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/middleeast/2011/01/2011128796164380.html>. Acesso em: 15 abril 2024.

⁸⁶ ESTADOS UNIDOS. *Ashcroft v. ACLU*, 542 U.S. 656, 667 (2004).

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso de ódio nas redes sociais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/428>. Acesso em: 8 outubro 2024.

Atualmente, as redes sociais via internet permeiam o cotidiano de praticamente todos os cidadãos que delas se utilizam de forma positiva ou negativa. A difusão de sua utilização, portanto, permite a qualquer usuário participar da comunicação eletrônica na veste de ator ou espectador, de consumir ou produzir informações ou participar de um debate. Essas “assembleias telemáticas” são públicas no sentido de que são acessíveis a todos, possuindo, desse modo, a proteção constitucional de liberdade de expressão do pensamento e das opiniões⁸⁸.

Nesse contexto, é de se reconhecer que a liberdade para a criação de perfis pessoais ou de comunidades em referidas redes é legítima e democrática, não havendo impedimentos de qualquer natureza, contudo, se utilizados abusivamente, com conteúdo impróprio, são passíveis de denúncias aos próprios provedores, bem como puníveis cível e criminalmente.

Aliás, não só nas comunidades sociais a liberdade de expressão é presente, mas em toda a internet. É o que se retira dos fundamentos da Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet (MCI). O art. 2º impõe o respeito à liberdade de expressão como fundamento do uso da internet no Brasil, além do “respeito aos direitos humanos, ao desenvolvimento da personalidade e ao exercício da cidadania”⁸⁹. Pela simples leitura da norma pode-se inferir o potencial que a internet possui para conflitar o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, visto que os coloca sempre no mesmo patamar. Logo no art. 3º, que determina os princípios para o uso da internet, encontra-se a garantia da liberdade de manifestação do pensamento (inc. I) e a proteção da privacidade (inc. II).

Ademais, o art. 8º traz que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”⁹⁰. Ademais, o art. 7º, inc. I, dispõe que “o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e, ao usuário é assegurada a inviolabilidade da intimidade e da

⁸⁸ RIBEIRO, Carolina do Val; RIBEIRO, Luiz Gomes Ribeiro. Relativização da noção de estado soberano na sociedade de massa e as redes sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 84, p. 61-72, jul./set. 2013.

⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 7 maio 2024.

⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constuicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 maio 2024.

vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”⁹¹.

Devido à amplitude do tema, limita-se aqui à análise do conflito no âmbito das redes sociais. Quem navega por referidas redes facilmente detecta a exposição dos usuários, que postam fotos dos lugares que frequentam, das viagens e passeios que fazem, falam de seus relacionamentos, fazem críticas e se posicionam politicamente, enfim, publicam seus passos, seus pensamentos, seus sabores e dissabores diários.

Não raro também é perceber que, para algumas pessoas, o limite não é conhecido, principalmente no que toca à vida privada. Os antigos diários de papel que eram guardados a sete chaves por incluírem particularidades, agora são digitais e públicos, acessíveis a centenas de amigos virtuais. Nesse passo, muitas pessoas acabam extrapolando o razoável e mostrando ao público que ali se conecta fatos relacionados à sua vida íntima, com o envolvimento desautorizado de outras pessoas, expondo-as da mesma maneira. O afrontamento de direitos garantidos constitucionalmente, na maioria das vezes, não se restringe à privacidade, alcançando ofensas à honra, ao nome e à imagem dos envolvidos.

Amparados pela sensação de propriedade do perfil criado e da impunidade das palavras ali lançadas, os usuários podem ferir os direitos da personalidade de outras pessoas, também usuárias ou não, de diversas formas, praticando *bullying* virtual (também chamado de *cyberbullying*) com condutas reiteradas, ou com apenas simples postagens⁹² vindas de pessoas com capacidade comunicativa capaz de desfazer a presunção de hipossuficiência de indivíduos que pertencem a minorias historicamente desfavorecidas⁹³.

Assim, a privacidade é comumente afetada nesses casos quando ocorrem desentendimentos nos redutos familiares, conjugais ou de amizade. Aproveitando-se do

⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constuicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 maio 2024.

⁹² FRANCEZ, Andréa. Cyberbullying. In: FRANCEZ, Andréa; COSTA NETTO, J. Carlos; DÁNTINO, S. Famá (Coords.). **Direito do entretenimento na internet**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25.

⁹³ HARTMANN, Ivar A. Liberdade de expressão e capacidade comunicativa: um novo critério para resolver conflitos entre direitos fundamentais informacionais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 145-183, jul./dez. 2018, p. 175.

grau de intimidade que possuem com o outro, expõem fatos da vida privada que deveriam ficar ali resguardados, colocando o indivíduo em situação constrangedora perante os demais usuários do canal⁹⁴. Isso gera aborrecimento, tristeza, angústia e sensação de impotência, já que fotos, vídeos ou escritos “viralizam” em instantes.

Desta feita, como se percebe, a linha tênue que separa a liberdade de manifestação do pensamento e o direito à vida privada permanece.

O caminho a ser trilhado deve ser no sentido de um balanceamento de posições, no sentido de que as tecnologias da informação tornem possível o conhecimento por parte dos cidadãos, mas não a sua manipulação. Para usufruir das oportunidades do “novo mundo” que, em verdade, corresponde ao “atual mundo”, é necessário o desenvolvimento de políticas públicas adequadas e a consciência de que, uma vez que as tecnologias suprimem as noções de tempo e espaço, devem ser reconstruídas as ideias de cidadania e soberania, sobretudo nas modernas comunidades jurídico-políticas⁹⁵.

Isto porque, dentro dessa sociedade pós-moderna, tomada pela fragmentação das relações, pela incerteza absoluta do por vir, o ser humano se tornou uma presa fácil de um sistema perverso de ressignificação dele próprio como indivíduo e sua ilusão de controle na posse do *smartphone* nas mãos; bem como do neoliberalismo sedento por arrancar das relações e manifestações sociais do indivíduo mais produtos e mais motivo para consumo, ao ponto de tornar-se ele, o indivíduo um produto de si mesmo a ser consumido. Confuso, acerca dos seus deveres e dos seus direitos, despreparado para lidar com a desinformação nas redes, com o *cyberbullying*, com *fake news*, perseguido e vigiado, se expondo a cada dia sem saber o que lhe espera na esquina, tudo isso relacionado ao próprio dever de responsabilidade com a cultura do hoje e do por vir é que cresce a necessidade de educar o ser humano para a utilização de sua nova condição de cidadão virtual⁹⁶.

⁹⁴ KALLAJIAN, Manuela Cibim. **Privacidade, Informação e Liberdade de Expressão**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 41.

⁹⁵ RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 163.

⁹⁶ SIERRA, Francisco; LEETOY, Salvador; GRAVANTE, Tommaso. **Ciudadanía Digital & Democracia Participativa**. Salamanca: Pepa Peláez, Editora, 2018, p. 29.

A tomada de consciência pelo usuário das redes inevitavelmente deve implicar prévias políticas públicas que visem educar as pessoas para o consumo das redes sociais, com o fito de saber o que estão visualizando, o que estão absorvendo e rejeitando no processo comunicativo. Como disse Flusser a comunicação trata-se armazenar informações adquiridas, processá-las e transmiti-las esse é o dispositivo cultural que irá levar conceitos para as próximas gerações. Embora incipiente, é possível perceber ações nas mais diversas localidades no sentido de incentivar as pessoas a educação para sua cidadania digital, senão veja-se:

Fenômeno mundial, o combate à desinformação foi um dos temas debatidos na última edição da *Legislative Summit 2019*, organizado pela *National Conference of State Legislatures* (NCSL), em Nashville, nos EUA. A Conferência contou com a participação de deputados americanos, canadenses e de mais 18 países. E é de lá que eu trago o bom exemplo do Estado de Utah, que inovou e criou o programa Cidadania Digital – incluindo na base curricular das escolas atividades para ensinar “boas maneiras” digitais no ambiente escolar -, além de fornecer orientações aos educadores para que se transformem em disseminadores da cultura digital do bem⁹⁷.

No Brasil projetos de lei como os apresentados pelo deputado do Rio Grande do Sul Vilmar Zanchin, buscam inovar iniciando a “Política de Educação Digital nas Escolas”, estabelecendo uma política pública que ensine crianças e adolescentes, portanto, atingindo os grupos ditos da – geração y - a terem uma boa educação no uso das ferramentas digitais. A partir da experiência positiva do Estado americano, cria-se uma cultura mais salutar para o futuro, protegendo a democracia e melhorando a internet.

Talvez não seja suficiente que o artigo 205 da Constituição Federal contemple apenas o mundo material substantivo relativo aos deveres do Estado quanto a questão da educação, ao tempo em que mundo virtual já causou tantas modificações no tecido social. Hoje o dispositivo nos diz que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”⁹⁸; mas, é preciso pensar em novos paradigmas, novas formas de pensar que elevem o padrão de percepção da sociedade para que ela

⁹⁷ SOUZA, Gabriel. **Cidadania digital para combater Fake News**. 21.10.2019. Disponível em: <http://gabrielsouza.net/cidadania-digital-para-combater-fake-news/>. Acesso em: 7 dezembro 2023.

⁹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *Op. cit.*

experimente uma pedagogia para o uso das redes, para o manuseio dos dispositivos eletrônicos, para lidar com as contingências desse mundo virtual. Por isso se fala em cidadania digital, em inclusão, em um direito fundamental a educação para o uso das redes sociais.

Assim, tem-se que o processo de avanço das tecnologias é inevitável, mas novas leis deverão vir, novas políticas públicas deverão surgir, novas ações no setor privado também, o que se quer é criar caminhos e perspectivas para o surgimento de redes sociais menos predatórias, mais democráticas e plurais.

2 DISCURSO DE ÓDIO EM AMBIENTE VIRTUAL

2.1 Conceito e traços característicos

Classicamente o discurso de ódio tem sido definido como “aquele discurso para promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade, gênero ou opção sexual”⁹⁹. Martinez¹⁰⁰, acrescenta com base no que definiu o Conselho da Europa aqueles baseados na intolerância, que resultam iniciação pública à violência, ao ódio, discriminação, insultos, difamação e submissão.

Atravessando o tempo e ultrapassado fronteiras no curso da humanidade quando a Arte encontra-se com o Direito tem-se a chance de conhecer a produção humana, que ainda que algumas vezes com exageros ajudam a enxergar a realidade social que passa despercebida. A peça escrita por Shakespeare¹⁰¹, “O Mercador de Veneza”, é uma obra que retrata o cotidiano e as relações das pessoas da época, mais que continuam atuais em seu sentido, mostrando a discriminação racial, a violência, a segregação e a intolerância dos cristãos contra os judeus.

Também o romance de George Orwell¹⁰², “1984” que trata de um futuro distópico onde o Estado totalitário impõe seu regime através de discurso de ódio contra os que pensam diferente ou não aceitam o regime totalitário do grande irmão. O autor vai se inspirar na sociedade europeia do início do Século XX, onde regimes totalitários foram

⁹⁹ BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. A liberdade de expressão não alberga o discurso do ódio. **Consultor Jurídico**, 11.02.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-11/bentivegna-liberdade-expressao-nao-alberga-discurso-odio>. Acesso em: 20 maio 2024.

¹⁰⁰ MARTINEZ, Rosario de Vicente. **El discurso del odio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 24.

¹⁰¹ SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**: drama en cinco actos, 1878, v. 1. Tradução livre. Disponível em: http://play.google.com/books/reader?id=u2nEyl1m2vAC&hl=&printsec=frontcover&source=gbs_api. Acesso em: 20 maio 2024.

¹⁰² ORWELL, George. **1984**: Tradução Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4118309/mod_resource/content/1/1984%20-%20George%20Orwell.pdf. Acesso em: 20 maio 2024.

instaurados, como, por exemplo, o comunismo na União Soviética, com a revolução Russa de 1918 e o Nazismo na Alemanha de Adolf Hitler.

Ainda sobre como as obras externam acontecimentos na sociedade “O Tribunal de Nuremberg”¹⁰³, contribuiu não apenas para que a sociedade abrisse os olhos para o discurso de ódio propagado pelos nazistas por toda Europa, mas também mostrou a necessidade de criação de novos direitos para atender a necessidades sociais como forma de evitar futuramente graves violações a princípios penais constitucionais.

O ódio não surge do nada, tem sempre um contexto específico que explica, os motivos sejam ideológicos ou fáticos que sustentam e servem para explicar o porquê de determinado grupo merece ser odiado, sempre se produz em um contexto histórico, cultural e no meio social vivenciado¹⁰⁴.

Por isso, na maioria das vezes, aquele que faz o discurso de ódio, o faz não propriamente sobre uma forma de ódio, mas sim sobre uma forma racional de pensar, que, entretanto, revela um absoluto paradoxo pela irracionalidade, o autor entende normal e justificada, mas essa racionalidade limita-se exclusivamente à compreensão do autor do discurso de ódio. Um exemplo presente disso é Anders Behring Breivik¹⁰⁵, que em 22.07.2011, assassinou 77 pessoas, sob o argumento de atacar o multiculturalismo.

Destaca-se, ainda, a ideia de performatividade do discurso, apresentada por Butler¹⁰⁶, que considera que o discurso de ódio pode ser devolvido ao falante de uma forma diferente, contra o seu próprio efeito original, através de uma performatividade discursiva, que representa uma cadeia de ressignificações da fala, abrindo espaço para o contradiscurso, que é a alternativa adequada para se combater o discurso de ódio.

A concepção de liberdade de expressão pode ser vista sob duas dimensões: a substantiva e a instrumental. A dimensão substantiva envolve a capacidade de pensar,

¹⁰³ FERRO, Ana Luiza Almeida. **O tribunal de Nuremberg**: dos precedentes à confirmação de seus princípios. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

¹⁰⁴ EMCKE, Carolin. **Contra elodio**. Barcelona: Taurus, 2017, p. 63.

¹⁰⁵ ver filme 22 de julho na Netflix 2018

¹⁰⁶ BUTLER, Judith. **Discurso de ódio**: uma política do performativo. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

formar uma opinião própria e expressá-la, enquanto a dimensão instrumental refere-se ao uso de diversos meios disponíveis para disseminar esse pensamento¹⁰⁷.

Ao tratar a questão do discurso de ódio em um viés mais filosófico, Rawls indaga se os tolerantes têm o direito de criticar e reprimir os intolerantes, quando “estes não oferecem nenhum perigo imediato para as liberdades iguais dos outros”¹⁰⁸. Para ele, é importante que os cidadãos prezem igualmente pela preservação de todas as liberdades, desde que “a liberdade em si e a liberdade deles mesmos não corra perigo”¹⁰⁹. Nesse contexto, os indivíduos podem, de forma apropriada,

[...] forçar os intolerantes a respeitarem a liberdade dos outros, uma vez que é possível exigir que uma pessoa respeite os direitos estabelecidos pelos princípios que ela mesma reconheceria se estivesse posição original. Mas quando a constituição em si estiver assegurada, não há razão para negar a liberdade aos intolerantes¹¹⁰.

Habermas¹¹¹ (chama a atenção para o fato de que um Estado democrático que assegura a tolerância com as liberdades políticas, a exemplo da liberdade de expressão, precisa se resguardar dos inimigos do cerne da constituição, inquirindo, inclusive, de que forma a democracia pode tolerá-los.

Por sua vez, João Trindade Cavalcante Filho, voltado para o direito constitucional explica que:

Convencionou chamar de “discurso de ódio” (*hate speech*): o exercício da liberdade de expressão para insultar pessoas ou grupos de pessoas, propagando o ódio baseado em motivos de raça, religião, cor, origem, gênero, orientação sexual etc. Racismo, xenofobia, homofobia, antissemitismo são fenômenos modernos e contemporâneos que constituem, na verdade, variantes do discurso de ódio¹¹².

¹⁰⁷ GUNDIM, Wagner. **Democracia 4.0: a liberdade de expressão na sociedade de dados**. Londrina, PR: Troth, 2021 (*kindle*).

¹⁰⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro pipeta e Lenita M.R Esteves. São Paulo. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 237.

¹⁰⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. *Op. cit.*, p. 237.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 238-239

¹¹¹ HABERMAS, Jürgen. Religious Tolerante: the pacemaker for Cultural Rights. **Royal Institute of Philosophy**, v. 79, n. 307, p. 5-18, jan., 2004, p. 7.

¹¹² CAVALCANTI FILHO, João Trindade. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 17.

Ao que tudo indica, não obstante o vocábulo “discurso” possa em seu significado literal contemplar a totalidade de situações que se aplique. Isto porque o “discurso” pode ser tanto por meio de palavras, quanto por meio de símbolos, de atos simbólicos ou de ações que possam refletir em enfrentamento com emoções e sentimentos mais débeis.

O ódio que se discute não se conforma no âmbito da cólera, isto porque na cólera há uma razão específica, um fato, já no ódio (discurso de ódio) é um tipo específico de aversão que se dirige a um grupo de pessoas, não especificamente por essas pessoas, muito menos por delas ter sofrido algum dano, mas circunstâncias favoráveis a traumas coletivos diversos que incidem em psicopatologia coletiva.

Para superar crises, as sociedades abandonam o individualismo e se representam em raças, etnias e nacionalismos, por exemplo. Conclui-se que há uma construção do “Nós” para superar e hostilizar o “Outro”, ao acentuar diferenças por vezes para sentir-se melhor.

Assim, as percepções de diferenças que se institucionalizam, registram identidades de superioridades e inferioridades. A ideologia consiste num discurso coerente e verossímil com argumentos racionais, e muitas vezes irracionais, que se fundamentam, na maioria das vezes, na identidade, na pureza e na segurança da sociedade.

Os discursos costumam ter como objetivo intimidar ou excluir grupos facilmente identificáveis, a fim de que estes não desfrutem de suas liberdades. Os líderes carismáticos contam com propaganda de ódio para recrutar outros para que se juntem à sua organização, que podem defender a violência, intolerância e discriminação.

Os riscos associados ao discurso de ódio são particularmente agudos em tempos de crises políticas, sociais e econômicas, quando o bode expiatório se torna vítima de uma reação comum diante de perdas e instabilidades.

Sobre o discurso de ódio, é possível relacionar vários exemplos ao longo da História. Com o Tratado de Versalhes, a Alemanha construiu discursos políticos que buscaram reafirmar o coletivismo no País pós-guerra¹¹³. Antes dos nazistas comecem

¹¹³ MARTINEZ, Rosario de Vicente. **El discurso del odio**. *Op. cit.*, p. 27.

a implementar a tentativa de genocídio dos judeus, políticos alemães consideravam os judeus como vermes, indignos de viver e exigindo fumigação.

O trauma coletivo se fundamentou no discurso ideológico nazista de Hitler na construção de uma identidade ariana que superasse o sentimento de derrota social. Croatas e sérvios, na Iugoslávia, levantaram discursos nacionalistas que buscavam reconhecimento e poder.

Circunstâncias políticas, sociais e econômicas favoráveis, conforme se viu por meio de raça, etnia e nacionalidade compreendem-se à formação de identidades para responder às demandas de crises pela “percepção das diferenças”, dando-se consistência a “Um” ou a “Outro”, em formas de reafirmar-se coletivamente: a instigação estereotipada de racistas atribui traços indesejáveis aos menosprezados grupos – como na ganância com os judeus, lascívia com os negros - a fim de diminuir sua posição política e social.

As mensagens transmitidas são que as diferenças de raça, gênero, etnia, e orientação sexual, por exemplo, “são distinções de mérito, dignidade, status e personalidade”¹¹⁴.

Tais manifestações convidam a compreender a complexidade social brasileira e suas diferenças hodiernamente, um solo fértil à manipulação política com discursos destrutivos com fins de controlar e perpetuar massacres entre grupos de uma mesma sociedade por meio do discurso de ódio.

Pessoas que se valem do discurso de ódio para inferiorizar determinados grupos populacionais visam ganhar apoiadores que compartilham uma visão de intolerância e manifestam hostilidade ao invés de envolver os ouvintes no debate intelectual ou político. Dados os muitos casos em que símbolos como a queima de cruz têm sido usados para incitar a violência,

[...] há razões para pensar que a regulamentação de mensagens de ódio implica legitimidade democrática preocupação com a preservação da civilidade. A propaganda de ódio não só espalha agressão e inimizade, também pode ser instrumental para racistas e grupos etnocêntricos para obter cargos políticos¹¹⁵.

¹¹⁴ MCVEIGH, Rory. Structured Ignorance and Organized Racism in the United States. **Social Forces**, v. 82, p. 895-903, 2004, p. 902-903.

¹¹⁵ BLACK, Virginia. **Judges in Contemporary Democracy**: an International Conversation. Robert Badinter & Stephen Breyer, 2004, p. 538.

À luz desse perigo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) das Nações Unidas, proclamada em 1948 reconhece que as democracias podem colocar certas limitações no direito dos indivíduos de liberdade de expressão, a fim de preservar a ordem pública. O Estado não pode ficar parado enquanto as liberdades fundamentais da democracia são exploradas por poderosas forças sociais inclinadas a minar a justiça e o bem comum.

Quando a expressão da supremacia é empregada para aterrorizar os outros, e excluí-los de participar dos privilégios, é mais do que meramente ofensivo. É ameaça e serve para organizar grupos sociais que defendem ideologias excludentes, em vez de democráticas. Por esta razão, no magistério de Ommati¹¹⁶, o discurso de ódio representa uma ameaça de longo prazo ao bem-estar social de uma democracia que difere da ameaça imediata de dano associado a palavras de combate. Isto porque com o tempo, os preconceitos populares podem tornar-se características normais do discurso local ou mesmo nacional.

No entanto, infelizmente, os discursos são disseminados por muitos meios de comunicação, incluindo jornais impressos, escolas, músicas e filmes. Muitas vezes, animosidades preconcebidas são associadas a espúrias acusações que podem se espalhar como um incêndio nas comunidades abrigando atitudes excludentes¹¹⁷.

É premente que se avalie o dano potencial que uma instância de discurso de ódio representa para um Estado Democrático de Direito. Exortar outros a cometer atos discriminatórios ameaça a ordem de uma democracia representativa multiétnica¹¹⁸.

O discurso de ódio pode fornecer a base ideológica para fascistas e racistas organizacionais. É um ingrediente vital em qualquer movimento político determinado a

¹¹⁶ OMMATI, José Emília Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. 5 ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, p. 61.

¹¹⁷ SPINGO, Irene. Discursos de odio y liquidez em los tempos de internet. In: RIOS, Blanca Martín. **La prevención y represión del discurso del odio**. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerância. Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2019, p. 204.

¹¹⁸ AVILA JUNIOR, Luiz Carlos. Constituição material e a mutação pelos costumes de natureza constitucional. In: ROSÁRIO, Pedro Trovão do; RI, Luciene Dal; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade**. Porto: Juruá, 2018. p. 121.

prejudicar grupos específicos. Paradigmas que subordinam indivíduos - por exemplo, aqueles que denominam os índios como selvagens ou os negros como incontrolavelmente lascivos - tornam-se perigosos para a sociedade quando não são apenas declarações opinativas, mas intencionalmente usadas para incitar atos civis ou desigualdade política.

Tais paradigmas visam sancionar opressões morais e econômicas¹¹⁹. A título de exemplificação, a alegação de que os negros corromperiam uma democracia era frequentemente invocada para impedi-los de participar de governos representativos.

Linguistas como Pierre Bourdieu¹²⁰, apontaram que a linguagem não é vazia. Práticas linguísticas baseia-se no conteúdo sócio-histórico para estabelecer comportamento interpessoal. A fala, então, é estruturada em uma sintaxe particular tendo um valor semântico que é intrinsecamente cultural.

Através de uma longa história de escravidão, os negros vieram para representarem o mal; gays e lésbicas são considerados desviantes, assustadores demais para ficar sozinhos com crianças. E, mais recentemente, os árabes passaram a ser linguisticamente vinculados a todas as formas de terrorismo.

A Internet possibilitou que essa visão e essas caracterizações efetivamente degradantes fossem divulgadas e chegassem a um grande número de pessoas. Como a psique popular atribui traços negativos a certos grupos, estereótipos negativos internalizados desempenham um papel crescente no desenvolvimento da personalidade e características disposicionais¹²¹.

As disposições, por sua vez, dão origem a práticas, percepções e atitudes em direção a um grupo depreciado. Um perigo para a democracia proveniente do discurso

¹¹⁹ FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. Florianópolis: Sequência, 2013, p. 334.

¹²⁰ BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. 10.

¹²¹ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002, p. 106.

do ódio é que, por meio da repetição, o paradigma violento do tratamento para grupos menosprezados pode ser destrutivas práticas sociais¹²².

Desta forma, a internalização de mensagens de ódio pode não só afetar a conduta imediata, mas também informar o habitual comportamento em relação aos grupos sociais. Assim, um indivíduo pode ser assustado com a simples visão de um negro, sem qualquer indicação anterior de perigo, perceber um bêbado ao ver um sóbrio mexicano, ou menosprezar a inteligência de uma pessoa por causa de seu gênero.

Os preconceitos são estruturados não apenas no conhecimento epistêmico, mas também na ideação cultural.

Não há conexão lógica entre generalizações exageradas que expressam o ódio do grupo e o individualizado na realidade das vítimas, mas eles tornam os objetos de animosidade politicamente vulnerável. Se o ódio é dirigido aos asiáticos, judeus, negros, ou católicos, o racismo verbal virulento e desenfreado tende a alienar esses grupos do corpo político.

O discurso de ódio é um grito de guerra que visa subverter a democracia persuadindo os ouvintes para tratar grupos depreciados de forma desigual e injusta. Ataques verbais raciais não são a mesma coisa que insultos comuns porque eles negativamente impactam nos indivíduos e na sociedade em geral, pois, onde as vítimas não têm reparação legal contra discurso de ódio intimidador, seus medos legítimos de danos são ignorados em favor da demagogia¹²³.

As reflexões teóricas históricas e linguísticas visam enfrentar o desafio de que o debate do discurso de ódio pode abordar a teoria democrática, dar um argumento estrutural e analisar se essas ideias refletem com precisão a regulamentação de discurso de ódio na democracia brasileira.

Não obstante a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pelas Nações Unidas em 1948, ter previsto em seu artigo 1918 que toda pessoa tem o

¹²² AVILA JUNIOR, Luiz Carlos. Constituição material e a mutação pelos costumes de natureza constitucional. In: ROSÁRIO, Pedro Trovão do; RI, Luciene Dal; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade**. Porto: Juruá, 2018. p. 124.

¹²³ DELGADO, Richard, Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 17, 1982, p. 134. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2000918>. Acesso em: 22 maio 2024.

direito à liberdade de expressão e opinião, impondo obrigações negativas do Estado como garantia de não interferência e a liberdade de receber e transmitir informações e ideias por qualquer meio, não previu qualquer forma expressa de restrição desse direito. Trata-se, portanto, de um reconhecimento amplo do direito à liberdade de expressão.

Uma parte da doutrina, no entanto, sustenta que no texto da Declaração encontram-se elementos suficientes para proibir o discurso de ódio, como o reconhecimento da dignidade da pessoa humana (artigo 1¹²⁴), na garantia do gozo de direitos independentemente da raça, cor ou sexo (artigo 2¹²⁵), na proteção do artigo 7¹²⁶ contra a discriminação e contra a incitação à discriminação e finalmente o artigo 29 e sua previsão da existência de deveres inerentes ao exercício dos direitos e a possibilidade de se impor limitações a tal exercício a fim de promover o reconhecimento e o respeito dos direitos humanos e liberdades dos outros). Isso seria uma prévia da cláusula de proibição do “abuso de direito” previsto no artigo 30 que, inter alia, representa um dos pilares das democracias atuais.

Ainda no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), importa mencionar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, na qual consta explícito em seu artigo 4º que será ato punível a difusão de ideias baseadas na superioridade racial, atos de violência ou incitação de tais atos contra qualquer raça ou grupo de pessoas, bem como qualquer assistência que seja designada a atividades racistas, inclusive a assistência financeira. Em verdade, trata-se de uma sanção em detrimento do discurso, independentemente do seu alcance na sociedade, vez que não é exigido, para fins punitivos, que as expressões de ódio deem lugar a atos de violência ou discriminação. Sugere-se, portanto, por meio dessa Convenção, que os Estados-parte adotem tipos penais de perigo com o foco de sanção na difusão do discurso de ódio racial, entre outros.

¹²⁴ Artigo 1 da DUDH: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

¹²⁵ Artigo 2 da DUDH: “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação [...]”.

¹²⁶ Artigo 7º da DUDH: “[...] Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação [...]”.

2.2 Tipos e vítimas recorrentes

O discurso de ódio refere-se a expressões que incitam, promovem ou justificam a violência, a discriminação, a hostilidade ou o preconceito contra indivíduos ou grupos com base em características como raça, etnia, religião, gênero, orientação sexual, deficiência, entre outras. Há vários tipos de discurso de ódio, que podem ser classificados de diferentes maneiras, a saber: por tipo de discriminação, por forma de expressão, por meio de propagação, por contexto de ocorrência, por intensidade e por consequência¹²⁷.

Por tipo de discriminação, o discurso de ódio se classifica como: racial/étnico, que se refere a ataques a indivíduos ou grupos com base na cor da pele, origem étnica ou nacionalidade; religioso, quando ataques são feitos a pessoas ou grupos devido a suas crenças ou práticas religiosas; por gênero/sexo, que ocorre com a desqualificação ou menosprezo a determinadas pessoas com base em seu gênero ou identidade de gênero; em razão de orientação sexual, que visa indivíduos ou grupos com fundamento em sua orientação sexual, a exemplo da homofobia e a transfobia; devido à deficiência, que se observa em caso de desrespeito ou desumanização de pessoas com deficiências físicas ou mentais; e contra pessoas de determinadas faixas etárias, como idosos ou jovens¹²⁸.

O discurso de ódio também pode ser classificado por forma de expressão verbal, que inclui insultos, xingamentos, ameaças e piadas ofensivas; escrita, que se manifesta através de textos, artigos, postagens em redes sociais, mensagens, e-mails, dentre outras; por expressão visual, que ocorre através de representações gráficas como memes, caricaturas, grafites, cartazes e vídeos que promovem ódio; e fazendo uso de símbolos, gestos ou insígnias que representam ódio, como a suástica nazista¹²⁹.

No que concerne ao meio de propagação, o discurso de ódio pode ser disseminado *online*, através de posts em redes sociais, *blogs*, comentários em *websites*, *e-mails* e

¹²⁷ GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; LUCCAS, Victor Nóbrega. **Discurso de ódio: desafios jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 28-29.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 29.

¹²⁹ COUTO, Alexandre Freitas. **O discurso de ódio e os limites à liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p.19

vídeos; e *offline*, quando é propagado em ambientes físicos, como em discursos feitos em público, em manifestações, na mídia impressa, entre outros¹³⁰.

No que diz respeito ao contexto de ocorrência, o discurso de ódio pode ser usado para fins políticos, frequentemente contra adversários ou minorias; propagado por veículos de comunicação tradicionais, como TV, rádio e jornais; promovido por indivíduos ou grupos em ambientes culturais, incluindo grupos de esportes, música e artes, dentre outros; ou manifestado em ambientes educacionais, a exemplo das escolas e universidades¹³¹.

Referente à intensidade, o discurso de ódio classifica-se como explícito, quando é declarado abertamente e sem ambiguidades; e implícito, quando o ódio é sugerido de forma sutil ou através de insinuações e estereótipos¹³².

Por fim, o discurso de ódio pode ser classificado por sua consequência. Pode haver, por exemplo, discurso que explicitamente incitam ou encorajam atos de violência; discursos que retratam grupos como menos humanos ou menos dignos de direitos humanos; e discursos que buscam justificar ou promover políticas discriminatórias¹³³.

É importante destacar que o discurso de ódio pode ter consequências graves, incluindo a marginalização de grupos vulneráveis, aumento da violência e da divisão social.

As vítimas recorrentes do discurso de ódio são frequentemente grupos minoritários ou marginalizados que, devido às suas características inerentes ou escolhas de vida, são alvos de preconceito, discriminação e hostilidade. Segundo Silva¹³⁴, alguns dos grupos mais frequentemente afetados são:

¹³⁰ GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; LUCCAS, Victor Nóbrega. **Discurso de ódio: desafios jurídicos**. *Op. cit.*, p. 32.

¹³¹ SILVA, Matheus Teixeira da. **Discursos de ódio: entre a liberdade de expressão e a dignidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 26.

¹³² COUTO, Alexandre Freitas. **O discurso de ódio e os limites à liberdade de expressão**. *Op. cit.*, p. 20.

¹³³ *Ibidem*, p. 21.

¹³⁴ SILVA, Matheus Teixeira da. **Discursos de ódio: entre a liberdade de expressão e a dignidade**. *Op. cit.*, p. 30-31.

- a) Grupos raciais e étnicos, que podem incluir pessoas negras, frequentemente alvo de racismo, estereótipos e discriminação; indígenas, que enfrentam preconceito e desrespeito para com sua cultura; e imigrantes e refugiados, que muitas vezes são vítimas de xenofobia e discriminação baseada na nacionalidade.
- b) Grupos religiosos, a exemplo dos muçulmanos, que não raro são alvos de islamofobia, especialmente após a ocorrência de eventos de terrorismo de grande repercussão; judeus, frequentemente vítimas de antissemitismo; e cristãos, estes últimos considerados em alguns contextos, especialmente onde são minoria e enfrentam perseguição e discriminação.
- c) Grupos de gênero e identidade de gênero, a exemplo das mulheres, alvo de misoginia, sexismo e discriminação de gênero; pessoas transgênero e não-binárias, que normalmente enfrentam transfobia, discriminação e outras formas de violência.
- d) Grupos de orientação sexual, normalmente referidos como LGBTQ+ e inclui lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, queer e outros que frequentemente enfrentam homofobia, bifobia e transfobia.
- e) Grupos de pessoas com deficiências diversas, a exemplo daqueles com deficiências físicas, que enfrentam capacitismo e discriminação em diversos aspectos da vida; e grupos de pessoas com deficiência mental, a exemplo dos autistas e pessoas com síndrome de down, que enfrentam estigmatização e preconceito.
- f) Grupos socioeconômicos, normalmente constituído de pobres, desfavorecidos e sem-teto, que muitas vezes são alvos de desprezo, discriminação econômica, estigmatização e desumanização.
- g) Grupos de Idade, a exemplo dos idosos, que frequentemente enfrentam o preconceito contra a idade avançada; e até mesmo dos jovens, que em determinados contextos, podem ser estigmatizados e discriminados com base em sua juventude.
- h) Grupos Políticos e Ideológicos, que incluem, por exemplo, minorias políticas, grupos políticos minoritários ou com ideias não convencionais; e ativistas, que

são pessoas engajadas em ativismo social, ambiental ou político e que, conseqüentemente, podem enfrentar hostilidade e violência.

- i) Grupos Culturais, que podem incluir praticantes de culturas minoritárias, como é o caso de grupos que seguem tradições culturais não dominantes; e
- j) Grupos de pessoas com condições de saúde específicas, a exemplo das pessoas com HIV/AIDS e pessoas com distúrbios mentais, que recorrentemente enfrentam estigma, preconceito e discriminação.

Destaque-se que o impacto do discurso de ódio sobre esses grupos pode ser profundo, resultando em danos psicológicos, exclusão social, discriminação institucional e, em casos extremos, em violência física, que pode culminar com a morte da pessoa vitimada. Por esta razão, é determinante a existência de políticas e práticas que visem a promoção da igualdade, a inclusão e a proteção desses grupos vulneráveis.

O discurso de ódio pode se manifestar de várias formas, tanto explícitas quanto implícitas. Assim, compreender essas modalidades é importante para que seja possível reconhecer e combater o discurso de ódio em todas as suas manifestações.

O discurso de ódio explícito é direto e claramente reconhecível como ofensivo, discriminatório ou incitador de violência. Exemplos incluem o uso de palavras ofensivas, xingamentos e linguagem desrespeitosa diretamente contra indivíduos ou grupos; declarações de intenção de causar dano físico ou emocional a alguém; disseminação de material que promove a superioridade de um grupo sobre outro ou incita violência, como pode ocorrer, por exemplo, com a distribuição de panfletos, vídeos ou postagens *online* que promovem a supremacia branca; por meio de pronunciamentos feitos por figuras públicas ou líderes que incitam ódio ou violência; e por mensagens de ódio escritas ou desenhadas em locais públicos, como é o caso de pichações em prédios ou monumentos com símbolos nazistas ou linguagem racista¹³⁵.

Já o discurso de ódio implícito é mais sutil e muitas vezes mascarado por uma linguagem aparentemente neutra ou aceitável, mas que ainda carrega conotações discriminatórias ou hostis. Exemplos incluem a atribuição de características negativas a todos os membros de um grupo; uso de humor para disfarçar o preconceito e a

¹³⁵ GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; LUCCAS, Victor Nóbrega. **Discurso de ódio: desafios jurídicos.** *Op. cit.*, p. 45.

discriminação contra um grupo; uso de eufemismos e linguagem codificada, ou seja, uso de termos menos explícitos para esconder a verdadeira intenção de discriminação; comentários ou ações aparentemente inofensivas, mas que carregam um tom de discriminação ou preconceito; divulgação de histórias ou narrativas com o propósito de perpetuar estereótipos ou preconceitos de forma sutil; disseminação de desinformação e boatos, que ocorre quando se espalhar informações falsas ou enganosas que visam incitar ódio ou desconfiança contra determinado grupo; e a exclusão simbólica, que consiste na omissão deliberada de grupos minoritários em contextos que deveriam ser inclusivos, a exemplo de livros escolares que não mencionam contribuições históricas de certos grupos étnicos ou culturais¹³⁶.

Ambas as formas de discurso de ódio, explícitas e implícitas, têm o potencial de causar danos significativos às vítimas e à sociedade como um todo. As consequências sociais, patrimoniais e imateriais das práticas citadas serão abordadas na próxima seção.

2.3 Consequências: danos sociais, patrimoniais e imateriais

O discurso de ódio exalta injustiças, desvaloriza o ser humano, glamouriza crimes e procura recrutas para organizações antidemocráticas. Permitir que pessoas ou organizações espalhem ideologias desta natureza, promovendo um sistema de leis discriminatórias ou o incentivo da violência direcionado a grupo corrói a democracia.

Ademais, o discurso de ódio é intimidador e enseja atitudes perigosas. Segundo Costa¹³⁷, o valor de tal expressão deve ser equilibrado com a probabilidade de causar danos. Os riscos são maiores quando a propaganda de ódio incorpora simbolismo, como suásticas, que os demagogos historicamente exibem para reunir apoiadores à ação.

O discurso de ódio tem consequências amplas e devastadoras que se manifestam de várias formas, afetando não apenas os indivíduos diretamente visados, mas também a sociedade como um todo. As consequências podem ser classificadas em danos sociais, patrimoniais e imateriais.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 47.

¹³⁷ COSTA, Alessandra Abrahão. **Liberdade de Expressão vs. Discurso de Ódio**: uma questão de (in)tolerância. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 146.

Referente aos danos sociais, tem-se que o discurso de ódio pode aumentar a divisão entre diferentes grupos sociais, levando à polarização e ao enfraquecimento da coesão social.

Também, o discurso de ódio pode incitar atos de violência, desde agressões físicas até crimes de ódio. Ademais, grupos alvos do discurso de ódio podem ser excluídos de oportunidades sociais, educacionais e profissionais¹³⁸.

Outro efeito dos danos sociais é que a disseminação de discurso de ódio pode minar a confiança nas instituições públicas, como a justiça e a polícia, especialmente se estas não responderem adequadamente¹³⁹.

Por fim, o discurso de ódio pode sufocar a liberdade de expressão e o debate democrático, já que as vozes minoritárias podem ser silenciadas em razão do temor de retaliação.

Os danos patrimoniais incluem a destruição de propriedade, já que ataques motivados por ódio podem resultar em vandalismo, incêndio e destruição de propriedades pertencentes a grupos alvos; e perda de oportunidades econômicas, pois empresas e indivíduos podem enfrentar boicotes, perda de clientes ou dificuldades para encontrar emprego devido à associação com certos grupos¹⁴⁰.

Acrescente-se que indivíduos e comunidades alvos de discurso de ódio podem ter que gastar recursos significativos em segurança e medidas legais para se proteger, podendo o discurso de ódio impactar até mesmo no turismo e na economia local, já que áreas conhecidas por altos níveis de intolerância podem ver uma redução no turismo e no investimento econômico¹⁴¹.

¹³⁸ MOURA, Marco Aurélio. **Discurso do ódio em redes sociais**. São Paulo: Lura Editorial, 2016, s.p. (e-book kindle).

¹³⁹ GABINA, Lourenço Paiva. **Discurso de ódio, jurisdição constitucional e pragmatismo**. Belo Horizonte: Dialética, 2020, s.p. (e-book kindle).

¹⁴⁰ GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; LUCCAS, Victor Nóbrega. **Discurso de ódio: desafios jurídicos**. *Op. cit.*, p. 61.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 61-62.

Por fim, citam-se os danos imateriais, que incluem o trauma psicológico e emocional, pois as vítimas de discurso de ódio frequentemente sofrem de ansiedade, depressão, estresse pós-traumático e outras condições psicológicas¹⁴².

Também, o discurso de ódio perpetua a desumanização de determinados grupos, levando à perda de dignidade e ao aumento do estigma social, podendo levar à supressão de identidades culturais e linguísticas, resultando em uma perda de diversidade cultural¹⁴³.

Por fim e não menos importante é a deterioração das relações interpessoais, pois a presença de discurso de ódio pode destruir amizades e relações familiares, especialmente em contextos onde diferentes identidades são envolvidas¹⁴⁴.

Pelo exposto constata-se que as consequências do discurso de ódio são profundas e multifacetadas, afetando negativamente tanto as vítimas diretas quanto a sociedade em geral. Combater o discurso de ódio requer um esforço conjunto de educação, políticas públicas eficazes, suporte às vítimas e promoção de uma cultura de respeito e inclusão.

Muito se discute também sobre a liberdade de expressão relacionada ao tema, pois o discurso é valioso porque fornece um terreno fértil para o surgimento de crimes diversos. A questão mais difícil é como a liberdade de expressão deve ser tratada quando entrar em conflito com a segurança de seu alvo.

Uma vez que a liberdade de expressão é fundamental para uma democracia, as instituições podem equilibrar as relações sociais, com o propósito de salvaguardar os interesses de uma cultura pluralista, evitando a instigação de ameaças sociais demagógicas¹⁴⁵.

Nesses termos, entende-se que não colocar limites em discursos – nem mesmo em expressões descaradamente destinadas a tornar a vida miserável para minorias - preserva os direitos dos criminosos às custas de grupos-alvo.

¹⁴² MOURA, Marco Aurélio. **Discurso do ódio em redes sociais**. *Op. cit.*

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ GABINA, Lourenço Paiva. **Discurso de ódio, jurisdição constitucional e pragmatismo**. *Op. cit.*

¹⁴⁵ WARBURTON, Nirgel. **Liberdade de expressão**: uma breve introdução. São Paulo: Dialética, 2020, p. 9.

Parece, pois, não restar dúvidas de que o discurso do ódio compromete a democracia, os direitos individuais, a liberdade de expressão, dentre outros. Leis que criminalizam a incitação de grupos que influenciam movimentos sociais nocivos devem ser criadas e respeitadas.

Regulamentar o discurso do ódio deve considerar, mais do que nunca, “a função do discurso público como a forma de reconciliar a vontade dos indivíduos com a vontade geral”¹⁴⁶. Hodiernamente, o discurso público é, em última análise, baseado no respeito pelos indivíduos vistos como livres e iguais¹⁴⁷.

É, pois, obrigação central da democracia proteger a pluralidade social. Esse sistema de governança serve para proteger o bem-estar geral da política contra o apelo desenfreado por conduta discriminatoriamente violenta. Alguns autores, a exemplo de Costa¹⁴⁸ e Ommati¹⁴⁹ explicitam o uso de registros históricos pelos estados para identificar o simbolismo que pode aterrorizar a população e, portanto, depreciar o bem comum.

Nesses termos, o discurso é substancialmente provável de causar dano discriminatório, devendo ser regulamentado sem infringir os princípios fundamentais da democracia. Assim, deve-se permitir um debate aberto, abrangendo pontos de vista populares, controversos e, às vezes, impopulares.

Considera-se que por si só, a fala é um meio que pode facilmente promover o fascismo, como se viu outrora, e com a democracia, justificar o genocídio. Mensagens de ódio podem influenciar as atitudes com paradigmas e ações raciais depreciativas e pejorativas. Elas podem estabelecer laços entre os supremacistas, bem como desenvolver recrutamentos.

Estes discursos são componentes essenciais ao recrutamento de grupos de ódio, com fundamento em preconceito e medo para atrair seguidores. Como tal, não estão

¹⁴⁶ COSTA, Alessandra Abrahão. **Liberdade de Expressão vs. Discurso de Ódio**: uma questão de (in)tolerância. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁷ RAWLS, John. **Justice as Fairness**: Political Not Metaphysical. Belknap Press, 1985, p. 923-930.

¹⁴⁸ COSTA, Alessandra Abrahão. **Liberdade de Expressão vs. Discurso de Ódio**: uma questão de (in)tolerância. *Op. cit.*, p. 146.

¹⁴⁹ OMMATI, José Emília Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. 5 ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, p. 173-174.

relacionados com o debate aberto protegido pela Constituição democrática. Têm como objetivos ameaçar e minar a inclusão democrática ao influenciar o comportamento e por esta razão é possível a responsabilização dos propagadores de ódio na esfera civil e penal.

A responsabilidade civil dos propagadores de ódio envolve a obrigação de reparar danos causados por discursos ou ações que incitem discriminação, violência ou o preconceito, seja contra indivíduos ou contra grupos específicos. No contexto jurídico, essa responsabilidade pode ser analisada sob diversas perspectivas, tais como a indenização por danos morais, materiais e danos à imagem.

No que concerne aos fundamentos jurídicos, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura direitos fundamentais, a exemplo da dignidade da pessoa humana e a proibição de discriminação. Discursos de ódio podem violar esses princípios, resultando em responsabilização civil.

Ademais, o Código Civil Brasileiro prevê a responsabilidade civil objetiva e subjetiva. A responsabilidade subjetiva requer a comprovação de culpa, ao passo que a objetiva independe de culpa e se fundamenta na teoria do risco.

Também a Lei nº 7.716/1989, define os crimes de preconceito de raça ou cor, estabelecendo sanções para aqueles que incitam ou praticam discriminação ou preconceito.

Por derradeiro, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) regula o uso da internet no Brasil, incluindo a responsabilidade dos provedores de serviço por conteúdos de terceiros.

Sabe-se que discursos de ódio podem causar danos morais, afetando a honra, a imagem e a dignidade das vítimas. Por esta razão, os tribunais pátrios têm reconhecido o direito à indenização por danos morais em casos de discurso de ódio.

Em caso de o discurso de ódio resultar em prejuízos financeiros para a vítima, como a perda de emprego ou oportunidades de negócios, pode haver a obrigação de reparação dos danos materiais¹⁵⁰.

¹⁵⁰ LOTTENBERG, F.; VAINZOF, R. Dificuldades Técnicas e Jurídicas para Coibir o Discurso de Ódio na Internet. In: **Discurso de Ódio**: desafios jurídicos. São Paulo, SP: Almedina, 2020. p. 265-301.

No que diz respeito aos danos à imagem, a propagação de ódio pode manchar a reputação de indivíduos ou grupos, gerando o direito à reparação por danos à imagem¹⁵¹.

Referente à responsabilidade dos Provedores, tem-se que os provedores de serviço de internet podem ser responsabilizados se, após notificação, não removerem conteúdos de ódio hospedados em suas plataformas. O MCI prevê que a responsabilidade dos provedores depende da ciência e inércia diante de ordens judiciais.

A jurisprudência brasileira tem evoluído para reconhecer e penalizar a propagação de discurso de ódio, especialmente com o aumento do uso das redes sociais e da internet como meios de disseminação.

A publicação de uma retratação por parte de um propagador de ódio é uma medida importante tanto para a reparação dos danos causados quanto para a prevenção de futuros comportamentos semelhantes. No contexto jurídico brasileiro, a retratação pode ser determinada judicialmente e pode servir como um meio de atenuar as consequências negativas do discurso de ódio.

O Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002) prevê a possibilidade de reparação de danos não apenas por meio de indenização monetária, mas também por medidas que visem restaurar a honra e a dignidade das vítimas. A retratação pública pode ser uma dessas medidas.

A Lei do Direito de Resposta permite que qualquer pessoa, física ou jurídica, que se sinta ofendida por matéria divulgada, publicada ou transmitida, solicite direito de resposta ou retificação. Essa lei é frequentemente aplicada em casos de calúnia, difamação e injúria, podendo ser estendida a casos de discurso de ódio.

Os tribunais brasileiros têm reconhecido a publicação de retratação como uma medida eficaz para mitigar os danos causados por discursos de ódio. A jurisprudência demonstra que juízes têm, em várias ocasiões, ordenado a publicação de retratações em mídias equivalentes às utilizadas para disseminar o discurso ofensivo.

¹⁵¹ *Ibidem.*

A retratação geralmente é determinada por uma sentença judicial. O magistrado pode ordenar que a retratação seja publicada nos mesmos meios e com a mesma visibilidade que a mensagem original de disseminação de ódio¹⁵².

Referente ao conteúdo, a retratação deve ser clara, direta e inequivocamente reconhecer o erro cometido, além de pedir desculpas à(s) vítima(s). Dependendo do caso, o texto da retratação pode ser determinado pelo juiz ou acordado entre as partes envolvidas¹⁵³.

Os prazos para a publicação da retratação são geralmente determinados pelo juiz e caso descumpridos, os prazos podem resultar em sanções adicionais, incluindo a aplicação de multas¹⁵⁴.

Destaque-se que a retratação pública pode ajudar a reparar a imagem e a honra da vítima. Ademais, a imposição de retratações públicas pode servir como um dissuasor para futuros comportamentos, promovendo uma cultura de responsabilidade e respeito nos discursos públicos e nas redes sociais.

Embora a retratação não apague o dano causado, pode reduzir o impacto negativo ao esclarecer os fatos e pedir desculpas às vítimas, contribuindo para a reconciliação e a justiça.

2.4 Aspectos penais

Existem atualmente várias manifestações de intolerância, como racismo, xenofobia, homofobia e sexismo, que podem ser materializadas de diferentes formas na vida cotidiana.

A intolerância praticada pode ser observada nas mais diversas searas. Ainda, nacionalmente, tanto na esfera cível quanto penal, já se reconheceu a relevância jurídica da intolerância, mesmo quando manifestada por meio digital. A primeira trata de decisão

¹⁵² SALVADOR, João Pedro Favaretto. **Discurso de ódio e redes sociais**. São Paulo: Almedina, 2023. (*Kindle*).

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em setembro de 2016, quando determinou a remoção de vídeo do website “YouTube”, por violar a liberdade religiosa¹⁵⁵.

De fato, o Tribunal de Justiça de São Paulo é incorrigível ao entender: “liberdade de expressão que não pode ser exercida de forma irrestrita, prejudicando direito de terceiros”¹⁵⁶.

Se o indivíduo pretender utilizar sua liberdade de expressão para ser intolerante – no exemplo, violar liberdade religiosa – merece ser limitada, pois não possui caráter irrestrito. No caso, a limitação resultou em condenação do responsável pelo discurso odioso na esfera cível, reconhecendo-se a relevância jurídica de sua conduta em âmbito específico.

A segunda trata de decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), da qual resulta condenação penal de pastor que se revelou intolerante com outras religiões, conforme descreve o Ministro Celso de Melo:

A condenação penal a ele imposta foi motivada, entre as diversas condutas nas quais incidiu, pela incitação ao ódio religioso, pela pregação do fim das Igrejas da Assembleia de Deus, pela promoção da intolerância religiosa contra judeus, pela prática da iconoclastia, pela propagação de mentiras contra outras denominações confessionais, sob cuja égide os respectivos fiéis seriam estuprados e violentados, e pela desqualificação da religião muçulmana, a que atribuiu, em clara manifestação islamofóbica, a condição de “religião assassina”¹⁵⁷.

Em ambos os exemplos foram proferidas decisões jurisdicionais reconhecendo a relevância jurídica da intolerância, de modo a sancioná-la. No primeiro caso, foi apresentado um exemplo no âmbito do direito civil, enquanto, no segundo, na esfera

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento n.2135751- 66.2016.8.26.0000**. Relatora: Christine Santini. Julgado em: 02-09-16. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 10 julho 2024.

¹⁵⁶ Na mesma decisão, ainda entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo pela: “Antecipação de tutela. Determinação de remoção de vídeo do YouTube, sob pena de incidência de multa diária de R\$ 1.000,00. Vídeo que contém informações que, em tese, caracterizam violação à liberdade religiosa”.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303**. Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Melo. Julgado em: 06-03-2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 julho 2024.

penal. Sabidamente, para que um ato possua relevância penal, contudo, os requisitos são diversos, conforme se aborda a seguir.

Primeiramente, conforme apontado acima e reconhecido que a intolerância gera efeitos na prática, há de se avaliar se tais efeitos, ou quais deles, possuem eventualmente relevância para o direito penal.

A intolerância como um modo de pensar e enraizada pelo preconceito, pelo não reconhecimento do outro, é algo natural do ser humano. Segundo Norberto Bobbio, “quem não tem preconceitos, que atire a primeira pedra”¹⁵⁸.

A relevância da intolerância para o direito penal tem início quando é concretizada no mundo fático não só com violência física, mas também com violência verbal, como ocorre com o discurso de ódio.

Conforme esclarecem Felipe e Philipi¹⁵⁹, existe uma relação de coexistencialidade entre violência e intolerância, na medida em que a violência é definida como um ato que elimina do sujeito que sofre qualquer possibilidade de usar sua força para garantir-se íntegro.

A violência suprime um dos atores como sujeito. Portanto, conclui-se que se um ato de violência se caracteriza pela suspensão, ou tentativa de suspensão, dos contornos da identidade da pessoa agredida ao ser imobilizada ou impedida de qualquer ação, é possível dizer que é um ato equivalente a um ato de intolerância. Nessa lógica, a agressão violenta anula o sujeito, que, sofrendo a violência, se vê impedido de manter sua própria construção, pois a intolerância causa esse efeito, torna a vítima privada da expressão de desejos e diferenças, atacada na sua integridade física, moral e afetiva¹⁶⁰.

Segundo Norberto Bobbio¹⁶¹, quando existe a discriminação, uma conduta proveniente da intolerância, existe um comportamento em relação ao outro no qual se afirma: “eles não são iguais a nós”, portanto, merecem um tratamento totalmente

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Unesp, 2000, p.122

¹⁵⁹ FELIPE, Sônia T; PHILIPPI, Jeanine N. **Corpo violentado**: estupro e atentado violento ao pudor. João Pessoa: UFSC, 1998, p.7

¹⁶⁰ FELIPE, Sônia T; PHILIPPI, Jeanine N. **Corpo violentado**: estupro e atentado violento ao pudor. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Unesp, 2000, p.126

diferenciado. Explica, ainda, que existem vários graus de tratamento discriminatório, uns menos graves do que outros; pode-se dar início apenas à atitude de evitar a alguns, depois inicia-se um racismo institucional de não reconhecer ao outro, negando os direitos de liberdade, propriedade e direitos sociais, chegando a outros níveis de forma gradual e contínua, resultando na última etapa, que seria a de um extermínio planejado e em massa.

Uma derradeira advertência deve ser tecida diante da atual situação política, com o ressurgimento dos partidos de extrema direita no mundo¹⁶², inclusive no Brasil. É necessário atentar para seus discursos intolerantes que não podem ser subestimados; daí a consciência de que o direito penal deve ter a função basilar de participação e efetivação da manutenção da paz e contenção da violência na sociedade¹⁶³.

Neste momento, cumpre avaliar se as atuais manifestações de intolerância possuem ou não relevância no âmbito do direito penal.

Para tanto, importante ressaltar a relevância do combate à violência, aos crimes que possam ferir a integridade física de seres humanos ou a paz pública. Há diversos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais específicos em questão, os quais exigem uma ação por parte do direito penal, por comporem o seu “núcleo duro”.

Violações graves de direitos humanos e genocídios ocorreram baseados na divisão de conceitos do indivíduo contra o outro, consequentemente, na diversidade tida como elemento motivador da aniquilação de grupos específicos, ou da privação de direitos destes grupos.

Na sociedade contemporânea, o grande desafio é abandonar o fundamentalismo e basear-se na tolerância, diante do fato de que, num mundo globalizado, todos estão regularmente em contato com o que os demais pensam e vivenciam. Nesse contexto, a

¹⁶² SHEEHY, Audrey. The rise of the far right. **Harvard Political Review**, 11 fev.2017. Disponível em: <http://harvardpolitics.com/world/rise-of-far-right/>. Acesso em: 10 julho 2024.

¹⁶³ De acordo com o estudo do Fórum Brasileiro de Segurança Pública realizado em 2017, chegou-se à conclusão de que os brasileiros têm alta propensão a apoiar teses autoritárias, sendo a tendência reforçada pelo quadro ameaçador da segurança pública do país. (FÓRUM brasileiro de segurança pública. **Medo da violência e o apoio ao autoritarismo no Brasil**: índice de propensão ao apoio a posições autoritárias. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017, p.14. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br>. Acesso em: 10 Julho 2024).

democracia e a tolerância adquirem contornos especialmente relevantes a fim de possibilitar a existência da própria diversidade.

Importante notar que o papel da legislação infraconstitucional nesse aspecto é precisamente delimitar os limites dessa intolerância e determinar quando o indivíduo intolerante se torna intolerável aos olhos do direito penal. Do contrário, a propagação de sua intolerância será relevante e prejudicial, não apenas para o indivíduo ou grupo alvo, mas também para o coletivo – porém, não o suficiente para atrair a incidência da norma penal.

A intolerância é relevante para o direito penal na medida em que gera discriminação, afronta valores sociais essenciais para a dignidade humana e incrementa comportamentos violentos de natureza variada, a exemplo do discurso de ódio.

Na análise de Miklos Haraszti¹⁶⁴, a tendência mundial é a de que exista cada vez mais restrição ao discurso de ódio. Muitos estudiosos do tema, opositores ao discurso de ódio, enfatizam que deve haver um mínimo de regulamentação, pois não existe justificativa para o Estado permanecer neutro diante dessas manifestações. Sua obrigação é atingir a manutenção de um mínimo de respeito mútuo e assegurar o mínimo de civilidade no âmbito público.

A relevância do discurso de ódio para o direito penal deve ser compreendida na sua própria função e definição, pois, conforme ensina Juarez Cirino dos Santos¹⁶⁵, o objetivo real do direito penal está no significado político desse setor do ordenamento jurídico. Nessa sequência, o direito penal funciona como uma estratégia de controle social e no reconhecimento de valores humanos essenciais individuais e coletivos.

O discurso de ódio torna-se relevante na medida em que atinge valores como dignidade, igualdade, honra, e paz, notadamente em ambientes virtuais, nos quais a disseminação dos discursos ocorre em maior dimensão e com maior celeridade.

A premissa fundamental da retórica do discurso de ódio é, em essência, negar a dignidade humana, entendida esta como um valor irrenunciável e comum a todos os

¹⁶⁴ HARASZTI, Miklos. Foreword: hate speech and the coming dath of the international standard before it was born (complaints of a watchdog). In: HERZ Michael; MOLNAR, Peter. **The content and context of hate speech**: Rethinking regulation and responses. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 26.

¹⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016, p.6.

seres humanos, um valor que irradia em todos os outros valores elencados no direito penal em sociedades cumpridoras dos direitos humanos¹⁶⁶.

A mensagem do emissor do discurso de ódio é considerada moralmente superior à da sua vítima; ele se posiciona com “suposta superioridade”, sente-se legitimado para discriminar; sob essa lógica, reforça sua superioridade e “anula” a dignidade da vítima; esse “ódio” não é contra uma pessoa concreta, mas contra membros de um coletivo a quem ele “coisifica”, “ridiculariza” e despreza sempre exagerando seus traços “supostamente” negativos. A resposta jurídica dada a esse fenômeno será ponderada conforme sua repercussão jurídica; o castigo será ponderado com base no risco e considerando os meios que devem ser utilizados pelo Estado para tal finalidade¹⁶⁷.

Portanto, as minorias e os grupos vulneráveis são atingidos com esse discurso, pois são “pessoas de carne e osso”. A proteção dessas minorias estaria vinculada a um direito penal antidiscriminatório. Conforme ensina Luigi Ferrajoli¹⁶⁸, o objetivo do direito penal é exatamente proteger os fracos contra os mais fortes; além disso, alega que, muitas vezes, o Estado atua como violador dos direitos humanos, por mais paradoxal que possa parecer. Nesse caso, o Estado deveria abster-se dessa violação, mas sua obrigação é proteger sujeitos ofendidos.

Apesar de muitos penalistas, tanto no Brasil quanto no exterior, serem contrários à utilização do direito penal no tratamento do discurso de ódio, adotou-se nesta pesquisa o posicionamento de Soraia da Rosa Mendes¹⁶⁹, ao afirmar que os grupos marginalizados e vulneráveis como negros, mulheres e LGBTQ, dentre outros, não podem simplesmente abandonar o direito penal como instrumento de defesa contra a violação de seus direitos – como querem alguns. Portanto, essa violência sofrida calada por estes grupos não pode ser um problema debatido fora do âmbito penal, porque tal

¹⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2015, p.40.

¹⁶⁷ MARTÍNEZ, Francisco Valiente. **Límites constitucionales al discurso del odio**. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontificia Universidad Comillas. Madrí, 2017, p.581-582.

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p.310.

¹⁶⁹ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.176.

postura apenas acarretaria em mais relações de poder desiguais entre os grupos hemogênicos e não hemogênicos.

Ademais, o discurso “racial” é uma categoria especial, enraizada, historicamente intolerável e perigosa, além de vincular-se à perpetuação da violência e da degradação das classes de seres humanos menos aptas para responder a essa violência verbal¹⁷⁰.

Quanto ao perigo, alguns especialistas norte-americanos estão renomeando o discurso de ódio como “discurso perigoso” (*dangerous speech*), pois um dos elementos indicadores da sua potencialidade seria um emitente poderoso, com influência na audiência na qual os sentimentos se potencializam; frustração e medos são cultivados contra o inimigo, um contexto social ou histórico propício para um episódio violento e, por último, um meio de disseminação eficaz¹⁷¹.

Por fim, para Jesse Daniels¹⁷², pesquisadora especialista em comunidades de ideologia de direita do movimento de “supremacia branca” (*White supremacy* no inglês), a facilidade de acesso a sites como *stormfront* influenciou Dylann Roof a cometer o massacre na igreja em Charleston, no qual foram assassinadas nove pessoas, todas afrodescendentes, em junho de 2015. Depois de uma conversa com amigos sobre crime “preto no branco”, Roof digitou a frase no buscador do Google.

Na atualidade, a maioria das democracias ocidentais proíbe o discurso de ódio com base numa pauta de direito penal antidiscriminatório, cumprindo padrões de direito internacional e humanos. Portanto, a relevância para o direito penal é fundamental, pois necessária a construção de um Estado cumpridor dos direitos humanos.

Outro exemplo de necessária aplicabilidade do direito penal ao discurso de ódio é a criminalização da negação do holocausto.

A legitimidade da intervenção penal contra o negacionismo do Holocausto é, na atualidade, um tema dos mais controversos no campo da liberdade de expressão; envolve sérias questões de dois direitos conflitantes: a liberdade de expressão e o direito

¹⁷⁰ JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. **Hate crimes: Criminal law & identity politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1998, p.118.

¹⁷¹ ITKOWITZ, Colby. **This professor devotes her life to countering dangerous speech**. She can't ignore Donald Trump's. The Washington Post, 2016. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/>. Acesso em: 9 julho 2024.

¹⁷² Apud BLUM, Steven. **How to fight the resurgence of neo-nazism in the age of the internet**. Broadly, 2017. Disponível em: <https://broadly.vice.com>. Acesso em: 9 julho 2024.

à não discriminação. Portanto, deve existir uma fundamentação do delito negacionista sob as perspectivas moral, política e jurídica.

Dentre elas, a mais importante e legitimadora para justificar a criminalização da conduta negacionista é a jurídica.

A proibição da negação do Holocausto é, na atualidade, um dos limites da liberdade de expressão mais discutidos. Existe uma forte oposição e sensibilidade como tudo o que é percebido como um atentado a esse direito fundamental¹⁷³.

O direito deve ser encarado como fruto de um processo histórico, e, portanto, não se caracteriza como uma ordem estagnada. Com a significação do Holocausto no período pós-guerra, a intolerância passou a não ser admitida no direito, daí o surgimento do movimento de leis antinegacionistas, criado pelos legisladores com base no anseio da sociedade, tomando como ponto de partida os fatos ocorridos na história e sua preservação.

Pode-se dizer que a leitura e o entendimento dos acontecimentos ocorridos durante o Holocausto, sobretudo das condutas humanas, representam uma mudança de compreensão de mundo, uma obrigação de uma maior “conscientização do homem moderno” para com seu semelhante.

As propostas legislativas para consideração do delito de negacionismo pertencem à categoria do delito de discriminação ou delitos antidiscriminatórios.

Para Marí Elósegi Itxaso¹⁷⁴, a intervenção penal para proteger a igualdade está amplamente justificada em decorrência do aumento de movimentos racistas e xenófobos; em razão disso, muitos países assinaram compromissos num processo paulatino de conscientização.

¹⁷³ HOCHMANN, Thomas. **Le negationnisme face aux limite de la liberte d’expression**. Etude de droit compare. Paris: Pedone, 2012, p.23.

¹⁷⁴ ITXASO, María Elósegi. La negación o justificación del genocidio como delito em el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación n.15 de la Ecri. **Revista de Derecho Político**, n.98, jan.-abr., 2007. Disponível em: <http://revistas.uned.es>. Acesso em: 6 julho 2024; No mesmo sentido de María, alega Javier Tejada Tajadura para a defesa da criminalização da negação do Holocausto quando alerta que o ressurgimento dos movimentos xenófobos defende postulados do nacional-socialismo, portanto, necessário um combate a esse fenômeno pela via legislativa (TEJADA, Javier Tajadura. Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007. **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 80, 2008. Disponível em: <https://www.euskadi.net/>. Acesso em: 6 julho 2024).

Segundo Itxaso¹⁷⁵, é legítimo penalizar a negação ou a justificação do Holocausto; tal conduta deve ser incorporada e prevista nos delitos de discriminação racial contra as pessoas na contemporaneidade e não apenas no contexto da manutenção da memória. A autora defende ainda a limitação do delito de negação apenas em relação ao Holocausto.

Na vida prática, o discurso negacionista provoca uma série de efeitos negativos. Dentre eles, o desempoderamento do grupo afetado que pode resultar no desenvolvimento de sentimentos de isolamento e baixa autoestima, problemas psicológicos que podem ser irreparáveis, mesmo por meio de tratamentos terapêuticos¹⁷⁶.

Importante mencionar que os efeitos do discurso negacionista, como qualquer discurso de ódio, não devem ser travados apenas na academia. O pior e mais relevante são as consequências práticas no dia a dia das pessoas alvo dessas mensagens. Essas minorias se sentem inibidas, intimidadas no seu ir e vir; muitas vezes largam o emprego, deixam de ir à escola, evitam ir a certos lugares, ficam e se sentem desprovidas de poder dar uma resposta, mesmo em tempos de redes sociais, já que quando o ódio se dissemina, suas vozes não mais são ouvidas¹⁷⁷.

Nessa linha de raciocínio, o discurso negacionista é um mecanismo ou um meio para cultivar e fomentar um clima psíquico entre a população de hostilidade ou ódio contra o coletivo judeu/judaico. Cada vez que se nega a existência das câmaras de gás nos campos de concentração nazistas ou se alega que os judeus querem ser sempre vítimas da história, existe uma contribuição efetiva a alimentar um desprezo em prejuízo deste

¹⁷⁵ TEJADA, Javier Tajadura. Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007. *Op. cit.*

¹⁷⁶ MCKEOWN, Tessa. **Hate speech and holocaust denial**: the prohibition of false historical discourse in modern society. LLM Research Paper. Laws 520: Censorship and the freedom of expression. Faculty of Law. Victoria University of Wellington, 2014. Disponível em: <http://researcharchive.vuw.ac.nz/>. Acesso em: 6 julho 2024.

¹⁷⁷ LAWRENCE III, Charles R. If he hollers let him go: regulating racist speech on campus. In: CRENSHAW, Kimberlè Williams; DELGADO, Richard; LAWRENCE III, Charles R.; MATSUDA, Mari J. **Words that wound – critical race theory, assaultive speech, and the first amendment**. Boulder: Westview Press, 1993, p.24.

grupo que, com o tempo, pode chegar à materialização de ações violentas ou discriminatórias¹⁷⁸.

O discurso de ódio, apesar de se traduzir apenas em palavras, portanto, no campo abstrato, não deixa de trazer consequências concretas no dia a dia às vítimas que compõem os grupos de minorias¹⁷⁹.

De um modo geral, esse discurso pode causar danos profundos aos indivíduos pertencentes a esses grupos, atingindo sua dignidade e suas oportunidades, chegando a impedir e impossibilitar a convivência entre grupos de pessoas. Além de a reputação individualmente, atinge o grupo minoritário como um todo e afeta a comunidade.

A igualdade é um bem jurídico tão digno de proteção como a liberdade, a honra, e deve ser protegido especialmente em relação às pessoas que, por razões históricas e culturais, estão sendo objeto de tratamento desfavorável¹⁸⁰.

Andreas Stegbauer¹⁸¹ é favorável à criminalização da negação do Holocausto e ressalta que um dos bens jurídicos é a honra do *post mortem* dos sobreviventes das vítimas, dos seus filhos e de pessoas que sofreram atrocidades por ações estatais. Na opinião do autor, negar as atrocidades cometidas no regime do Nacional-Socialismo seria negar o reconhecimento moral e social do sofrimento de um povo, tirando-lhe a importância de ter sido vítima de uma violação de dignidade humana por uma ação estatal. Portanto, alegar que não ocorreram os danos sofridos durante o regime nazista provocado pelo arbítrio estatal seria uma provocação intolerável.

O discurso negacionista é uma representação que descredita o povo judeu, dando a entender que são mentirosos e manipuladores. Esse pensamento deve ser entendido como afirmações que carregam estereótipos de todos os gêneros, dentre eles,

¹⁷⁸ FERNÁNDEZ, Alejandro Turienzo. **El delito de negación del holocausto**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universitat Pompeu Fabra, 2014. Disponível em: http://www.indret.com/pdf/1117_es.pdf. Acesso em: 6 julho 2024.

¹⁷⁹ LAWRENCE III, Charles R. If he hollers let him go: regulating racist speech on campus. In: CRENSHAW, Kimberlè Williams; DELGADO, Richard; LAWRENCE III, Charles R.; MATSUDA, Mari J. **Words that wound – critical race theory, assaultive speech, and the first amendment**. Boulder: Westview Press, 1993, p.24.

¹⁸⁰ ÁLAMO, Mercedes Alonso. **Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos**. Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014, p.246.

¹⁸¹ STEGBAUER, Andreas. **Rechtsextremistische Propaganda im Lichte des Strafrechts**. Munique: WF, 2000, p.4.

“muçulmanos são terroristas, quilombos são animais que não servem nem para procriar, nordestino não é gente, e homossexuais são doentes e pedófilos”¹⁸².

Em posição contrária à legitimidade dos bens jurídicos penais apontados no delito do negacionismo conforme sustentado aqui, alguns penalistas argumentam que o bem jurídico protegido no delito negacionista seria a história ou uma verdade oficial; além disso, eles não poderiam ser impostos pela via legislativa, além de infringir pesquisa histórica e a liberdade de expressão. Por exemplo, Emanuela Fronza, apesar de considerar o negacionismo como racismo, e mais especificamente antissemitismo, afirma que os juízes no caso do delito de negação estariam fazendo história, função que não lhes é devida¹⁸³.

Contrário a esse entendimento, tem-se o posicionamento de Stegbauer. Segundo ele, existe um erro em alegar que o bem jurídico seja a verdade histórica. A verdade histórica no caso do Holocausto é utilizada apenas como meio indireto para o ato discriminatório¹⁸⁴. No mesmo sentido, Thomas Hochmann tece considerações sobre a lei francesa criminalizadora da negação do Holocausto:

É evidente que a introdução da lei de proibição do negacionismo, Lei Gayssot, não consiste no estabelecimento de uma verdade: art. 24 bis da lei de 29 de julho de 1881 não diz nada sobre a verdade do Shoah, mas sim a submete a uma sanção pela manifestação verbal da expressão pública que contém certa significação¹⁸⁵.

Para o jurista belga, não é evidentemente a lei Gayssot que declarou a intangibilidade de crimes contra a humanidade julgados pelo Tribunal de Nuremberg. Essa norma não fez do julgamento desse tribunal uma “verdade”. O melhor argumento é

¹⁸² SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. 2006. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/>. Acesso em: 7 julho 2024.

¹⁸³ FRONZA, Emanuela. The criminal protection of memory. Some observations about the offense of Holocaust denial. In: HENNEBEL, Ludovic; HOCHMANN, Thomas (Eds.). **Genocide denials and the law**. New York: Oxford University Press, 2011, p.175.

¹⁸⁴ STEGBAUER, Andreas. **Rechtsextremistische Propaganda in Lichte des Strafrechts**. Munique: WF, 2000, p.175.

¹⁸⁵ HOCHMANN, Thomas. **Le negationnisme face aux limite de la liberte d’expression**: Etude de droit compare. Paris: Pedone, 2012, p.187.

trazido por Yan Thomas, citado por Hochmann¹⁸⁶, que, em resposta aos críticos da lei, alega que a lei não tem por objeto o fato em si, mas o ato verbal da sua negação. Ela não restabelece uma verdade, mas incrimina um ato da palavra. Não pode haver confusão entre a questão do fato (a existência de câmeras de gás) com a questão de direito (negação, não ligada diretamente no plano da verdade, mas por intermédio do ato da palavra dirigida contra as pessoas). O autor se preocupa com o fato de que através dessa brecha ocorra uma confusão de papéis¹⁸⁷.

No mesmo sentido, Javier Tajadura Tejada¹⁸⁸ discorda do posicionamento do bem jurídico ser a verdade. Segundo ele, não é missão do direito penal ser o guardião da história ou da verdade, pois a liberdade de expressão ampara a falsidade e a mentira, as afirmações falsas, por exemplo, que não têm cunho discriminatório pois não atentam contra a reputação dos outros.

Ademais, apesar de as leis criminalizantes da conduta negacionista parecerem que estão defendendo ou protegendo como bem jurídico a história – ou, ainda mais como um mito sacralizado, o Holocausto, uma defesa da história, ou ainda uma verdade oficial – essa afirmativa não procede. Conforme explica Martin Imbleau¹⁸⁹, o fato é que houve um julgamento em Nuremberg no qual fatos concretos (não abstratos) foram registrados e estabelecidos, portanto, essas leis não impõem a verdade.

A defesa da história para debates e liberdade de expressão também não encontra um argumento de defesa eficaz, pois, como já foi elaborado neste trabalho, os negacionistas não são historiadores sérios e confiáveis, questão já decidida pela Corte Europeia de direitos humanos, especialmente no caso Roger Garaudy, que será

¹⁸⁶ HOCHMANN, Thomas. **Le negationnisme face aux limite de la liberte d'expression**: Etude de droit compare. *Op. cit.*, p. 187.

¹⁸⁷ De acordo com Nicolay Koposov, é muito importante fazer a distinção das leis que, na Europa, alguns juristas chamam de leis de memória entre as leis criminalizadoras da conduta negacionista (que têm por objetivo o combate ao racismo) e as leis dos Estados totalitários ditatoriais da Europa do Leste (na qual criminalizam condutas totalmente opostas aos regimes políticos). O autor traz como exemplo a lei russa que criminaliza o ato de discursar sobre a disputa contra a Ucrânia (KOPOSOV, Nikolay. **Memory laws, memory wars**: The politics of the past in the Europe and Russia. Cambridge University Press, 2018).

¹⁸⁸ TEJADA, Javier Tajadura. Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007. **Revista Vasca de Administración Pública**, n.80, 2008. Disponível em: <https://www.euskadi.net/>. Acesso em: 10 julho 2024.

¹⁸⁹ IMBLEAU, Martin. Denial of the Holocaust, genocide, and crimes against humanity. A comparative overview of ad hoc statutes. In: HENNEBEL, Ludovic; HOCHMANN, Thomas. **Genocide denials and the law**. New York: Oxford University Press, 2011, p.252-253.

analisado em breve ¹⁹⁰. Os negacionistas não buscam a verdade, mas o reestabelecimento do Nacional-Socialismo.

Ainda, para finalizar, existe na doutrina apontamentos de outros bens jurídicos apresentados como protegidos pela norma como bens das vítimas em potencial: a vida, a integridade física e a propriedade¹⁹¹.

Os três bens jurídicos apontados como afetados pelo discurso negacionista (igualdade, paz e honra) são todos bens protegidos pela lei, pela Constituição e pelos Tratados Internacionais.

O mais relevante, para fins deste tópico, é concluir pela multiplicidade dos bens jurídicos afetados pelas condutas negacionistas perpetradas: restam violadas ou ameaçadas a igualdade, a dignidade como valor supremo, a honra e a paz pública, de modo que não são apenas bens jurídicos individuais, mas também bens jurídicos coletivos que se encontram em questão.

De fato, não é incomum encontrar tipos penais em nosso ordenamento com multiplicidade de bens jurídicos; Cezar Roberto Bitencourt¹⁹² defende que, por exemplo, no caso específico do crime de assédio sexual, tipificado e introduzido pela Lei n.10.224/2001, não haveria apenas um, mas três bens jurídicos protegidos. Há, ainda, outros exemplos em nosso ordenamento, como é o caso do crime de lavagem de dinheiro ou valores, o qual afeta um bem jurídico individual e outro supraindividual.

Valendo-se do aprendizado trazido por Vicente Greco Filho¹⁹³, que chama os crimes pluridimensionais de “pluriofensivos” (atingem mais de um bem jurídico), deve-se,

¹⁹⁰ IMBLEAU, Martin. **Denial of the Holocaust, genocide, and crimes against humanity: a comparative overview of ad hoc statutes**. Op. cit., p. 252-253.

¹⁹¹ WANDRES, Thomas. **Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens**. Berlim: Duncker & Humblot GmbH, 2000, p.211.

¹⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte especial 4: Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.74. O autor aponta que, no caso específico do crime de assédio sexual tratado, os bens jurídicos em questão seriam: 1) a liberdade sexual do homem e da mulher; 2) a honra e a dignidade sexual; e, por fim 3) a dignidade das relações trabalhistas- funcionais.

¹⁹³ GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Direito penal especial e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. “A explicação comparativa pelo jurista [Vicente Greco] é feita com analogia do crime de lavagem de dinheiro ou valores, que afeta dois bens jurídicos: o individual, pois atinge diretamente o patrimônio de determinada vítima; e o supraindividual, que indiretamente prejudica a estabilidade da ordem econômica. Ainda no caso de crime de lavagem de dinheiro, a sua existência está

neste caso, optar pelo bem jurídico mais importante ou predominante, hipótese em que, sem dúvida, como indica o autor, haverá influência da ideologia e da política criminal para sua determinação.

No caso específico do negacionismo do Holocausto, no qual acredita-se atingir os bens jurídicos igualdade, dignidade, honra e paz pública, relevante avaliar qual dentre eles seria o mais importante ou determinante, nos termos de Vicente Greco¹⁹⁴.

Assim, considerando o exposto, relevante apontar a igualdade como bem jurídico predominante, tanto em sua acepção individual, quanto coletiva, sendo compreendida como um bem jurídico transindividual. Nesse sentido, sua predominância ou importância em relação aos demais bens jurídicos igualmente atingidos, violados ou ameaçados pela conduta discriminatória negacionista.

Porém, no Brasil, na parte geral do Código Penal brasileiro não há previsão de proteção específica para minorias, como por exemplo nos Estados Unidos e na Espanha, países que adotaram um modelo de direito penal antidiscriminatório, conhecido como hate crimes, traduzido para o português como crimes de ódio. Esses crimes podem ser entendidos a partir da análise da conduta do agente que, ao escolher a vítima, não o faz por acaso ou aleatoriamente, mas por causa de suas características específicas de pertencimento a determinado grupo em decorrência de raça, religião ou etnia, dentre outros fatores¹⁹⁵.

No ordenamento pátrio, existe uma previsão excepcional de crimes de ódio com causa de aumento de pena prevista em apenas dois crimes: o crime de redução análoga à condição de escravo, se cometido por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem (artigo 149, §2º, II, do Código Penal); e a qualificadora do feminicídio (artigo 121, §2º, VI, do Código Penal).

De acordo com o Departamento de Relações Comunitárias Norte-Americano, esses crimes podem ser definidos como a violência da intolerância e do preconceito, com

condicionada ao crime antecedente; ele não tem existência própria, pois depende da existência deste. Portanto, ele existe apenas para complementar a proteção de um bem jurídico anterior”.

¹⁹⁴ GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Direito penal especial e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

¹⁹⁵ GERSTENFELD, Phyllis B. Hate crimes: causes, controls, and controversies. 2.ed. Califórnia (EUA): Sage, 2011, p.11.

a intenção de lesionar e intimidar alguém apenas em razão de raça, etnia, origem nacional, orientação sexual, religião ou até deficiência¹⁹⁶.

Os agentes intolerantes usam de artifícios como incêndios criminosos, armas, vandalismo, violência física e verbal como instrumentos para atacar as minorias. O que se caracteriza nesses crimes é que existem, na verdade, duas vítimas: indivíduos e comunidades. Dessa forma, os crimes de ódio representam não apenas um ataque frontal nos direitos de liberdade de indivíduos, como também indica a inexistência de segurança da integridade física desses grupos, que com suas mensagens criam e contribuem para um ambiente de terror¹⁹⁷.

Na Espanha, o direito penal antidiscriminatório estruturado como crime de ódio aparece no artigo 22.4 do Código Penal espanhol, sob forma de circunstâncias agravantes genéricas por motivos raciais ou discriminatórios.

O legislador espanhol reconheceu, por exemplo, a discriminação específica em relação ao povo judeu, igualmente nos Estados Unidos nos crimes de ódio com uma “motivação antissemita”.

Importante compreender que o fundamento de um tratamento punitivo com aplicação das agravantes e invocando maior culpabilidade do agente pela intenção de cometer delito sob uma perspectiva de ódio racial possui elementos diferenciadores de característica sociológica e histórica. Essas agravantes significam um tipo de tutela específica, pois existe um comportamento com dose de gravidade e propriedades materiais de uma conduta diferenciada vista pelo legislador¹⁹⁸.

Dessa forma, pode existir uma possibilidade de a pena ser agravada por ser maior a culpabilidade, a reprovabilidade pessoal da ação por considerações político-criminais; ainda, o legislador entenderia que o comportamento do agente foi de maior censurabilidade, portanto, um maior “desvalor” da conduta¹⁹⁹.

¹⁹⁶ SHERRY, Mark. Exploring disabilities hate crimes. **International journal, review of disability studies**. v.1, n.1, 29 dez.2014. Disponível em: <https://www.rdsjournal.org>. Acesso em: 10 julho 2024.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ BAKER, Milena Gordon. **A tutela penal da mulher no direito penal brasileiro**: a violência física contra o gênero feminino. São Paulo: Lumen Juris, 2015, p.268.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 269.

Inexistindo previsão análoga à estadunidense na parte geral do Código Penal brasileiro, poder-se-ia vislumbrar uma solução a partir do artigo 59 do mesmo diploma. Isto porque este artigo determina os critérios para fixação da pena:

Artigo 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível²⁰⁰.

O Código Penal brasileiro prevê a fundamentação da pena calcada na motivação do crime – havendo uma carga de desvalor naqueles crimes perpetrados por motivação discriminatória, racista ou antissemita, a qual merece ser considerada pelo magistrado no momento de aplicação da pena, nos termos da própria lei.

Os episódios recorrentes de discriminação, contudo, apontam para uma necessidade de continuidade nos avanços legislativos no sentido da proteção dos indivíduos e grupos sociais objeto destas condutas discriminatórias – especialmente aquelas condutas relevantes para o âmbito penal.

A Lei n. 7.716/1989 define os “crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor” – e foi aprovada logo em seguida à Constituição Federal, claramente atendendo ao mandado de criminalização ali contido. Neste ponto, nos interessa especialmente o artigo 20:

Artigo 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.
 §1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.
 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.
 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: I – o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; II – a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; III – a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

²⁰⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 10 julho 2024.

4º Na hipótese do §2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido²⁰¹.

O artigo 20 foi inserido no rol dos crimes previstos pela Lei n. 8.081/1990 configurando um tipo diferenciado dos demais crimes previstos na Lei de 1989, que previa a criminalização de condutas de caráter segregacionista. O tipo emprega um elemento normativo quando se refere ao nazismo. Para Christiano Jorge Santos,

[...] Pode-se definir o termo também como a doutrina sistematizada por Adolf Hitler que tinha por premissas a superioridade da raça ariana e a necessidade da busca do “espaço vital”, que consistia na conquista da ampliação territorial pela guerra. Foi implantada na Alemanha na primeira metade do século (1933), com a tomada do poder pelo Partido Nacional - Socialista Alemão (o NSDAP, Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei), que se valeu de intenso trabalho de propaganda e uso dos símbolos, aliado ao terror imposto pela violência aos que se opunham ao regime para consolidar-se²⁰².

Pela análise da exposição de motivos da lei que instituiu o crime de divulgação do nazismo no ordenamento pátrio, percebe-se que a intenção do legislador era prevenir o avanço dos movimentos de direita, especialmente em São Paulo, os *skinheads*, *white power*, membros na maioria jovens que vinham praticando atos de vandalismo em locais de espetáculos e diversão pública²⁰³. Em outras palavras, originou-se de uma preocupação específica do legislador com o avanço dos movimentos de caráter neonazista.

A classificação doutrinária do tipo penal é um crime de ação múltipla, um delito formal que não exige resultado naturalístico. Da leitura do artigo 20 entende-se que o sujeito passivo é qualquer pessoa. Já pelo §1º, o sujeito passivo é a coletividade²⁰⁴. O bem jurídico do caput e do §1º é a igualdade, porém, entende-se que seria, além da igualdade, o bem jurídico paz²⁰⁵.

²⁰¹ BRASIL. **Lei n.7.716, de 05 de janeiro de 1989.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm. Acesso em: 10 julho 2024.

²⁰² SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação.** São Paulo: Saraiva, 2010, p.133.

²⁰³ MARCHERI, Pedro Lima. **O crime de divulgação do nazismo.** São Paulo: Baraúna, 2014, p.34.

²⁰⁴ SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação.** São Paulo: Saraiva, 2010, p.131.

²⁰⁵ MARCHERI, Pedro Lima. **O crime de divulgação do nazismo.** São Paulo: Baraúna, 2014, p.41.

O artigo 20 poderia ser configurado como discurso de ódio, matéria de debate recente no Brasil e tema de reflexão no STF, cujo entendimento foi de restrição na esfera constitucional.

Na doutrina brasileira existem duas posições: uma é contrária à proibição do discurso de ódio²⁰⁶; a outra acredita que apenas deveria ser proibido em situações gravíssimas, mas somente em caráter de exceção²⁰⁷. A doutrina é unânime ao afirmar a necessidade do dolo específico para o crime do §1º, qual seja, a divulgação do nazismo.

Questiona-se, contudo, se o artigo 20 da lei é capaz de abarcar, ou de punir penalmente, condutas nazistas que não visem propriamente divulgar a ideologia nazista ou símbolos associados a ela – mas, sim, negar o Holocausto nos termos já expostos nesta pesquisa.

Em situações nas quais o perpetrador da atitude discriminatória não está divulgando ou propalando um discurso “aparentemente” nazista, mas negando a existência do Holocausto, do nazismo, ou de partes do fenômeno histórico ocorrido no contexto do regime nazista, pode haver dificuldade para a tipificação adequada da conduta – o que, por vezes, pode resultar numa falta de condenação por uma conduta social e constitucionalmente reprovável.

Percebe-se que inexiste no ordenamento brasileiro a tipificação da conduta específica de negação do Holocausto, não obstante o mandado de criminalização ao racismo contido no texto constitucional.

É imprescindível a existência do tipo penal específico para a efetiva e legítima condenação.

A dificuldade reside não apenas na ausência de um tipo penal específico para enquadrar a conduta negacionista, mas também a forma como ela deve ser compreendida como discurso de ódio, relevante ao âmbito penal.

²⁰⁶ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. 2006. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/>. Acesso em: julho 2024.

²⁰⁷ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discursos do ódio**. São Paulo: RT, 2009, p.256.

O desafio está, principalmente, em garantir a tutela do direito constitucional à igualdade e à não discriminação, além da efetivação dos mandados de criminalização do racismo ali contidos – inclusive nas situações em que o racismo ocorrer por meio da negação de um fenômeno histórico de conhecimento geral e dos seus efeitos devastadores.

O direito penal é utilizado, em maior ou menor grau, para o alcance da harmonia social, possuindo um efeito promocional, que seria o de afirmar novos valores resistidos por alguns no reconhecimento de grupos que foram, durante muito tempo, diferenciados e discriminados pela sociedade. O efeito simbólico da pena não deve ser sempre visto como algo negativo, mas no formato positivo, quando o que se busca com essa intervenção é a resolução de interesses e conflitos sociais e, por fim, a tutela de interesses fundamentais²⁰⁸.

Nessa linha de raciocínio, o direito penal não pode ficar engessado e sendo sempre criticado pelo seu efeito simbólico. Veja-se como exemplo o caso da Lei Maria da Penha, que foi tão discutido e criticado, quando de sua implementação. Todavia, é inegável que esta lei está impulsionando “deslocamentos discursivos” que afirmam cada vez mais os direitos das mulheres relacionados a uma vida livre de violência, declarando intoleráveis as opressões sofridas pelo gênero feminino. Nesse sentido, a lei, como possibilitadora das demandas de um sujeito, representou o avanço dos direitos da mulher como de uma nova cidadania política²⁰⁹.

A lei se torna necessária, criando, assim, uma normatividade jurídica que influenciará as concepções da normalidade social, contribuindo para fazer aceitar alguns comportamentos contrários ao direito.

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO EM AMBIENTE VIRTUAL

²⁰⁸ ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito penal simbólico e finalidade da pena. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n.171, ano 14, São Paulo, fev., 2007, p.2-3.

²⁰⁹ CAMPOS, Carmen Hein. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. In: BARSTED, Leila Linhares. **Lei Maria da Penha**: uma experiência bem-sucedida de advocacia feminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 10.

3.1 Existência simultânea ou interferência limitadora e relação harmônica ou conflitante

Colocando sob foco o direito fundamental à liberdade de expressão, sabe-se que representa dentro de uma democracia um papel fundamental²¹⁰, pois, dada sua função instrumental à afirmação da liberdade individual de pensamento e de opinião, é responsável por garantir a autodeterminação democrática da comunidade política globalmente considerada. Não é de se admirar, portanto, que a liberdade de expressão ocupou um lugar de destaque nas primeiras constituições, devido a sua importância como uma das peças principais de um governo republicano²¹¹.

Ademais, o fato de a liberdade de expressão ocupar uma *preferred position* – como quer a doutrina constitucional – contribui para a percepção desse direito fundamental como o subprincípio democrático denominado democracia comunicativa. Portanto, a liberdade expressiva é nota “caracterizadora e constitutiva do Estado Constitucional”, responsável por garantir validade e cumprimento do próprio contrato social por meio da discussão de todos os assuntos de relevância pública²¹².

Dentro de um Estado Constitucional, a ideia de liberdade está diretamente atrelada à tolerância e ao respeito ao direito dos demais. Obviamente, o respeitar da pluralidade não implica na aceitação de determinadas ideias ou ideologias que destoam e não se adéquam, por absoluto, aos parâmetros de um Estado Democrático, sendo legalmente protegidas as liberdades de expressões que não violem a dignidade humana e que tampouco constituam ataques a um determinado grupo ou que incite a violência, discriminação ou violação de seus direitos²¹³.

²¹⁰ “Liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, uma das condições básicas para o progresso e desenvolvimento das pessoas” (*Handyside vs. United Kingdom*, em 1976).

²¹¹ MACHADO, Jonatas E.M; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. **Difamação de Figuras Públicas: Tutela Jurídica e Censura Judicial à Luz do Direito Português**. Curitiba: Juriá Editora, 2016, p. 61-62.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ CATOIRA, Ana Aba. Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidad da Coruña**, 2015. v. 19, p. 200.

Em uma sociedade pluralista, o uso correto da liberdade de expressão favorece a integração entre culturas como forma de interação e respeito. No entanto, seu uso distorcido, em vez disso, torna-se um paradoxo da democracia, por ser uma ferramenta formidável para a difusão de sentimentos que podem acabar por incitar a violência e a intolerância entre diferentes culturas.

Em tempo, não cabe perceber as liberdades e direitos fundamentais em caráter absoluto e ilimitado, mas sim estabelecer um equilíbrio e ponderação a fim de que sejam garantidas em sua máxima efetividade em cada caso concreto e em cada ordenamento jurídico, guardadas suas distinções²¹⁴. Assim, questionamentos surgem acerca dos limites de exercício ao direito à liberdade de expressão sendo necessário delimitar um marco, quando possível, para que os discursos não causem danos aos destinatários, vez que é inconteste que o exercício da liberdade de expressão traz consigo responsabilidades e deveres, de acordo com a situação e quando tal exercício colocar em risco os direitos de outrem²¹⁵.

É fato que abordar a limitação à liberdade de expressão em termos globais – realizando estudo de direito comparado – é uma tarefa muito difícil, pois cada país possui sua particularidade histórico-cultural e sociopolítica, no entanto, existem algumas limitações que podem ser entendidas como universais, como fundamentos filosóficos entre diferentes ordenamentos jurídicos, quais sejam: promoção da busca e revelação da verdade, sua relação com a autodeterminação do indivíduo como forma de apoiar a tolerância e a sustentação da democracia e de um governo democrático²¹⁶.

Nessa senda, considerando que a própria existência de um discurso de ódio é condição para a imposição de restrições legítimas de cunho constitucional, Sarmento²¹⁷ entende que diante de um conflito entre direitos fundamentais, a dignidade da pessoa

²¹⁴ *Ibidem*, p. 201.

²¹⁵ BARRETO, Alesandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. **Manual de investigação cibernética à luz do marco civil da internet**. Rio de Janeiro: Brasport, 2016, p. 284.

²¹⁶ WARBURTON, Nirgel. **Liberdade de expressão**: uma breve introdução. São Paulo: Dialética, 2020, p. 33.

²¹⁷ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, mai.-ago., 2007. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/express-pluralismo-papel-promocional-58998927#:~:text=De%20acordo%20com%20ela%2C%20a,n%C3%A3o%20C3%A9%20incorreta%2C%20mas%20incompleta>. Acesso em: 29 maio 2024.

humana deve operar como princípio norteador para a interpretação de cada caso concreto, dadas as ponderações empregadas no equacionamento, vez que tal princípio é o fundamento de todos os direitos fundamentais “parâmetro para a validade dos atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos”²¹⁸.

Partindo do pressuposto que os princípios constitucionais devem ser ponderados e harmonizados com os demais princípios do sistema jurídico, conforme preceitua Alexy²¹⁹, é necessário entendê-los como mandados de otimização que possuem um peso concreto e abstrato. Inter alia, o peso abstrato do princípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerado consubstancialmente maior, pois se trata de “valor intrínseco e inerente” ao ser humano²²⁰.

Não se trata, portanto, a liberdade de expressão de um direito absoluto, ela pode e deve ser limitada, em certas circunstâncias. Tais limitações e ingerências devem ser emanadas somente por autoridades públicas em âmbito estatal, competentes para aplicação da lei.

Há, no entanto, posições contrárias a essa, como de Dworkin²²¹ que defende a não censura de opiniões ou convicções dos indivíduos, sublinhando que a liberdade de pensamento e expressão é tão importante que alguns *hard cases* deveriam ser decididos em favor da liberdade de expressão tanto, quanto possível.

Para Dworkin²²², nem mesmo os discursos alegadamente controversos devem ser impedidos de circular livremente pela sociedade. Tendo em vista que uma imposição revestida de tal intuito, restringindo a circulação de alguns discursos em específico, ao contrário do que comumente se pensa, não garantiria a igualdade entre os cidadãos, mas sim impediria essa de ser plenamente exercida. Pois o direito à igualdade também implica

²¹⁸ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 48.

²¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.89.

²²⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. *Op. cit.*, p. 48.

²²¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 7.

²²² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.*, p. 8-9.

em dar a todos a mesma oportunidade de que suas ideias sejam ouvidas. Ainda que essas refiram a algo que pareça impossível, ou apenas desnecessário, estes discursos também precisam estar protegidos pelos direitos de liberdade de expressão e igualdade.

No entanto, acerca disso, faz-se fundamental ressaltar que a defesa apresentada pelo autor quanto a esses direitos não pode ser compreendida como uma autorização para a prática de atos de violência, ou uma justificativa para a violação de direitos de terceiros²²³. Mas sim que, em sua teoria como um todo, “os direitos individuais só fazem sentido se forem concebidos como necessários para aquilo que a igualdade requer”²²⁴. Ou seja, seus conceitos de liberdade de expressão e igualdade estão interconectados e não em risco de colidirem²²⁵.

Diversamente ao que se poderia entender, segundo a interpretação dworkiniana, os direitos individuais dos cidadãos (como a liberdade de expressão) não lhes dá o direito de praticarem atos de violência, como seria o caso, por exemplo, de atingir a integridade física de terceiros. Nem sequer com a justificar de estar manifestando uma ideia, indivíduo nenhum pode se valer da força física para externá-la. Desta forma, observa-se que o seu posicionamento é contrário à imposição de leis regulamentadoras da liberdade de expressão, não obstante, não é também autorizativo para a violência física (danos físicos causados aos outros).

Práticas nesse sentido não são consideradas formas de manifestação/expressão do pensamento. Pelo contrário, elas sim se constituem no que o autor entende como limite legítimo para a liberdade de expressão. A partir disso, Dworkin²²⁶ defendeu que a liberdade de expressão poderia ser limitada nos casos em que viesse a ser utilizada no intuito de violar a integridade física de terceiros. Nesse aspecto, o autor avançou em argumentos que já haviam começado a ser construídos em séculos anteriores, como o

²²³ FADEL, Anna Laura Maneschky. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?** Uma análise das teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron a partir da herança do liberalismo de John Stuart Mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²²⁴ DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 46, n. 111, p. 55-69, jun., 2005, p. 58.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.*, p. 11.

²²⁶ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.*

do *harm principle*, desenvolvido por John Stuart Mill²²⁷ em seu ensaio “Sobre a Liberdade”.

Conforme o exposto no artigo 10.º, n.º 2, da CEDH, qualquer ingerência deve de ser prevista pela lei, devendo estabelecer salvaguardas suficientes contra medidas restritivas abusivas, como o controle por um tribunal ou outro órgão jurisdicional independente. A ingerência é fundamental numa sociedade democrática, devendo ser aplicada frente às circunstâncias necessárias no fito de garantir um fim legítimo enunciado na CEDH, ou seja, proteção da segurança nacional, defesa da ordem pública, entre outros²²⁸.

É de se considerar, no entanto, que a dignidade da pessoa humana também não é um princípio absoluto, como preceituam Napolitano e Stroppa²²⁹, os princípios também podem ser relativizados quando do processo de ponderação em determinado conflito, considerando as características de cada caso.

Desta feita, o entendimento que parece melhor se coadunar com os princípios e objetivos de um Estado Democrático de Direito é o que a liberdade de expressão deve ser garantida como direito fundamental, entretanto, não pode ser permitido que sob o manto de um discurso falacioso protetor da liberdade de expressão, se difunda o discurso de ódio a ponto de evoluir para um crime de ódio com o intento de ferir a dignidade dos demais.

3.2 Posicionamento jurisprudencial

Esta seção apresenta alguns casos concretos, o que foi feito com a exposição de entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. Os temas foram selecionados sem a adoção de uma metodologia estruturada e empírica. O que motivou a escolha foi a grande repercussão dos casos na mídia e universo acadêmico.

²²⁷ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2019.

²²⁸ COUNCIL OF EUROPE. **Convenção Europeia de Direitos Humanos – CEDH**. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 25 maio 2024.

²²⁹ NAPOLITANO, José Carlos; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, p. 16-26, 2017.

O primeiro caso mencionado é o de Siegfried Ellwanger, fundador da Editora Revisão em Porto Alegre, que se especializou em publicar obras que negavam a existência do Holocausto e promoviam teorias antissemitas. Algumas dessas publicações incluíam títulos que negavam o genocídio nazista contra os judeus na Segunda Guerra Mundial, o que provocou protestos de entidades de direitos humanos e da comunidade judaica no Brasil²³⁰.

Em 1991, o Ministério Público do Rio Grande do Sul acusou Ellwanger de racismo, com base na Lei n.º 7.716/89, que trata da punição de crimes de discriminação racial e incitação ao ódio. A defesa de Ellwanger alegou que suas publicações eram protegidas pelo direito à liberdade de expressão, e que o antissemitismo não poderia ser considerado racismo, visto que os judeus constituiriam uma comunidade religiosa e não racial.

Após tramitar em várias instâncias, o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) em 2003. No dia 17 de setembro daquele ano, o STF decidiu, por 8 votos a 3, que o antissemitismo se enquadra como uma forma de racismo, condenando Ellwanger por suas publicações²³¹.

O relator do caso, ministro Maurício Corrêa, destacou que a discriminação contra os judeus é um exemplo de racismo, considerando que a noção de raça, no contexto jurídico, não pode ser restrita a características biológicas, devendo abranger também a segregação e o preconceito com base em identidades culturais, étnicas ou religiosas. Além disso, o tribunal ressaltou que a liberdade de expressão não pode ser utilizada para justificar discursos de ódio e incitação à violência.

O segundo caso é o julgado pela justiça fluminense decidiu no processo nº. 0018985-45.2015.8.19.0209 — *Percival Lima vs. Facebook* — que não haveria

²³⁰ SÁ, Mariana Oliveira de. **O discurso de ódio, o silêncio e a violência:** lidando com ideias odiosas. 2020. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/33427>. Acesso em: 9 outubro 2024.

²³¹ GROSS, Clarissa Piterman. **Pode dizer ou não? Discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária.** 2017. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 20. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-28082020-013457/publico/8875290_Tese_Parcial.pdf. Acesso em: 8 outubro 2024.

necessidade de ordem judicial para retirada de conteúdo ofensivo, quando realizada a lúdima notificação extrajudicial pelo ofendido²³².

O referido caso foi ajuizado por particular residente da comarca do Rio de Janeiro, que pleiteava a retirada de conteúdo dito infringente, que havia sido inserido por sua ex-companheira, quando do término do relacionamento que tinham. O autor aludiu em sua peça vestibular ter notificado o *Facebook* sobre o conteúdo ofensivo, que optou pela inércia e somente procedeu a retirada do conteúdo após decisão judicial, deferida no início da lide. A empresa alegou em sua defesa que:

diante do “Marco Civil da Internet” somente pode ser compelida a providenciar a remoção e conta e conteúdos após decisão judicial, para assegurar os primados constitucionais de liberdade de expressão e impedir a censura, em estado democrático de direito²³³.

Tem-se que o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, em primeiro grau de jurisdição, apesar de confirmar a tutela conferida no pórtico, acolheu os argumentos da empresa ré para eximi-la de responsabilidade pelo material inserido por terceiro, em aplicação da interpretação literal do art. 19, da Lei nº. 12.965/2014, o MCI.

Contudo, o Tribunal de Justiça, ao revisar o caso em sede de recurso de apelação interposto pelo usuário, decidiu pela responsabilidade do provedor de serviços de internet, uma vez que, na visão do órgão colegiado,

[...] o dano moral se constitui na violação de direito incluído na personalidade da parte ofendida [...]. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, V e X, reconhece como direitos fundamentais a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e a reparação do dano moral sofrido²³⁴.

Assim, o julgamento concluiu que a proteção aos direitos da personalidade deve ser efetiva, e que cabe ao Poder Judiciário, com o propósito de cumprir sua legítima

²³² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ. **Processo nº. 0018985-45.2015.8.19.0209**. Apelação Cível. Rel. Des. Ricardo Alberto Pereira. 26ª Câmara Cível/Consumidor. Data de julgamento: 30/06/2016. Data de publicação: 04/07/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/368151143>. Acesso em: 10 julho 2024.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ. **Processo nº. 0018985-45.2015.8.19.0209**. *Op. cit.*

função, aplicar o direito e formular uma norma concreta conveniente, racional e justa visando à solução dos litígios.

Cita-se também o caso *Aliandra Cleide Vieira vs. Google Brasil*. Nele, uma professora de educação básica buscava retirar da internet comunidade pública denominada “Eu odeio a Aliandra”. O fórum havia sido criado por alguns de seus ex-alunos na antiga rede social *Orkut* (desativada em 2014), que era de propriedade da empresa demandada. A vítima solicitou por meio de carta registrada, ao *Google* que retirasse da rede social tal comunidade, ao que a empresa respondeu alegando que o conteúdo não infringia as políticas do site. O Poder Judiciário de Minas Gerais entendeu serem as informações dispostas na comunidade ofensivas aos direitos da personalidade da professora e, por conseguinte, condenou a *Google* ao pagamento de indenização. Após a inadmissibilidade de RE ajuizado pela multinacional, o caso chegou à Corte Suprema, através de agravo.

Na prática, a decisão a ser formulada pelo Supremo no caso selecionado implica diretamente na interpretação dos arts. 18 a 21 do MCI, porquanto a palavra do Supremo Tribunal Federal sobre os direitos, deveres e garantias fundamentais decorrentes da Constituição da República, pertinentes com os princípios constitucionais em colisão no caso — liberdade de expressão e de informação contra direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem — afetam diretamente a interpretação da responsabilidade dos provedores a nível infraconstitucional.

No ano de 2019, o STF decidiu a ADO nº 26²³⁵, cujo objeto era o reconhecimento de omissão constitucional do Congresso Nacional em enquadrar a homotransfobia no

²³⁵ DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. 1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção em que se postulam: (i) a declaração da mora inconstitucional na criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia; (ii) a fixação de prazo razoável para a aprovação de legislação nesse sentido; (iii) caso transcorra o prazo fixado sem a edição da lei, ou caso o STF considere desnecessária a fixação desse prazo, a tipificação criminal da homofobia e da transfobia, pela aplicação da Lei do Racismo; (iv) a fixação de interpretação conforme à Constituição do art. 61, II, a, e do art. 121, § 2º, II, do Código Penal, que aludem a motivo fútil ou torpe na prática de crimes; e (v) o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado brasileiro em indenizar as vítimas da homofobia e da transfobia. 2. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção não são instrumentos processuais adequados à formulação de pedido indenizatório. Ações não conhecidas nessa parte. 3. A homofobia e a transfobia constituem formas graves de discriminação contra gays, lésbicas e transgêneros e, por isso, a sua criminalização específica é uma das principais demandas da comunidade LGBTI+. Estatísticas recentes apontam números expressivos de crimes motivados por homofobia e transfobia, que não raro atentam contra a vida e contra a integridade física dessas pessoas. Já houve, no Congresso Nacional,

âmbito incriminatório constitucionalmente apregoadado pelo art. 5º, incs. XLI e XLII da CRFB/1988. O julgado foi na direção de haver, de fato, omissão legislativa no tocante a este ponto, com o STF vindo a suprir a mora legislativa e enquadrando a homotransfobia no conceito de “racismo”, estabelecido quando do julgamento do *HC 83.996/RS*.

Adotando-se apenas a definição de Axel Honneth²³⁶ de “reconhecimento”, este divide-se em amor, direito e solidariedade, sendo a violação, a privação de direitos e a degradação as formas com que o reconhecimento é atacado.

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADO 26 ilustra as questões tangentes à mora legislativa na proteção dos direitos da(s) minoria(s) LGBTQIA+ e o progressivo

diversos projetos de lei que tiveram por objetivo a criminalização da homofobia e da transfobia, que não chegaram a ser aprovados. 4. A proteção de direitos fundamentais de minorias é um dos principais papéis das cortes constitucionais, especialmente em casos como o presente, em que existe sistemática violação de direitos da comunidade LGBTI+, cuja proteção encontra obstáculos na representação política. 5. A ausência de norma criminalizadora de atos de homofobia e transfobia configura mora inconstitucional do legislador na regulamentação do art. 5º, XLI e XLII, da Constituição. 6. O art. 5º, XLI, da Constituição estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Não há dúvida de que a homofobia e a transfobia são formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Diante da realidade brasileira, de constante violência contra a comunidade LGBTI+, deixar de criminalizar esse tipo de discriminação violaria o princípio da proporcionalidade na sua dimensão de proibição da proteção insuficiente. Precedente. 7. O art. 5º, XLII, da Constituição estabelece que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. No paradigmático Caso Ellwanger, o STF fixou o entendimento de que “o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas”. A interpretação dada por essa Corte à vedação constitucional ao racismo, portanto, é abrangente o suficiente para abarcar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e estigmatização de grupos, a exemplo do que acontece com a comunidade LGBTI+. Por conseguinte, deve-se aplicar a Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989) à discriminação de orientação sexual ou identidade de gênero até que seja editada legislação específica que sane a mora inconstitucional. 8. A fim de garantir a defesa dos direitos e liberdades dos indivíduos pertencentes à comunidade LGBTI+, os arts. 61, II, a, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal devem ser interpretados conforme à Constituição, no sentido de se considerar caracterizado o motivo fútil ou torpe sempre que a prática do crime seja movida pela intolerância e/ou pelo preconceito com a orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima. 9. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção conhecidos em parte e pedidos julgados parcialmente procedentes, com a fixação das seguintes teses: “1. A ausência de edição de lei criminalizadora de atos de homofobia e de transfobia constitui omissão inconstitucional do Congresso Nacional. 2. Enquanto não editada lei criminalizadora, aplica-se a Lei nº 7.716/1989 para a reprimenda de atos discriminatórios relacionados à orientação sexual e/ou à identidade de gênero. 3. O arts. 61, II, a, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal devem ser interpretados conforme à Constituição, a fim de que se considere caracterizado motivo fútil ou torpe sempre que a prática do crime seja movida pela intolerância e/ou pelo preconceito com a orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 548**. Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 15/05/2020. Publicado em: 28/05/2020).

²³⁶ HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2009, p. 155.

reconhecimento destes grupos no decorrer do tempo, como pode se ver neste trecho destacado do voto:

Em 1989, a Lei do Racismo estabeleceu punições para crimes resultantes de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Não contemplou textualmente, portanto, o preconceito fundado em orientação sexual e identidade de gênero. É certo que, naquela época, o debate em torno dessa pauta não se encontrava suficientemente maduro. Trinta anos depois, esse cenário se modificou: em todo o mundo e também no Brasil, houve significativa evolução quanto ao reconhecimento de direitos das pessoas LGBTI+. Assim, em uma interpretação evolutiva da Constituição, chegou-se a um nível em que se tornou constitucionalmente inadmissível deixar de coibir criminalmente a discriminação fundada em orientação sexual e/ou identidade de gênero. Por essa razão, a norma constitucional que determina a criminalização do racismo e a Lei nº 7.716/1989, que lhe dá concretude, somente podem ser interpretadas de forma a abranger atos discriminatórios contra o grupo LGBTI+. Não se pode mais conceber como justa ou legítima a ausência de uma tutela reforçada a essas pessoas, que estão em situação de especial vulnerabilidade²³⁷.

Todavia, a decisão da ADO 26 teve algumas peculiaridades que a do HC 83.996/RS não teve à época, o que suscitou críticas à decisão. Dentre as críticas, duas delas merecem destaque. A primeira é a referente à invasão do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Legislativo. A segunda, de índole penal, diz respeito à violação do princípio da legalidade penal.

No que tange a primeira das críticas, afirma-se que o STF, diante da mora legislativa em sanar a omissão inconstitucional objeto da ADO 26, atuou legislativamente fora do âmbito de sua competência. Entende-se que, no entanto, o STF não legislou na decisão da ADO 26, especificamente. O conceito de “racismo” desenvolvido quando do HC 82.424/RS é como um sinônimo de “discurso de ódio”, não se referindo, estritamente, ao discurso de ódio de cunho racial. Neste sentido, ao enquadrar a homotransfobia como “racismo”, o STF não estaria legislando positivamente diante da omissão do Poder Legislativo em assim o fazer, mas apenas reiterando o seu entendimento sobre discurso de ódio e, dessa forma, englobando todas as formas desta prática dentro de sua ideia de “racismo”. Entretanto, no que pesa esta possibilidade interpretativa, deve-se ressaltar a

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000**. Relator: Celso de Mello. Data de Julgamento: 13/06/2019. Tribunal Pleno. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/939911266>. Acesso em: 1 julho 2024.

importância do princípio da legalidade estrita para o Direito Penal, sob o axioma de “*nullum crimen sine lege*” (não há crime sem lei)²³⁸.

Adotando-se uma visão menos sistêmica de ordenamento jurídico, na qual a atuação do STF na direção de estabelecer um conceito constitucional de “racismo” ainda não seja passível de se fazer incluir a homotransfobia neste aspecto criminalizatório, concluir-se-ia que, mesmo com a decisão do STF na ADO 26, ainda seria necessária uma legislação específica que expressamente tipifique a conduta como crime.

A segunda questão problemática atinente à decisão da ADO 26 é a que o STF criminalizou uma conduta, violando o princípio da legalidade penal e fazendo uma analogia *in malam partem*. Contudo, pode-se responder a esta segunda crítica também partindo do referencial do conceito de “racismo” (discurso de ódio) adotado pelo Tribunal. Ao considerar a homotransfobia como “racismo”, tal conduta já estaria tipificada no art. 20 da Lei 7.716/1989, ou seja, já haveria uma previsão legal para o crime. Quanto à acusação de haver analogia *in malam partem*, parafraseia-se novamente Oliveira, Bahia e Silva:

Só faz sentido em falar em analogia *in malam partem* quando houver incriminação de condutas lícitas que se assemelham a condutas tidas como criminosas pela lei. Há uma relação entre ilicitude e licitude dentro de uma lógica do sistema jurídico. Ou seja, a questão toda é ofertar a segurança jurídica para o réu. A analogia *in malam partem* é uma ofensa à própria segurança jurídica. No caso da criminalização da homofobia e da transfobia, tem-se que, dentro da integridade do direito, tais condutas foram consideradas como criminosas pela Constituição de 1988, conforme salientamos e, ainda, a consideração do racismo como um processo social e não biológico, conforme adotado pelo precedente do HC 82.424²³⁹.

Apesar de uma nomenclatura que talvez seja equivocada (“discurso de ódio” seria o termo mais adequado), o conceito de “racismo” tal como delineado pelo STF foi acertado principalmente ao considerá-lo um processo socialmente construído. Decorre-se desta conceituação a possibilidade desta ideia de “racismo” poder englobar outras

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 785-786.

²³⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Sobre a criminalização da homofobia e transfobia: uma análise crítica. **Empório do Direito**, 13.06.2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/sobre-a-criminalizacao-da-homofobia-e-transfobia-uma-critica-da-critica>. Acesso em: 1 julho 2024.

formas de discurso de ódio, como a homotransfobia. Sendo assim, apesar de críticas de considerável relevo à decisão da ADO 26, esta, ao menos a princípio, parece estar em conformidade com o ordenamento constitucional brasileiro e a concepção de liberdade de expressão até então adotada pelo STF.

No que concerne a ADPF 548²⁴⁰, os artigos da Lei 9.504/1997 que tiveram sua constitucionalidade arguida pela via constitucional foram os dispositivos de nº 2485 e 3786, os quais estavam permitindo margem a decisões judiciais e administrativas que impediam manifestações de cunho político em universidades públicas e recolhimento de material de campanha durante o período eleitoral.

Em consideração à jurisprudência constitucional que o Tribunal vem desenvolvendo no período democrático pós-Constituição de 1988, prevaleceu o entendimento na Corte Constitucional de inconstitucionalidade de interpretação dos referidos dispositivos da Lei 9.504/1997 que permitisse esse tipo de atuação, em respeito ao pluralismo democrático, a liberdade acadêmica e a autonomia institucional universitária, conforme excerto do voto da Ministra Relatora Carmem Lúcia que ressalta o lócus universitário como um espaço político:

O respeito aos direitos e às liberdades é o coração do Estado de Direito. O respeito à exposição do livre pensamento por particulares ou, mais ainda, pelos agentes estatais é da dinâmica democrática. Sem respeito não se conversa, se combate. Não há sociedade que se sustente vivendo em estado de rixa, ao invés do diálogo; de conflito, ao invés de consenso; de confronto, ao invés de consenso. O diferente faz parte. Aliás, o diferente faz cada ser humano ser o que ele é. A diferença torna cada ser humano único porque desigual em sua identidade, conquanto igual em sua dignidade. A falta é que nos faz, porque ela agrega e nos aproxima do que é a carência a ser suprida. 7. Quando alguém acha que pode invadir universidade, instituição plural em seu nome mesmo – universitas – e

²⁴⁰ EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECISÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL. BUSCA E APREENSÃO EM UNIVERSIDADES E ASSOCIAÇÕES DE DOCENTES. PROIBIÇÕES DE AULAS E REUNIÕES DE NATUREZA POLÍTICA E DE MANIFESTAÇÕES EM AMBIENTE FÍSICO OU VIRTUAL. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO E DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. ADPF JULGADA PROCEDENTE. 1. Nulidade das decisões da Justiça Eleitoral impugnadas na presente ação. Inconstitucionalidade de interpretação dos arts. 24 e 37 da Lei n. 9.504/1997 que conduza a atos judiciais ou administrativos que possibilitem, determinem ou promovam ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, recolhimento de documentos, interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e coleta irregular de depoimentos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação de pensamento nos ambientes universitários ou equipamentos sob administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos. 2. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADPF 548, Relator(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2020).

ainda assim alega estar a interpretar o direito, impõe-se sinal de alerta. Porque a prática é, sob qualquer modo e meio pelo qual se a examine, contrário à dignidade livre da pessoa, à autonomia dos espaços de ensinar e aprender, do espaço social e político (no sentido clássico da polis) e ao princípio democrático, guardador da liberdade de pensar, manifestar-se, expressar-se, opinar e escolher o modelo de vida, de Estado, enfim de sociedade que se pretenda construir com Justiça. De resto, a Justiça mesma é um conceito aberto. E na fórmula de Castoriadis, quanto mais em aberto estiver a ideia de Justiça numa sociedade, para que as gerações e grupos que a formam possam reinventá-la, mais democrática será a sociedade²⁴¹.

A ideia de liberdade acadêmica e a autonomia universitária normalmente se atrelam a questões como a “liberdade vocacional de ensinar, investigar, pesquisar e publicar qualquer assunto como uma questão de interesse profissional, sem qual risco vocacional ou ameaça de outra sanção”²⁴², porém, não há impeditivos lógicos para não se incluir o debate público no rol de práticas abrangidas pela liberdade acadêmica, tendo em consideração a universidade como ambiente propício ao debate político.

Outro ponto que se faz ressaltar, também destacado pela definição conceitual proposta por Van Alstyne, é a de possibilidade de responsabilização, demonstrando-se “inescusável falta de ética profissional”²⁴³ ou outra conduta inadequada a ser verificada perante o caso concreto.

O contexto constitucional brasileiro após a CRFB/1988, no qual se desenvolveu a liberdade de expressão como um direito intrinsecamente conexo à própria ideia de democracia, já permitiria apontar razões favoráveis à inconstitucionalidade das referidas interpretações dos dispositivos legais da Lei 9.504/1997, mas não se deve olvidar da decisão do HC 40.910/PE, decisão do STF proferida em 1964. Ainda que tal decisão tenha ocorrido sob a égide de uma diferente constituição, as *ratio decidendis* do HC supramencionado e da ADPF 548 tiveram pontos em comum: a liberdade acadêmica e a autonomia universitária.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **MC ADPF 548 DF**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgada em: 24.10.2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/652013704>. Acesso em: 1 julho 2024.

²⁴² VAN ALSTYNE, William. The specific theory of academic freedom and the general issue of civil liberty. *Academic Freedom and Civil Liberties – The Annals of the American Academy. Faculty Publications, Paper 792*, p. 140-156, 1972, p. 146.

²⁴³ VAN ALSTYNE, William. The specific theory of academic freedom and the general issue of civil liberty. *Academic Freedom and Civil Liberties – The Annals of the American Academy. Faculty Publications, Paper 792*, p. 140-156, 1972, p. 146.

Considera-se que o direito norte-americano comunga desta visão quanto à liberdade acadêmica, a exemplo da citação do relevante precedente da Suprema Corte norte-americana *Sweezy v. New Hampshire* (1957) pelo Ministro Victor Nunes Leal. Assim como a liberdade de imprensa e contrariamente à forma com que comumente o ordenamento constitucional norte-americano concebe a liberdade de expressão como cláusula geral, a Suprema Corte dos EUA relacionou diretamente à liberdade acadêmica com o ideal democrático do país. Todavia, importante mencionar a decisão proferida pela mesma corte cinco anos antes, no caso *Adler vs. Board of Education of City of New York* (1952), na qual foi-se decidido como constitucionais regulações civis que impediam membros de organizações consideradas subversivas (principalmente o Partido Comunista dos EUA) de ensinarem em escolas públicas. O contexto político desta decisão foi o chamado Macarthismo, época de perseguição política aos opositores ideológicos do sistema político norte-americano. Entretanto, não pode se negar que esta decisão foi de certa forma incoerente com a visão principal quanto às liberdades comunicativas que a Suprema Corte almejava ter. Assim, no que tange ao modelo norte-americano, também se verifica íntimas semelhanças quando se compara a decisão da ADPF 548 com as do modelo do direito internacional dos direitos humanos.

O primeiro passo que faz a referida decisão brasileira caminhar no sentido deste modelo é constatação da interconexão entre liberdade acadêmica e democracia. O TEDH já proferiu decisões com as quais a da ADPF 548 ressoa em concordância. Em caso que guarda bastante semelhança ao contexto das decisões administrativas e judiciais que propulsionaram a ADPF 548, tem-se em destaque o caso *Vogt v. Alemanha* (1995), no qual o TEDH decidiu que não se podia demitir uma professora tendo somente como base a militância política desta. O indivíduo, apenas por fazer parte da Academia, seja como professor, aluno ou de qualquer outra forma, não perderia seu direito de se manifestar politicamente, intramuros ou extramuros.

Assim como a decisão da ADI 4.451, a ADPF 548 também se aproximou de ambos os modelos atinentes à liberdade de expressão aqui analisados. A fala do Ministro Ayres Britto, relator da ADI 4.451, mantém sua coesão se aplicada a ADPF 548: “período eleitoral não é Estado de Sítio”.

Na ADPF 696²⁴⁴, julgada em 19.06.2020, tendo por relator o Ministro Marco Aurélio, foram alegadas a existência de manifestações ofensivas às instituições democráticas. Neste caso o mérito não foi enfrentado, pois, a ação foi considerada inadequada, havendo negativa de seguimento.

Na Reclamação 38782 RJ²⁴⁵, julgada no dia 03.11.2020 e que teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes, alegou-se que a divulgação de um conteúdo audiovisual em

²⁴⁴ DECISÃO ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – INADEQUAÇÃO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. O assessor Hazenclever Lopes Cançado Júnior prestou as seguintes informações: A Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD formalizou esta arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, buscando sejam estabelecidos parâmetros alusivos ao exercício da liberdade de expressão tendo em conta a disseminação do discurso de ódio e manifestações ofensivas às instituições democráticas. Ressalta a própria legitimidade, referindo-se ao artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal. Justifica a pertinência temática considerada atuação visando a defesa do Estado Democrático de Direito, bem assim a promoção dos direitos humanos e da justiça social. Afirma a pertinência da arguição, no que voltada à solução de conflitos pela via do controle concentrado de constitucionalidade a partir de compreensão dada a valores do Estado e da sociedade. Aponta ofensa aos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, e 5º, incisos X, XLI e XLIV, da Lei Maior. Menciona a formação de milícias digitais, a propagarem informações falsas, e a ocorrência de protestos contrários à democracia. Discorre sobre a proteção às liberdades civis no âmbito internacional. Diz da relevância da consolidação de jurisprudência do Supremo acerca do tema. Requer, no campo precário e efêmero, sejam determinadas: (i) a retirada imediata dos integrantes do movimento “300 do Brasil” que ocupam a Praça dos Três Poderes, bem assim a proibição de futuras manifestações no mesmo sentido; e (ii) a suspensão de contas registradas nas plataformas do Facebook, do Twitter e do Instagram, quando as publicações veicularem discurso de ódio, ataque a instituições democráticas ou incentivo à violência. Busca, alfim, o estabelecimento de parâmetros de interpretação constitucional relativamente aos limites da liberdade de expressão. 2. Observem o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a teor do artigo 1º da Lei nº 9.882/1999. Pressupõe ato do Poder Público cujos efeitos impliquem violação atual a dispositivo nuclear da Constituição Federal: Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; [...] A leitura do dispositivo revela instrumento nobre de controle concentrado, de excepcionalidade maior. Descabe utilizá-lo para dirimir controvérsia atinente a circunstâncias e agentes plenamente individualizáveis. Fosse isso viável, surgiria situação incompatível com a Lei Maior, transmutando-se a natureza da ação, de objetiva para subjetiva. Tem-se pretensão de natureza que não se coaduna com a atuação do Supremo. Ausente questão envolvendo ato do Poder Público a gerar as transgressões apontadas, mostra-se inadequada a via eleita, cuja admissão ensejaria queima de etapas, considerado o princípio da subsidiariedade versado no artigo 4º, § 1º, da Constituição Federal. 3. Nego seguimento ao pedido. 4. Publiquem (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 696 DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 19.06.2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1106712603>. Acesso em: 01 julho 2024).

²⁴⁵ RECLAMAÇÃO. 2. Liberdade de expressão. 3. Decisões reclamadas que restringem difusão de conteúdo audiovisual em que formuladas sátiras a elementos religiosos inerentes ao Cristianismo. 4. Ofensa à autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 130 e da ADI 2.404. 5. Limites da liberdade artística. 6. Importância da livre circulação de ideias em um Estado democrático. Proibição de divulgação de determinado conteúdo deve-se dar apenas em casos excepcioníssimos, como na hipótese de configurar ocorrência de prática ilícita, de incitação à violência ou à discriminação, bem como de propagação de discurso de ódio. 7. Distinção entre intolerância religiosa e crítica religiosa. Obra que não incita violência contra grupos religiosos, mas constitui mera crítica, realizada por meio de sátira, a elementos caros ao Cristianismo. 8. Reclamação julgada procedente

que foram formuladas sátiras a elementos religiosos inerentes ao Cristianismo constituía discurso de ódio e que, portanto, deveria ter sua veiculação proibida. O pedido, no entanto, não foi acolhido e o STF considerou que a obra não incita à violência contra grupos religiosos, sendo considerada mera sátira a elementos deveras caros ao Cristianismo.

Na sequência, veio a Medida Cautelar na Reclamação 48.723 – SP, julgada em 26.10.2021, tendo por Relator o Ministro Roberto Barroso. Nesta ação foi feito o pedido de remoção de conteúdo publicado na rede social Twitter, alegando veiculação de discurso de ódio. As alegações não foram aceitas e foi concedida a medida liminar com o objetivo de suspender os efeitos da decisão reclamada e restabelecer as postagens suprimidas.

Já em 16.02.2022, foi julgado o Recurso Extraordinário com agravo no 1.365.645 PR²⁴⁶, que teve como relatora a ministra Cármen Lúcia. Nesse Recurso foi feito o pedido de remoção de propaganda de organização reconhecida como terrorista por resoluções do Conselho de Segurança da ONU. O Recurso não foi provido e não houve reconhecimento do discurso de ódio, sob a alegação de ausência de ofensa constitucional e ausência de demonstração de ocorrência de prejuízo.

Por fim, cita-se o Recurso Extraordinário RE 1382650 – DF²⁴⁷, julgado em 23.06.2022 e que teve como relatora a Ministra Rosa Weber. Neste recurso alegou-se

(Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Segunda Turma. **Rcl: 38782 RJ 0085028-46.2020.1.00.0000**. Relator: Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 03/11/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1170683292/inteiro-teor-1170683300>. Acesso em: 1 julho 2024).

²⁴⁶ RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS COM AGRAVOS. PENAL. LEI nº 13.260/2016. TERRORISMO. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA: PRECLUSÃO DA MATÉRIA. DESCLASSIFICAÇÃO. Ausência de ofensa constitucional direta e impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. Alegação de nulidade processual. Ausência de demonstração de prejuízo. Precedentes. Recursos extraordinários com agravos aos quais se nega seguimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **ARE: 1365645 PR 5046863-67.2016.4.04.7000**. Relator: Carmen Lúcia. Data de Julgamento: 02/02/2022. Data de Publicação: 16/02/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1386771206/inteiro-teor-1386771231>. Acesso em: 1 julho 2024).

²⁴⁷ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE NÃO VEICULA DISCURSO DE ÓDIO NEM SE VOLTA A PROPAGAR IMPUTAÇÕES OFENSIVAS. Inexatidão da base de dados em que se amparou a crítica jornalística que não foi demonstrada pela recorrente. Moldura fática descrita no acórdão recorrido que não evidencia efetiva contraposição entre direitos da personalidade titularizados pela recorrente, agente política investida no mandato de deputada federal, e a liberdade de imprensa. Inviabilidade do reexame de fatos e provas. Óbice da Súmula nº 279/STF. Negativa de seguimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **RE: 1382650 – DF**. Relator: Rosa Weber. Data de Julgamento: 23/06/2022. Data

que uma matéria jornalística veiculou discurso de ódio, alegação que não foi aceita, havendo negativa de seguimento, tendo em vista que entendeu-se que a matéria jornalística não veiculou discurso de ódio e nem propagou imputações ofensivas.

Em três ações, foi reconhecida a tese do discurso de ódio. A primeira delas foi o HC 213826 – DF²⁴⁸, julgado no dia 04.04.2022 e que teve como Relator o ministro Roberto Barroso. Neste HC na verdade, não foi reconhecido o discurso de ódio, porém foi impetrado HC contra ato de ministro do STF em defesa de deputado preso por veicular discurso de ódio. O HC não foi conhecido em razão da inadequação da via eleita, já que a atual jurisprudência do STF não admite impetração de HC contra atos de ministros desta Corte.

A Ação Penal 1044 – DF²⁴⁹, julgada em 20.04.2022, teve por relator o Ministro Alexandre de Moraes. Foi alegada a incidência de discurso de ódio e de imunidade parlamentar ante a discurso de ódio. A alegação de discurso de ódio foi acatada mediante a justificativa de que a liberdade de expressão não permite que sejam propagados discursos de ódio e ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado de Direito.

Por fim, cita-se a Reclamação 55.985 – AM²⁵⁰, julgada em 26.09.2022 e que teve como relator o Ministro Dias Toffoli. A Reclamação foi feita por Rede de Rádio e Televisão alegando violação à liberdade de expressão. A Reclamação não foi aceita e considerou-se que a divulgação de fatos, com aparente finalidade de vincular a imagem de pré-candidato a atividades criminosas configura discurso de ódio e macula sua honra e imagem.

de Publicação: 04/07/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1575842097>. Acesso em: 1 julho 2024).

²⁴⁸ EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS CONTRA ATO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **HC: 213826 - DF**. Relator: Roberto Barroso. Data de Julgamento: 04/04/2022, Data de Publicação: 06/04/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1618011914/inteiro-teor-1618011927>. Acesso em: 1 julho 2024).

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **AP: 1044 DF 0036863-31.2021.1.00.0000**. Relator: Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 14/09/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1284626904/inteiro-teor-1284626935>. Acesso em: 1 julho 2024.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Rcl: 55985 - AM**. Relator: Dias Toffoli. Data de Julgamento: 26/09/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1651621075/inteiro-teor-1651621078>. Acesso em: 4 outubro 2022.

Pela análise dos julgados do STF percebe-se que o direito fundamental à liberdade de expressão só sofre restrição em casos extremos em que resta clara a incitação de ódio contra um grupo populacional, representando não somente uma afronta à dignidade da pessoa humana, mas, também uma ameaça ao Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Esta dissertação objetivou compreender a linha tênue existente entre a liberdade de expressão e os discursos de ódio, para que ocorra distinção entre as respectivas situações, como forma de materialização da justiça através do exercício de um direito fundamental de forma correta, sem haver qualquer prejuízo, no exercício de seus direitos.

Transcorrido o percurso histórico e conceitual da liberdade de expressão, foi possível depreender que este direito pressupõe uma opinião pública autônoma e uma

esfera de discurso e debate público livre, plural e aberto, incluindo opiniões e ideias distintas e antagônicas, que constituem elementos fundamentais para construção de diferentes concepções, é o que determina o Estado democrático de direito.

Em um primeiro momento, esta matriz teórica, conduz, portanto, a uma discussão sobre respeito mútuo, tolerância entre ideias e convicções divergentes, em que cada indivíduo expressa sua opinião, mas, eventualmente, examina e pondera os argumentos apresentados pelos outros.

A discussão sobre o discurso do ódio é, em grande parte, um debate a respeito dos limites da tolerância. Assim, parte da doutrina, embora defenda a tolerância das diferenças, defende também que há uma diferença entre a tolerância de crenças e opiniões diversas e a tolerância que implica no preconceito e na discriminação. É necessário diferenciar a tolerância do dissenso.

Logo, tendo em vista tratar-se de um direito amplo, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e sem limites, estando sujeita a restrições excepcionais, à medida que a liberdade de cada um tem por limites o respeito à liberdade dos outros.

Em casos de colisões entre valores constitucionais, muitos ordenamentos, ainda que com certas variedades de rigor, admitem a regulação estatal do discurso do ódio e que seja aplicado o princípio da proporcionalidade, que implica na ponderação entre valores constitucionais que colidam entre si, restringindo um deles, em linha com a tríplice dimensão de adequação dos meios, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito.

Essa perspectiva demonstra que a proibição do discurso do ódio, ao impor limites aos ímpetos do direito à liberdade de expressão não se incompatibiliza com o Sistema democrático, ao revés, afasta os abusos do exercício deste direito quando venham a atingir direitos da personalidade e promover a intolerância e a discriminação contra minorias.

Conforme foi possível depreender, a complexidade do discurso do ódio assenta na presença da variedade de formas de manifestações de ódio e nas diversas interpretações entre os ordenamentos jurídicos, haja vista os diferentes contextos culturais, sociais, históricos e políticos. Logo, esse cenário indica para uma dificuldade de demarcar uma concepção padrão e, por conseguinte, justificar de forma evidente os limites entre direitos fundamentais, notadamente, envolvendo a liberdade de expressão.

Não obstante, a globalização progressiva do plano comunicativo entre as nações exige uma otimização e uma revisão da hermenêutica deste cenário, de maneira que por meio do diálogo entre as diversas ordens, se chegue a uma orientação global para que a questão seja solucionada.

A imanente tensão dialética entre a liberdade de expressão e outros direitos da personalidade precisa ser harmonizada valendo-se de argumentações coerentes referentes a um determinado caso, sem incorrer no risco de que a limitação seja significativa a ponto de ameaçar o próprio direito.

Além disso, por mais que não se concorde com as manifestações de ódio e ideias discriminatórias, sua mera proibição ou restrição por meio do princípio da proporcionalidade não afasta integralmente seu estigma.

Com efeito, adotou-se, na presente investigação uma posição intermediária, de modo que ainda que, às vezes, limites ao direito à liberdade de expressão sejam suficientes para conter o discurso do ódio, acredita-se ser a liberdade de expressão a forma mais eficaz de tornar públicas as mazelas da sociedade e de combatê-las por meio do debate e conscientização a respeito da tolerância, respeito e pluralismo.

O direito à liberdade de expressão deve prevalecer quando traz questões importantes para a sociedade, como exercício de cidadania e contribuição à atuação democrática no sentido da evolução da sociedade pela transformação de velhos cenários, ampliação de direitos e da tolerância.

Quando não se trata de manifestação relevante para o público, também prevalece como instrumento de expressão da identidade, desde que não se choque com direitos de outrem, o que demandaria ponderação no caso concreto pela impossibilidade de prever-se a infinidade de conflitos possíveis, como visto ao longo deste trabalho.

A liberdade de expressão é essencial para viabilizar a formação de opiniões, para garantir as manifestações que não se enquadrem como criminosas e que não ofendam os demais direitos fundamentais em casos concretos.

Do exposto depreende-se que a liberdade de expressão é essencial para a democracia, mas deve ser equilibrada com a necessidade de proteger indivíduos e grupos do discurso de ódio, especialmente no ambiente virtual. A criação de políticas eficazes e a implementação de medidas regulatórias que respeitem esse equilíbrio são

fundamentais para garantir que a liberdade de expressão continue a cumprir sua função social sem permitir abusos prejudiciais.

REFERÊNCIAS

ÁLAMO, Mercedes Alonso. **Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos**. Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALJAZEERA. **When Egypt Turned Off the Internet**. 28.01.2011. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/middleeast/2011/01/2011128796164380.html>. Acesso em: 15 abril 2024.

ANDREWS, Lori. **I Know Who You Are and I Saw What You Did: Social Networks and the Death of Privacy**. Detroit: Free Press, 2011.

ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito penal simbólico e finalidade da pena. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n.171, ano 14, São Paulo, fev., 2007.

ARAÚJO, Luc Athayde de. **O direito à liberdade de expressão crítica ao estado e seus representantes em uma sociedade democrática**. 2012. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/21219/21219.PDF>. Acesso em: 10 outubro 2024.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Editora Escala, 2011. (Coleção clássicos para todos).

AVILA JUNIOR, Luiz Carlos. Constituição material e a mutação pelos costumes de natureza constitucional. In: ROSÁRIO, Pedro Trovão do; RI, Luciene Dal; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade**. Porto: Juruá, 2018. p. 121-130.

BAKER, Milena Gordon. **A tutela penal da mulher no direito penal brasileiro: a violência física contra o gênero feminino**. São Paulo: Lumen Juris, 2015.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. **Manual de investigação cibernética à luz do marco civil da internet**. Rio de Janeiro: Brasport, 2016.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. A liberdade de expressão não alberga o discurso do ódio. **Consultor Jurídico**, 11.02.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-11/bentivegna-liberdade-expressao-nao-alberga-discurso-odio>. Acesso em: 20 maio 2024.

BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte especial 4: Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BLACK, Virginia. **Judges in Contemporary Democracy: an International Conversation**. Robert Badinter & Stephen Breyer, 2004.

BLUM, Steven. **How to fight the resurgence of neo-nazism in the age of the internet**. Broadly, 2017. Disponível em: <https://broadly.vice.com>. Acesso em: 9 julho 2024.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 10 julho 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constuicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 dezembro 2023.

BRASIL. **Lei n.7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm. Acesso em: 10 julho 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 7 maio 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento n.2135751- 66.2016.8.26.0000**. Relatora: Christine Santini. Julgado em: 02-09-16. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 10 julho 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303**. Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Melo. Julgado em: 06-03-2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 julho 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000**. Relator: Celso de Mello. Data de Julgamento: 13/06/2019. Tribunal Pleno. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/939911266>. Acesso em: 1 julho 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 548**. Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 15/05/2020. Publicado em: 28/05/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752896813>. Acesso em: 1 julho 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 696 DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 19.06.2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1106712603>. Acesso em: 01 julho 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Segunda Turma. **Rcl: 38782 RJ 0085028-46.2020.1.00.0000**. Relator: Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 03/11/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1170683292/inteiro-teor-1170683300>. Acesso em: 1 julho 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **AP: 1044 DF 0036863-31.2021.1.00.0000**. Relator: Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 14/09/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1284626904/inteiro-teor-1284626935>. Acesso em: 1 julho 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Rcl: 55985 - AM**. Relator: Dias Toffoli. Data de Julgamento: 26/09/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1651621075/inteiro-teor-1651621078>. Acesso em: 4 outubro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **ARE: 1365645 PR 5046863-67.2016.4.04.7000**. Relator: Carmen Lúcia. Data de Julgamento: 02/02/2022. Data de Publicação: 16/02/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1386771206/inteiro-teor-1386771231>. Acesso em: 1 julho 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **RE: 1382650 – DF**. Relator: Rosa Weber. Data de Julgamento: 23/06/2022. Data de Publicação: 04/07/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1575842097>. Acesso em: 1 julho 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **HC: 213826 - DF**. Relator: Roberto Barroso. Data de Julgamento: 04/04/2022, Data de Publicação: 06/04/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1618011914/inteiro-teor-1618011927>. Acesso em: 1 julho 2024.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio?: Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Direito Público**, n. 15, p. 117-136, jan.-mar., 2007, p. 121. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418/884>. Acesso em: 25 maio 2024.

BUTTLER, Judith. **Excitable speech**: A Politics of the Performative. Routledge: Nova Iorque e Londres, 1997.

BUTLER, Judith. **Discurso de ódio**: uma política do performativo. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

CAMPOS, Carmen Hein. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. In: BARSTED, Leila Linhares. **Lei Maria da Penha**: uma experiência bem-sucedida de advocacia feminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CATOIRA, Ana Aba. Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, 2015. v. 19.

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

COELHO, Josafá da Silva. **Partidos políticos no Brasil**: os dilemas entre cláusula de barreira e o hiperpartidarismo. Curitiba: Juruá, 2022.

COHEN, Andrew Jason. **Toleration and freedom from harm**: liberalism reconceived. Nova Iorque: Routledge, 2018.

CONRADO, Rômulo Moreira. **A função social da liberdade de expressão**: limites constitucionais. 464 f. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Ceará, Universidade Federal de Fortaleza, UNIFOR, 2014. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12812/1/2014_dis_rmconrado.pdf. Acesso em: 10 de outubro 2024.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. São Paulo: EDIPRO, v. 2, f. 40, 2019.

COSTA, Alessandra Abrahão. **Liberdade de Expressão vs. Discurso de Ódio**: uma questão de (in)tolerância. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

COSTA, M. **A história do Brasil para quem tem pressa**: Dos bastidores do descobrimento à crise de 2015. Rio de Janeiro: Editora Valentina, 2016.

COUNCIL OF EUROPE. **Convenção Europeia de Direitos Humanos – CEDH**. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 25 maio 2024.

COUTO, Alexandre Freitas. **O discurso de ódio e os limites à liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 46, n. 111, p. 55-69, jun., 2005.

DELGADO, Richard, Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 17, 1982, p. 134. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2000918>. Acesso em: 22 maio 2024.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EMCKE, Carolin. **Contra elodio**. Barcelona: Taurus, 2017.

ESPINOZA, Baruch de. **Tratado Teológico-político**. Tradução Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FADEL, Anna Laura Maneschky. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?** Uma análise das teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron a partir da herança do liberalismo de John Stuart Mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FELIPE, Sônia T; PHILIPI, Jeanine N. **Corpo violentado**: estupro e atentado violento ao pudor. João Pessoa: UFSC, 1998.

FERNÁNDEZ, Alejandro Turienzo. **El delito de negación del holocausto**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universitat Pompeu Fabra, 2014. Disponível em: http://www.indret.com/pdf/1117_es.pdf. Acesso em: 6 julho 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **O tribunal de Nuremberg**: dos precedentes à confirmação de seus princípios. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

FÓRUM brasileiro de segurança pública. **Medo da violência e o apoio ao autoritarismo no Brasil**: índice de propensão ao apoio a posições autoritárias. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017, p.14. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br>. Acesso em: 10 Julho 2024.

FRANCEZ, Andréa. Cyberbullying. In: FRANCEZ, Andréa; COSTA NETTO, J. Carlos; DÁNTINO, S. Famá (Coords.). **Direito do entretenimento na internet**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. Florianópolis: Seqüência, 2013.

FRONZA, Emanuela. The criminal protection of memory. Some observations about the offense of Holocaust denial. In: HENNEBEL, Ludovic; HOCHMANN, Thomas (Eds.). **Genocide denials and the law**. New York: Oxford University Press, 2011.

GABINA, Lourenço Paiva. **Discurso de ódio, jurisdição constitucional e pragmatismo**. Belo Horizonte: Dialética, 2020. (e-book kindle).

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: Pacto de San Jose da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; LUCCAS, Victor Nóbrega. **Discurso de ódio: desafios jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2020.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Direito penal especial e direitos fundamentais: visão luso-brasieira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GROSS, Clarissa Piterman. **Pode dizer ou não? Discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária**. 2017. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

GUIMARÃES, Elisabeth da Fonseca. Democracia, Direitos Humanos e Gênero. **ORG & DEMO**, Marília, v. 11, 2010.

GUNDIM, Wagner. **Democracia 4.0: a liberdade de expressão na sociedade de dados**. Londrina, PR: Troth, 2021 (*kindle*).

HABERMAS, Jürgen. Religious Tolerante: the pacemaker for Cultural Rights. **Royal Institute of Philosophy**, v. 79, n. 307, p. 5-18, jan., 2004.

HARASZTI, Miklos. Foreword: hate speech and the coming dath of the international standard before it was born (complaints of a watchdog). In: HERZ Michael; MOLNAR, Peter. **The content and context of hate speech: Rethinking regulation and responses**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

HARTMANN, Ivar A. Liberdade de expressão e capacidade comunicativa: um novo critério para resolver conflitos entre direitos fundamentais informacionais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 145-183, jul./dez. 2018.

HOCHMANN, Thomas. **Le negationnisme face aux limite de la liberte d'expression**. Etude de droit compare. Paris: Pedone, 2012.

HOLTUG, Nils. The harm principle. **Ethical theory and moral practice**, v. 5, n. 4, p. 357-389, 2002. Disponível em: <https://www.abhmuseum.org/how-slavery-became-legal-for-blacks-only/>. Acesso em: 1 Julho 2024.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2009.

IMBLEAU, Martin. Denial of the Holocaust, genocide, and crimes against humanity. A comparative overview of ad hoc statutes. In: HENNEBEL, Ludovic; HOCHMANN, Thomas. **Genocide denials and the law**. New York: Oxford University Press, 2011, p.252-253.

ITKOWITZ, Colby. **This professor devotes her life to countering dangerous speech**. She can't ignore Donald Trump's. The Washington Post, 2016. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/>. Acesso em: 9 julho 2024.

ITXASO, María Elósegui. La negación o justificación del genocidio como delito em el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación n.15 de la Ecri. **Revista de Derecho Político**, n.98, jan.-abr., 2007. Disponível em: <http://revistas.uned.es>. Acesso em: 6 julho 2024.

JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. **Hate crimes: Criminal law & identity politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1998.

KALLAJIAN, Manuela Cibim. **Privacidade, Informação e Liberdade de Expressão**. Curitiba: Juruá, 2019.

KEATS-CITRON, Danielle. Hate Crimes in Cyberspace. **U of Maryland Legal Studies Research**, 2015. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/Hate_Crimes_in_Cyberspace.html?id=wmiABAAQBAJ&redir_esc=y. Acesso em: 15 abril 2024.

KOPOSOV, Nikolay. **Memory laws, memory wars: The politics of the past in the Europe and Russia**. Cambridge University Press, 2018.

LAWRENCE III, Charles R. If he hollers let him go: regulating racist speech on campus. In: CRENSHAW, Kimberlè Williams; DELGADO, Richard; LAWRENCE III, Charles R.; MATSUDA, Mari J. **Words that wound – critical race theory, assaultive speech, and the first amendment**. Boulder: Westview Press, 1993.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOTTENBERG, F.; VAINZOF, R. Dificuldades Técnicas e Jurídicas para Coibir o Discurso de Ódio na Internet. In: **Discurso de Ódio: desafios jurídicos**. São Paulo, SP: Almedina, 2020. p. 265-301.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino França; SANTOS, Gustavo Ferreira. **Limites entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio: controvérsias em torno das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira**. Paraíba: Genero & Direito, 2014. (semestre 2).

MACHADO, Jonatas E.M; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. **Difamação de Figuras Públicas**: Tutela Jurídica e Censura Judicial à Luz do Direito Português. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

MACKINNON, Catharine. **Only Words**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993.

MARCHERI, Pedro Lima. **O crime de divulgação do nazismo**. São Paulo: Baraúna, 2014.

MARTÍNEZ, Francisco Valiente. **Límites constitucionales al discurso del odio**. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontificia Universidad Comillas. Madrí, 2017.

MARTINEZ, Rosario de Vicente. **El discurso del odio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

MCKEOWN, Tessa. **Hate speech and holocaust denial**: the prohibition of false historical discourse in modern society. LLM Research Paper. Laws 520: Censorship and the freedom of expression. Faculty of Law. Victoria University of Wellington, 2014. Disponível em: <http://researcharchive.vuw.ac.nz/>. Acesso em: 6 julho 2024.

MCVEIGH, Rory. Structured Ignorance and Organized Racism in the United States. **Social Forces**, v. 82, p. 895-903, 2004.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista**: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2019.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do espírito das leis**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. v. 1.

MOURA, Marco Aurélio. **Discurso do ódio em redes sociais**. São Paulo: Lura Editorial, 2016. (*e-book kindle*).

MOURA, Thaisa Carvalho Batista Franco de. **A banalidade do mal entre o direito e a internet**: o discurso de ódio a partir de uma releitura arendtiana nas redes de relacionamento social. 301 f. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/>

bitstream/1843/47862/1/%5bTese%5d%20Thaisa%20Carvalho%20Batista%20Franco%20de%20Moura.pdf. Acesso em: 8 outubro 2024.

NAPOLITANO, José Carlos; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, p. 16-26, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Sobre a criminalização da homofobia e transfobia: uma análise crítica. **Empório do Direito**, 13.06.2019. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/sobre-a-criminalizacao-da-homofobia-e-transfobia-uma-critica-da-critica>. Acesso em: 1 julho 2024.

OMMATI, José Emília Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. 5 ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

ORWELL, George. **1984**: Tradução Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4118309/mod_resource/content/1/1984%20-%20George%20Orwell.pdf. Acesso em: 20 maio 2024.

PEREIRA, Joaquim Eduardo; ISHIKAWA, Lauro. Uma (Re)consideração essencial sobre a liberdade. **Revista Pensamento Jurídico, São Paulo**, Brasil, v. 10, n. 2, 2017. Disponível em: <https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/311>. Acesso em: 10 out. 2024.

RAWLS, John. **Justice as Fairness**: Political Not Metaphysical. Belknap Press, 1985.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro pipeta e Lenita M.R Esteves. São Paulo. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, Carolina do Val; RIBEIRO, Luiz Gomes Ribeiro. Relativização da noção de estado soberano na sociedade de massa e as redes sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 84, p. 61-72, jul./set. 2013.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROLIM, Renata Ribeiro. **Paradoxos da Liberdade de Expressão**. Cajazeiras: Arribaça, 2022.

RODRIGUES JUNIOR, Alvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle**. 2. ed. Curitiba, PR: Editora Juruá, 2022.

ROSENFELD, Michel. **Hate speech in constitucional jurisprudente**: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, 2003, p. 1526. Disponível em: <https://larc.cardozo.yu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1147&context=faculty-articles>. Acesso em: 25 maio 2024.

SÁ, Mariana Oliveira de. **O discurso de ódio, o silêncio e a violência**: lidando com ideias odiosas. 2020. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/33427>. Acesso em: 9 outubro 2024.

SALVADOR, João Pedro Favaretto. **Discurso de ódio e redes sociais**. São Paulo: Almedina, 2023. (*Kindle*).

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso de ódio nas redes sociais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/428>. Acesso em: 8 outubro 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNET NETO, Jayme. Liberdade de expressão: algumas ponderações em matéria penal à luz da Constituição Federal do Brasil. **EJL**, Joaçaba, v. 18, n. 3, set./dez. 2017. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11318/2/Liberdade_de_expres_sao_algumas_ponderacoes_em_materia_penal_a_luz_da_Constituicao_Federal_do_Brasil.pdf. Acesso em: 8 outubro 2024.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. 2006. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/>. Acesso em: 7 julho 2024.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, mai.-ago., 2007. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/express-pluralismo-papel-promocional-58998927#:~:text=De%20acordo%20com%20ela%2C%20a,n%C3%A3o%20%C3%A9%20incorreta%2C%20mas%20incompleta>. Acesso em: 29 maio 2024.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHAFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 207, p. 153-158, jul.-Set., 2015.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**: drama en cinco actos, 1878, v. 1. Tradução livre. Disponível em: http://play.google.com/books/reader?id=u2nEyl1m2vAC&hl=&printsec=frontcover&source=gb_api. Acesso em: 20 maio 2024.

SHEEHY, Audrey. The rise of the far right. **Harvard Political Review**, 11 fev.2017. Disponível em: <http://harvardpolitics.com/world/rise-of-far-right/>. Acesso em: 10 julho 2024.

SHERRY, Mark. Exploring disabilities hate crimes. **International journal, review of disability studies**. v.1, n.1, 29 dez.2014. Disponível em: <https://www.rdsjournal.org>. Acesso em: 10 julho 2024.

SIERRA, Francisco; LEETOY, Salvador; GRAVANTE, Tommaso. **Ciudadanía Digital & Democracia Participativa**. Salamanca: Pepa Peláez, Editora, 2018.

SILVA, Matheus Teixeira da. **Discursos de ódio**: entre a liberdade de expressão e a dignidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SOUZA, Gabriel. **Cidadania digital para combater Fake News**. 21.10.2019. Disponível em: <http://gabrielsouza.net/cidadania-digital-para-combater-fake-news/>. Acesso em: 7 dezembro 2023.

SPINGO, Irene. Discursos de odio y liquidez em los tempos de internet. In: RIOS, Blanca Martín. **La prevención y represión del discurso del odio**. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerância. Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2019.

STEGBAUER, Andreas. **Rechtsextremistische Propaganda im Lichte des Strafrechts**. Munique: WF, 2000.

SWEENEY, Marlis Silver. **What the law can (and can't) do about online harassment**. 2014. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/>. Acesso em: 15 abril 2024.

TEJADA, Javier Tajadura. Libertad de expresión y negación del genocidio: comentário crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007. **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 80, 2008. Disponível em: <https://www.euskadi.net/>. Acesso em: 6 julho 2024.

TRINDADE, Moreira. Espinosa e a liberdade. **Razão Inadequada**, 15.07.2014. Disponível em: <https://razaoinadequada.com/2014/10/29/espinosa-e-a-liberdade/> Acesso em: 1 Julho 2024.

VAN ALSTYNE, William. The specific theory of academic freedom and the general issue of civil liberty. Academic Freedom and Civil Liberties – The Annals of the American Academy. **Faculty Publications, Paper 792**, p. 140-156, 1972.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 375-393, set.-dez., 2018.

WANDRES, Thomas. **Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens**. Berlim: Duncker & Humblot GmbH, 2000.

WARBURTON, Nirgel. **Liberdade de expressão**: uma breve introdução. São Paulo: Dialética, 2020.