

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

FERNANDO GEHLING BERTOLDI

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRÍTICAS
AO MODELO LIBERAL
APROXIMAÇÕES E CONFLITOS FRENTE O DISCURSO DO ÓDIO**

Porto Alegre

2017

FERNANDO GEHLING BERTOLDI

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRÍTICAS
AO MODELO LIBERAL**

APROXIMAÇÕES E CONFLITOS FRENTE O DISCURSO DO ÓDIO

Projeto de pesquisa apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de especialista em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Professor Orientador: Carlos Reverbel

**Porto Alegre
2017**

FERNANDO GEHLING BERTOLDI

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRÍTICAS
AO MODELO LIBERAL: Aproximações e Conflitos Frente o Discurso do Ódio**

Trabalho de conclusão de curso de especialização apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Público.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Nome do Professor

Nome do Professor

Nome do Professor

Dedico este trabalho a todos
aqueles que lutam por uma defesa
igualitária da liberdade de expressão.

“O homem é feito visivelmente para
pensar; é toda a sua dignidade e
todo o seu mérito; e todo o seu
dever é pensar bem.”

Blaise Pascal

RESUMO

Este trabalho, através de método dedutivo, apresenta um panorama do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, notadamente sob prisma constitucional e atentando para sua relação com direitos de personalidade e, ainda, para seu caráter de fundamento da República. Ainda, busca-se explicitar as características da Liberdade de Expressão, no que se refere ao modelo liberal, com enfoque em sua estrutura e relação com outras regras e princípios. Apresentam-se, assim, os contornos conceituais desses institutos e suas posições dentro do ordenamento brasileiro. Além disso, faz-se a análise das aproximações entre eles e suas peculiaridades frente os direitos de personalidade. Por fim, são abordados alguns pontos de tensão entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, a ponderação entre eles e a necessidade de uma regulação para o setor, salientando-se, ainda, os perigos do modelo liberal de liberdade de expressão, consubstanciados nas críticas feministas e no fenômeno do discurso do ódio.

Palavras-chave: Constitucional. Modelo Liberal de Liberdade de Expressão. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos de Personalidade e Livre Desenvolvimento. Ponderação de Princípios. Críticas feministas ao modelo liberal. Discurso do ódio.

ABSTRACT

This work, through a deductive method, presents an overview of the Principle of the Dignity of the Human Person, especially from a constitutional point of view and considering its relation with personality rights, and, also, for its characteristic of being the foundation of the Republic. In addition, it is sought to make explicit the characteristics of Freedom of Expression, with regard to the liberal model, focusing on its structure and relation with other rules and principles. Thus, the conceptual outlines of these institutes and their positions within the Brazilian system are presented. In addition, it is made the analysis of the approximations between them and their peculiarities against the personality rights. Finally, it is presented some points of tension between the freedom of expression and the dignity of the human, the balance between them and the need for regulation for the sector, focusing on the dangers of the liberal model of freedom of expression, embodied in feminist critiques and the phenomenon of hate speech.

Key words: Constitutional. Liberal Model of Freedom of Expression. Dignity of the Human Person. Personality Rights and Free Development. Weighting of Principles. Feminist Critiques to the Liberal Model. Hate Speech.

Sumário

1	Introdução	10
2	Dignidade da Pessoa Humana	13
2.1	Bases Histórico-Filosóficas da Dignidade da Pessoa Humana.....	13
2.2	Positivção e Conteúdo	18
2.3	Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988	21
2.4	Dignidade da Pessoa Humana e Direitos de Personalidade	24
3	Liberdade de Expressão.....	28
3.1	Noções Estruturantes	29
3.2	Limites constitucionais e limitação judicial através da interpretação ponderativa	35
3.3	Direitos de personalidade e regulamentação do direito à liberdade de expressão ...	38
4	Críticas ao modelo liberal de liberdade de expressão	41
4.1	Discurso do Ódio	42
4.2	Críticas Feministas	54
5	Conclusão	58

1 Introdução

A expressão de ideias possui a inegável característica de transformar a história humana desde o princípio dos tempos. Já depôs sistemas políticos opressivos, rendeu noções de conduta social obsoletas e avançou na causa de muitas das formas controversas do conhecimento humano. Esteve intimamente ligada com movimentos libertários, desde as revoltas regenciais até os movimentos pelo fim da censura prévia ou fim da ditadura militar brasileira como um todo.

É notório que abolicionistas, filósofos, republicanos ou ativistas de direitos civis têm usado suas vozes e seus escritos ao longo da história para drasticamente alterar a estrutura da sociedade brasileira, apesar de tentativas de seus opositores de silenciar essas ideias. Exemplos disso, tanto históricos quanto atuais, são visíveis no mundo todo, desde protestos em Brasília contra exercício de algum cargo público, até lutas pela livre exposição de ideais feministas na Rússia.

Assim, como protagonista de revoluções e lutas por igualdades e liberdades, a livre exposição de ideias alcançou infindável número de adeptos e defensores, como se percebe em uma das primeiras obras que defendeu a liberdade de expressão, *Areopagítica* de John Milton, de 1644. Nela, Milton afirma que a verdade sempre acabará por vir ao de cima¹.

Apoiado nesta premissa, entre outras, surgiu o Estado Constitucional, enquanto institucionalização do projeto do iluminismo, correspondendo, assim, à emergência das liberdades da comunicação.

Dessa forma, percebe-se como cerne da noção e da finalidade do princípio da liberdade de expressão, uma garantia de controle daqueles que se encontram afastados do poder, das lideranças ou, simplesmente, da maioria dominante. Serve como motor para a democracia, fazendo valer a opinião daqueles que, sendo opositores ou minorias, não seriam respeitados ou valorizados dentro da esfera de decisões político-sociais de um determinado grupo.

¹ MILL, John. **Areopagítica**: A Speech for Liberty of Unlicensed Printing. New York: Lawbook Exchange Ltd, 2006. p. 45.

O livre manifesto de pensamento é, portanto, largamente associado a uma busca da real verdade, à livre expressão pessoal, ao correto funcionamento da democracia e a uma isonomia entre ambiente político governamental estável e revolucionário. Tal liberdade é imprescindível para que os indivíduos possam exercer suas aptidões morais de justiça e de noção do bem. Consequentemente, a liberdade de expressão, aliada às formas políticas ditadas pela Constituição, aparece como alternativa ao uso da lei de talião e à revolta armada, que ameaçariam enormemente as demais garantias fundamentais.

Porém, após a Constituição de 1988, o país mergulhou, como resposta às cicatrizes deixadas pela censura do regime militar, na ilusão de um princípio da liberdade de expressão absoluto, que não poderia nem deveria ser restringido em nenhuma circunstância.

Por isso, hoje, nota-se no Brasil uma grande distorção quando da aplicação do referido princípio. Tornou-se recorrente que qualquer pessoa tome a liberdade de ofender a honra e a intimidade de uma pessoa ou um grupo e afirmar que se trata do exercício de um direito fundamental, mais especificamente do direito à liberdade de expressão.

Trata-se, em verdade, de uma falácia argumentativa que tenta se camuflar de legítima. É necessário esclarecer que os direitos fundamentais não são absolutos, da mesma forma que não podem servir de escudo às práticas que violam o próprio sistema de direitos fundamentais.

O direito à liberdade de expressão parece encontrar limites no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. O direito dos indivíduos de expressarem-se não permite que se utilize esta liberdade para atacar, reduzir ou tentar reduzir o outro como cidadão, sujeito de direito e dignidade humana. Há proteção à expressão que visa criar discriminação negativa ou reduzir a condição humana do outro? Há proteção à expressão que se volta contra os valores fundamentais da igualdade e da democracia?

Tais questionamentos devem ser levantados para que se alcance a necessária harmonia entre os ditames da liberdade de expressão e os requisitos mínimos exigidos à concreção da dignidade da pessoa humana. É relevante que se conheçam,

também, as teorias críticas sobre o ponto, as quais questionam os moldes liberais da liberdade de expressão e pregam uma reformulação do mesmo. Notadamente importante, no mínimo para que se compreenda que existem visões que se sentem excluídas da proteção dada pelo princípio da liberdade de expressão, são as teorias feministas e as teorias referentes ao discurso do ódio. Nelas, observa-se uma tentativa de limitação aos discursos que incitem discriminação de grupos, além de uma abertura dos meios de comunicação àqueles grupos marginalizados do processo de expressão humana.

De acordo com Jonatas Machado², há uma noção que a liberdade de expressão tem um aspecto defensivo (evitando a intervenção abusiva do Estado), e um aspecto protetivo (precisando da intervenção estatal para ser garantida). O questionamento que se impõe serve para descobrir até que ponto devem ser defendidos ou qual o limite destes aspectos. É possível o banimento de matérias específicas – oratórias de incitação ao ódio, com caráter homofóbico ou racista – sem que isso implique em uma restrição demasiada da liberdade de expressão? Ou é necessário que se prefira regulação de dimensão neutra?

Algumas manifestações podem, inclusive, ter um caráter silenciador, quando reforçarem preconceitos difundidos no ambiente social. Assim, se, eventualmente, se utilizasse uma conduta coercitiva que impedisse a livre manifestação de ideias racistas ou preconceituosas, estar-se-ia, em verdade, antes defendendo a liberdade de expressão do que a limitando.

Nem por isso, entretanto, se está defendendo um órgão atribuído de, previamente, definir formas e conteúdos do que pode ser expressado livremente, mas sim, de criar critérios para julgar e punir os responsáveis por veicular discurso de conteúdo ofensivo.

Sobre estas ponderações, com intuito de melhor compreender as noções de liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana, discurso do ódio e seus pontos conflitantes, segue o trabalho.

² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 266-288.

2 Dignidade da Pessoa Humana

Na Grécia antiga, a filosofia ocupava-se da descoberta de um valor ou princípio último, ou seja, uma base para todas as coisas, integradora implícita das diversidades sociais e principiológicas de então. Tal problema foi descrito como “o um e os muitos” (the one and the many) ou, em outras palavras, na unidade da pluralidade³.

Aplicando-se tal conceito às sociedades democráticas modernas, podemos constatar que, nas palavras de Luis Roberto Barroso, “a dignidade da pessoa humana seria um dos principais candidatos ao papel de maior de todos os princípios, aquele que está na essência de todas as coisas”⁴.

No presente capítulo, busca-se apresentar alguns aspectos ligados à compreensão dos conteúdos e significados daquilo que se poderia designar de dimensões da dignidade da pessoa humana, com o enfoque voltado para a ordem jurídica, notadamente pelo prisma da ordem jurídico-constitucional.

2.1 Bases Histórico-Filosóficas da Dignidade da Pessoa Humana

Torna-se indispensável, assim, vislumbrar — ainda que de forma limitada — algumas das contribuições provenientes do pensamento filosófico ocidental. Com efeito, se, por vezes, a Filosofia posiciona-se como blindada ao Direito (embora seja o Direito quem acabe por definir — e decidir — qual a dignidade que será objeto de tutela do Estado e, além disso, qual a proteção que este pode assegurar àquela), este não deve e nem pode — ou, pelo menos, não deveria — trilhar o mesmo caminho.

Ressalta-se que, embora a dignidade da pessoa humana tenha recebido uma maior atenção apenas depois das atrocidades experimentadas no período nacional-socialista da Alemanha – que culminou na Segunda Guerra Mundial, com o holocausto

³ COPLESTON, Frederick. **A history of philosophy**. New York, NY: Doubleday, 1946. v. 9. p. 35

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 132 p.

provocado pelo nazistas e fascistas – o estudo dos atributos intrínsecos da pessoa humana remonta à antiguidade, ocupando o tempo de teólogos e filósofos.

O pensamento atualmente concebido para dignidade da pessoa humana tem origens no pensamento clássico e nos ideais cristãos, com fundamento nos postulados bíblicos de que Deus é amor e de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus como o centro da criação⁵. A partir de tal premissa, o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano – e não somente os cristãos – é dotado de valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento⁶.

Dessa forma, os seres humanos são dotados de dignidade porque foram criados por um ser maior, para amarem-se uns aos outros. Repare-se que o conceito empregado – outros – é altamente inclusivo, abarcando amigos, inimigos e até mesmo pessoas moralmente detestáveis, afinal de contas, são todos filhos de Deus⁷.

Percebe-se, portanto, a ideia de uma dignidade pessoal atribuída a todo e qualquer indivíduo ter sido concebida, inicialmente, pelo cristianismo^{8 9}.

Por outro viés, o pensamento da Antiguidade clássica defendia a relação entre a dignidade (*dignitas*) e o status social e reconhecimento do indivíduo, ocasionando a existência de pessoas mais ou menos dignas. A dignidade, portanto, era um predicado e poderia ser tanto conferido quanto retirado de alguém¹⁰. Já no pensamento estoíco, a dignidade era tida como a qualidade do ser humano a qual, sendo inerente, o distinguia dos demais seres, no sentido de que todos seriam dotados de igual dignidade. Tal noção está ligada à ideia de liberdade pessoal de cada indivíduo (o

⁵ Passagem do livro Genesis, quando Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, para governar sobre os demais seres vivos e sobre a terra (Gênesis 1:26). Referência, também, na Tragédia Grega Antígona, de Sófocles, na passagem onde o Homem é apresentado como maior milagre na terra e como senhor de todos os seres vivos.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 32.

⁷ PERRY, Michal. **Toward a Theory of Human Rights: Religion, Law, Courts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. 270 p.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 115.

⁹ Dessa forma, a partir das fundamentações religiosas e filosóficas, a noção de dignidade da pessoa humana, apesar de sua fluidez e indeterminação, vem recebendo contornos mais precisos no campo do Direito

¹⁰ MAURER, Béatrice. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 240 p.

homem como ser livre e responsável por seus atos e destino), assim como à ideia de que todos os homens, de acordo com sua natureza, são iguais em dignidade¹¹.

Posteriormente, com o advento do humanismo, a concepção de dignidade vinculada à status foi sendo ultrapassada, surgindo a dignidade derivada da própria condição humana. O processo de secularização, embora sem deixar de lado as ideias cristãs, também passou a ser realidade influente na defesa da condição humana. É assim que, influenciado pelo movimento antropocentrismo, Pico della Mirandola defende a grandeza e superioridade do homem sobre os animais graças à sua racionalidade, a qual lhe permite ter ciência de sua liberdade. Assim, Mirandola colocou o homem no centro do mundo, além de difundir a ideia de que, já que foi elevado à condição de árbitro e soberano de si mesmo, o homem tem como fim conduzir sua vida de acordo com suas próprias vontades¹².

Através da linha dos jusnaturalistas racionalistas, prosseguiu-se a laicização da dignidade, destacadamente com Samuel Pufendorf – quem primeiro construiu uma concepção de direito natural baseado na razão. Pufendorf acrescentou à noção de dignidade como liberdade e compartilhamento da razão, a ideia de igualdade entre os homens¹³.

Por sua vez, Kant, apoiado no iluminismo, completa o processo de laicização da dignidade da pessoa humana, sustentando que a autonomia da vontade é a expressão e o fundamento da dignidade da natureza humana. A vontade é compreendida como a faculdade de se determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, sendo tal faculdade encontrada apenas nos seres racionais. A autonomia da vontade seria aquela propriedade do homem segundo a qual ela é, para si mesma, a sua lei.

Seguindo este raciocínio, assevera Immanuel Kant¹⁴:

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 12.

¹² MIRANDOLA, Pico Della. **Discurso sobre la dignidad del hombre**. Traducción de Adolfo Ruiz Diaz. Buenos Aires: Goncourt, 1978. p. 48.

¹³ HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Melo Aleixo. In: SARLET, Ingo W. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 71.

¹⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008. p. 71.

Ora, digo eu: - O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim.

.....
Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmo, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto do respeito).

Desta ideia resulta a conhecida fórmula do homem como fim em si mesmo: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”¹⁵.

Assim, de acordo com John Rawls, a fórmula acima destacada pede uma interpretação positiva e outra negativa, ou seja, não apenas impõe limites em relação aos meios que se pode adotar na busca dos fins pretendidos (limites estes constituídos pelos seres racionais), como conduz à promoção dos fins obrigatórios especificados pelos deveres de virtude, isto é, aqueles que estão intimamente vinculados com o bem dos seres racionais¹⁶. Em outras palavras, tratar a humanidade com fim em si mesmo implica, também, o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem.

Ainda em Kant, extrai-se uma terceira formulação, que cuida da autonomia da vontade: “Age segundo máximas que possam simultaneamente ter-se a si mesmas por objeto como leis universais da natureza”¹⁷. Ou seja, para Kant, o ser racional terá dignidade porque é capaz de criar sua própria lei universal e obedecê-la.

¹⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008. p. 73.

¹⁶ RAWLS, John. **História da filosofia moral**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 219-226.

¹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008. p. 85.

Impende mencionar, ainda, a filosofia de Hegel, a qual defende que o homem não nasce dotado de dignidade, devendo adquiri-la pela assunção de sua condição de cidadão¹⁸.

Sobre este ponto, impende destacar as palavras de Ingo Sarlet¹⁹:

Nesta perspectiva, não é à toa que na filosofia do Direito de Hegel já se faz presente a concepção de que a dignidade é (também) o resultado de um reconhecimento, noção consubstanciada – não só, mas especialmente – na máxima de que cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoas (sei eine Person und respektiere die anderen als Personen).

Seguindo-se para a contemporaneidade, impende destacar John Rawls e Ronald Dworkin. Apesar de haver divergência entre os autores, ambos defendem a ideia de justiça vinculada à proteção dos direitos fundamentais, consideram a autonomia e a dignidade da pessoa humana fundamentos da concepção de justiça e, ainda, reaproximam a filosofia moral e política ao Direito. Ademais, os dois consideram que a realização da dignidade da pessoa humana está condicionada ao acesso a condições materiais mínimas.

Evidencia-se que Rawls segue a linha kantiana da dignidade, afirmando que, para que se garantam as liberdades fundamentais em detrimento do bem comum, é preciso supor que as pessoas disponham de condições materiais mínimas que cubram as necessidades básicas dos cidadãos. Dito de outra forma, Rawls concebe uma teoria onde há um princípio anterior ao primeiro princípio de justiça (direitos e liberdades iguais): a garantia de atendimento do mínimo existencial²⁰.

Por sua vez, Dworkin também segue a doutrina kantiana, referindo que a dignidade tem tanto uma voz ativa (autorrespeito) como uma voz passiva (respeito em relação a terceiros), ligados entre si pelo valor intrínseco da vida humana. Posteriormente, o autor considera a dignidade humana como valor supremo que

¹⁸ MIGUEL, Ruiz. **Human Dignity**: History of an idea. Santiago de Compostela: Jorneue Folge Band, 2004. p. 298.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 43.

²⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 32-35.

unifica a ética e a moralidade, legitima a ordem política e orienta a interpretação da justiça, igualdade e liberdade, além de ser referência axiológica da ordem jurídica e guia para interpretação de conceitos normativos²¹.

2.2 Positivção e Conteúdo

Mesmo tendo sido objeto de estudo de estudiosos há muitos séculos, é importante ressaltar que a positivção da dignidade da pessoa humana aconteceu tardiamente. Apenas após a Segunda Guerra Mundial – que trouxe consigo inúmeras atrocidades contra os direitos humanos – foi formulada a ideia de criar-se como premissa a existência de uma lei moral, na qual o ser humano figura como elemento central, acima da lei²².

Os textos internacionais e constitucionais criados após esse momento refletiram a nova mentalidade, passando a dignidade da pessoa humana da base moral para comando jurídico ligado aos direitos humanos – e fonte e justificção destes – além de princípio orientador da atuação estatal.

Rassalta-se, contudo, a ausência de definição de conteúdo da dignidade ou que delimite seu âmbito de proteção nas positivções referidas no parágrafo anterior. Tal aspecto, ainda assim, é de salutar importância, já que se está frente a uma categoria axiológica aberta – a qual possui, portanto, construção permanente frente à evolução da sociedade.

Dessa forma, toma-se como ponto de partida (aceito, inclusive, pela doutrina majoritária) a noção de que a dignidade é atributo intrínseco de todos os seres humanos, sem exceção, pelo que, portanto, não há falar em concessão ou perda da dignidade. É uma qualidade individual, no sentido que se reporta à pessoa concreta,

²¹ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. 528 p.

²² MARTIN, Nuria Belloso. El principio de dignidade de la persona humana en la teoria kantiana: algunas contradicciones. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 40-60, jul./set, 2008. p. 57.

impedindo sacrifícios da dignidade individual em favor do bem geral, além de ser algo inegociável e indisponível²³.

Tal premissa também abarca a noção do ser humano necessitar de respeito e proteção, independente das circunstâncias. Essa concepção foi desenvolvida na Alemanha, sendo recorrente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal a conhecida *fórmula-objeto*. Assim, a dignidade humana é violada quando a pessoa é reduzida à condição de objeto, como quando é humilhada, estigmatizada, perseguida ou proscrita²⁴.

Nacionalmente, essa linha foi seguida pelo Supremo Tribunal Federal na resolução do Habeas Corpus 85327, com relatoria do ilustre Ministro Gilmar Mendes. Segundo o relator, o princípio da dignidade da pessoa humana proíbe a utilização e transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais, além de vincular o Estado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposições e ofensas ou humilhações²⁵.

Por sua vez, também correto é o entendimento de Ricardo Soares, que afirma a dignidade da pessoa humana possibilitar a identificação de um núcleo de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo, relacionando-se tanto com a satisfação espiritual quanto com as condições materiais de subsistência do ser humano, vedando-se qualquer tentativa de degradação ou coisificação do ser humano em sociedade²⁶.

A dignidade apresenta, ainda, uma dimensão intersubjetiva, já que o homem convive em comunidade onde todos são iguais em dignidade. A dignidade de cada pessoa impõe uma obrigação geral de respeito pela pessoa e pelo seu florescimento humano, além de reclamar reconhecimento e proteção da ordem jurídica na garantia de todos receberem igual respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. É a noção da dignidade “como produto do reconhecimento da essencial

²³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 4. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 199.

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 353.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Habeas Corpus nº 85327 da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 15 de agosto de 2006. **Diário de Justiça, Brasília**, DF, 20 out. 2006.

²⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142.

unicidade de cada pessoa e do fato de esta ser credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana”²⁷.

Em seu livro das dimensões da dignidade, Ingo Sarlet salienta sua dupla dimensão, a qual se apresenta como limite e tarefa do Estado e da comunidade em geral²⁸:

Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas o devido respeito e promoção.

Finalmente, impende destacar o conceito formulado pelo Doutor Sarlet, mesmo que se saiba que é, segundo o autor, impossível alcançar uma fórmula abstrata e genérica que expresse tudo o que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana. Segue sua formulação²⁹:

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

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 70.

Após essa breve explanação sobre os contornos da dignidade da pessoa humana, impende destacar seu posicionamento na Constituição Federal de 1988.

2.3 Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, ineditamente no constitucionalismo nacional, estampou expressamente a dignidade da pessoa humana. Essa previsão ocorreu no título dos princípios fundamentais, no artigo 1º da Lei Maior, de acordo com o qual a República Federativa do Brasil, formada pela união indissociável dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Fica evidente, através da eleição da dignidade como fundamento do Estado, a absorção da ideia de que o Estado deve servir de meio para o bem-estar do homem, assegurando-lhe condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas para tanto, e não fim em si mesmo ou meio para outros fins. Ademais, por constar no título dos princípios fundamentais, é clara a intenção do constituinte de elevar a dignidade da pessoa humana à condição de valor fundamental que se irradia por todo o sistema jurídico, servindo, também, como critério e parâmetro de valorização a orientar a interpretação do sistema constitucional³⁰.

Então, é seguro dizer que, no Brasil, a dignidade da pessoa humana não é unicamente um princípio moral, fazendo parte, na verdade, do direito positivo constitucional vigente, além, é claro, de constituir seu núcleo axiológico central.

Importa salientar, ainda, que o status jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana e a força outorgada na condição de norma fundamental dependem da forma de positividade e de sua localização dentro da Carta Magna. No Brasil, a dignidade foi positivada em título próprio e anterior ao título dos direitos e garantias fundamentais,

³⁰ ROCHA, Cármen Lucia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Interesse Público**, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 20-50, out./dez. 1999. p 34.

deixando claro, assim, o caráter jurídico-normativo da dignidade como um princípio fundamental.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal – dispositivo constitucional que consagra a dignidade da pessoa humana – constitui, além de uma declaração de natureza ético-moral, uma norma jurídico-positiva dotada de status constitucional formal e material e, evidentemente, dotada de eficácia. Assim, atinge a condição de valor jurídico fundamental da comunidade³¹.

Salienta-se, também, que a dignidade da pessoa humana, na condição de princípio fundamental e na sua relação com os direitos e deveres fundamentais, possui uma dimensão objetiva e uma subjetiva, as quais guardam relação com os valores fundamentais de uma comunidade – que não podem, portanto, ser reduzidos a direitos individuais. Por isso, a dignidade do indivíduo é sempre a dignidade do indivíduo socialmente situado e responsável, implicando deveres fundamentais conexos e autônomos.

Ademais, a norma do artigo 1º possui caráter dúplice, funcionando como princípio e regra. O conteúdo da regra é dado mediante o contrabalanceamento do princípio da dignidade da pessoa humana com outros princípios. De outra forma, o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana – como os demais princípios – pode ser dado em diversas medidas e, logo, é passível de relativização e restrição; a regra seria absoluta.

Sobre o assunto, seguem as palavras de Robert Alexy³²:

(...) é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de precedência. O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando, apenas que, sob determinadas

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 80.

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 116-117.

condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana.

Diante desse assunto, faz-se mister destacar que não se compartilha do entendimento de parte da doutrina que advoga ser a dignidade humana um princípio absoluto, já que a ideia de um princípio absoluto contradiz a própria essência constitutiva da noção de princípios – noção defendida por Alexy e consagrada pela maioria dos doutrinadores. Ademais, a tese de que a dignidade humana seria um princípio absoluto acaba por não resolver casos práticos de conflitos, por exemplo, entre dignidades de dois sujeitos, ou, tampouco, entre a dignidade e a vida de um único sujeito³³.

Ainda assim, é claro, que a dignidade humana, valor intrínseco a todos os seres humanos, não pode ser sacrificada; e que o princípio terá peso abstrato elevado quando da necessidade de sua ponderação com outros princípios.

Desse modo, reconhece-se que, mesmo que a dignidade da pessoa humana prevaleça em face dos outros princípios e regras, não há como afastar sua relativização em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos.

Repisando o assunto, salienta-se, dentre as funções do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma ordem constitucional.

Avançando nessa ideia, Ingo Sarlet salienta o aspecto da dignidade humana que fundamenta os direitos e garantias fundamentais³⁴:

Se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis – ser reconduzidos de alguma forma à noção de

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 82-85.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 89.

dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas.

Assim, percebe-se a intenção do doutrinador ao referenciar que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade humana, ou seja, que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, no mínimo, alguma projeção da dignidade da pessoa. A partir dessa premissa, André Tavares defende a presença de uma consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana³⁵.

2.4 Dignidade da Pessoa Humana e Direitos de Personalidade

Na linha exposta no título antecedente, parece correta a parte da doutrina que vem defendendo a ligação direta entre dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade, já que estes são requisitos essenciais para que se tenha a dignidade reconhecida. Nesse âmbito, Paulo Mota Pinto³⁶ sustenta que:

(...) da garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento da personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhados da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado.

Dessa forma, o autor sustenta que a liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e a obrigação de que se promovam condições que possibilitem esse livre desenvolvimento constituem corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor que se baseia o Estado. Afinal, hoje não se discute mais sobre a existência ou não dos direitos de personalidade, tendo em vista que, além de

³⁵ TAVARES, André Ramos, Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 4, jul./dez. 2004. p. 232.

³⁶ PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 150.

sua efetivação garantir a dignidade da pessoa humana, encontram-se consagrados legislativamente³⁷.

Os direitos de personalidade consagraram-se, na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, V, X e XXVIII, entre outros, demonstrando que adquiriram, assim, status constitucional. Pelo fato de estarem incluídos na Constituição, ganharam importante valor hermenêutico, como bem expõe Eugênio Facchini Neto, ao afirmar que se deve compreender a “valorização (...) dos direitos de personalidade, que o novo Código Civil brasileiro emblematicamente regulamenta já nos seus primeiros artigos, como a simbolizar uma chave de leitura para todo o restante do estatuto civil”³⁸.

Importante destacar, sobre este tópico, um conceito de direitos de personalidade formulado por Jorge Miranda, mostrando sua vinculação com a dignidade da pessoa humana. São as palavras de Miranda³⁹:

Os direitos de personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; são condições essenciais ao seu ser e devir; revelam o conteúdo necessário da personalidade; são emanações da personalidade humana em si; são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objeto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica ou manifestações parcelares da personalidade humana.

Ainda buscando-se entender os contornos dos direitos de personalidade, é imperioso que se tenha em mente que estes direitos possuem eficácia *erga omnes*, ou seja, são considerados como oponíveis contra todos. Assim, independentemente da proveniência da violação – originada de ato de um particular ou de ato do poder estatal – os direitos de personalidade devem ser tutelados em proteção ao indivíduo.

³⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 87.

³⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 32-33.

³⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. t. IV. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 58-59.

Frisa-se, ainda, que, ao falar-se de direitos de personalidade, não se limita a identificá-los com a capacidade, abarcando, também, uma compreensão mais ampla que a perspectiva técnico-jurídica, ou seja, como valor inerente à condição humana que traz consigo atributos como a vida, a honra, a liberdade, dentre outros. Gustavo Tepedino compreende “sob a denominação de direitos de personalidade, (estão) os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”⁴⁰.

Percebe-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana dissemina todo o sistema jurídico, desde os subprincípios constitucionais até as relações privadas, assegurando a efetivação dos direitos de personalidade. Com esse enfoque hierárquico, acaba por impor uma valoração no sistema privado, alargando a definição dos direitos de personalidade e bloqueando sua limitação. A ligação entre dignidade e personalidade é de tal forma indissolúvel e forte que se constata que boa parte dos autores que tratam da proteção à personalidade referem-se diretamente à proteção da dignidade humana⁴¹.

Sobre o assunto, importante lição de Ingo Sarlet⁴²:

(...) situa-se o reconhecimento e proteção da identidade pessoal (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual), concretizando-se – entre outras dimensões – no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o respeito ao nome, todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa, tudo a revelar a já indiciada conexão da dignidade, não apenas como um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, mas também com os direitos de personalidade em geral.

Em outro ângulo, defende-se a existência de uma verdadeira cláusula geral de tutela do livre desenvolvimento da personalidade no Brasil, mesmo que tal afirmação não resulte de disposição expressa na Constituição Federal – tal cláusula é extraída

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 57.

⁴¹ CORTIANO JUNIOR, Erouths. Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade. In: Luiz Edson Fachin. (Org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar Ltda, 1998. 329 p.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 99.

do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República. Além disso, não verifica-se conflito com o elenco de direitos da personalidade do artigo 5º – este é exemplificativo – deixando as demais situações para serem tratadas pelo direito geral, implícito. Assim, a cláusula geral de tutela do livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento brasileiro pode ser considerada um direito implícito.

Paulo Mota Pinto⁴³ é categórico ao afirmar que apenas a tutela geral dos direitos de personalidade consegue abarcar a “irreduzível complexidade da personalidade humana”. Nesse prisma, o doutrinador defende que o direito geral de personalidade é “um direito aberto, sincrônica e diacronicamente, permitindo a tutela de novos bens face às renovadas ameaças à pessoa humana, respeitando a personalidade na sua perspectiva estática e dinâmica de realização e desenvolvimento”. O direito geral de personalidade, portanto, é o único capaz de assegurar de forma adequada e satisfatória a personalidade humana, já que é a única forma de se conferir tutela em perspectiva globalizante, abrangendo todos os bens da personalidade, mesmo os não previstos em lei.

Dessa forma, percebe-se que a tutela da personalidade possui uma elasticidade que lhe permite abranger não apenas os cenários prescritos na legislação, mas também aqueles não tipificados, buscando a preservação total e irrestrita da dignidade humana, eis que valor máximo do ordenamento.

Resumidamente, identifica-se que o direito geral de personalidade busca proteger a pessoa humana frente a qualquer situação – desde aquelas tipificadas na legislação constitucional e infraconstitucional, até aquelas que, mesmo não tipificadas, prejudiquem ou não atendam à realização da personalidade. Tal constatação é percebida pela análise do projeto constitucional, o qual – valorizador e protetor da dignidade da pessoa humana – não pretende tipificar exaustivamente as hipóteses de tutela dos direitos de personalidade, pois não conseguiria prever todas as possibilidades (que, provavelmente, não se esgotariam) oferecidas pela realidade⁴⁴.

⁴³ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento dos direitos de personalidade no direito português. In: Ingo W. Sarlet (org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. p. 61-83.

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 48.

Nessa linha, destaca-se que o desenvolvimento, sem embaraços, dos direitos de personalidade deverá ser defendido com o necessário respeito a privacidade, intimidade, honra, imagem, já que estes, de acordo com a exegese do capítulo II do Código Civil brasileiro de 2002, constituem desdobramento da personalidade.

Dessa forma, conclui-se que o sistema constitucional brasileiro possui a dignidade da pessoa humana como elemento basilar e fundante de todo ordenamento, sendo ao mesmo tempo unidade axiológica de maior valor hierárquico do sistema. Assim, deve-se, sempre, analisar os conflitos e problemáticas envolvendo a Constituição e seus preceitos com um viés preocupado em manter íntegra a dignidade da pessoa humana envolvida na situação.

3 Liberdade de Expressão

Ao analisar-se a liberdade de expressão com um viés histórico, percebe-se que seu reconhecimento não foi uma conquista fácil, fazendo-se necessários anos e anos de batalhas para que o instituto alcançasse sua configuração atual – possivelmente tempo similar ao necessário para o estabelecimento do sistema democrático.

A liberdade de expressão possui muitas facetas e, assim, recebe inúmeras denominações, consubstanciadas nas mais variadas legislações. A liberdade de expressão, em sentido amplo, é o direito mais abrangente das liberdades comunicativas, englobando os demais e devendo, assim, ser compreendida como um direito mãe⁴⁵. Em sentido estrito, fala-se, também, em liberdade de pensamento, de opinião, de imprensa, de informação, de radiodifusão, sem esquecer-se da liberdade de produção cinematográfica como criação artística⁴⁶. Nas palavras de Jónatas Machado:

Considerado num sentido amplo, a liberdade de expressão compreende hoje um conjunto de direitos fundamentais que a doutrina reconduz à categoria genérica de liberdades comunicativas ou

⁴⁵ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de programação televisiva**: notas sobre os seguintes limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação, algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 142.

⁴⁶ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 1196 p.

liberdades da comunicação (kommunikativer Freiheiten; Kommunikationsfreiheiten)⁴⁷. Em termos dogmáticos isso obriga à sua construção como um superconceito ao qual estas últimas possam ser reconduzidas. Surge assim uma liberdade de expressão em sentido amplo, por alguns também designada por liberdade de comunicação, que abrange a liberdade de expressão em sentido estrito, por vezes designada por liberdade de opinião, a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas e a liberdade de radiodifusão⁴⁸, reconduzíveis ao conceito genérico de liberdade de comunicação social, juntamente com os subdireitos em que as mesmas se analisam⁴⁹.

Dessa forma, a liberdade de expressão desvenda-se como um direito raiz, do qual são extraídas outras liberdades e direitos que fortalecem o instituto mãe e garantem a sua proteção. Em seguida, busca-se desenhar alguns de seus aspectos mais relevantes.

3.1 Noções Estruturantes

Conforme observado, somente ao longo dos últimos séculos ocorreu a positivação dos direitos fundamentais nas Constituições a nível internacional, com o intuito de alcançar, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a proteção do Estado contra os abusos do próprio Estado.

A partir disso, surge, primeiramente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, através da Assembléia Geral das Nações Unidas. Tal declaração estabelece, em seu artigo 19, que “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. O Pacto Internacional de Direitos Civil e Político,

⁴⁷ Neste sentido, RICKER, SCHIWY, **Rundfunkverfassungsrecht**. Munchen, 1997; HERMANN, Gunther. **Rundfunkrecht**, 4ª ed. Munchen, 1994; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Kommerzieles Fernsehen**, Rund.

⁴⁸ Utilizamos aqui a expressão radiodifusão com o sentido técnico oficial e internacional do mesmo. Assim, a Convenção Internacional das telecomunicações define o Serviço de Radiodifusão como “serviço de rádio comunicação em que as emissões são destinadas a ser recebidas directamente pelo público em geral. O serviço pode compreender emissões sonoras, emissões de televisão ou outro géneros de emissões”. Cfr. BALLE, **Medias et Societés...**, cit. 120.

⁴⁹ Cfr., neste sentido HOFFMANN-RIEM, **Kommerzielles Fernsehen...**, cit., 37.

de 1966, surgiu com o intuito de regular com mais amplitude os direitos reconhecidos na Declaração Universal, introduzir novos e, principalmente, alcançar um reconhecimento quanto à sua obrigatoriedade jurídica.

Posteriormente, é criada a Comissão de Direitos Humanos, órgão de tutela jurisdicional, que reforça a eficácia da Declaração Universal ao conferir às suas disposições caráter de norma jurídica convencional. Perante ela, estão legitimados a ingressar com recurso todos aqueles que consideram que lhe tenham sido feridos alguns dos direitos ali enunciados – os próprios países signatários como, também, os cidadãos de qualquer um deles. O Pacto estabelece, também em seu artigo 19, que:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Ademais, salienta-se o Convênio Europeu para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950 e o Pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Americana dos Direitos Humanos - CADH, assinado em 1969.

A Constituição Brasileira regulou as matérias referentes aos direitos decorrentes da liberdade de expressão no artigo 5º, incisos IV, IX, XIV⁵⁰ e no artigo 220, parágrafos 1º e 2º⁵¹. Apesar de consagrado no texto constitucional e na doutrina

⁵⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

⁵¹ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

majoritária o termo direito a informação, a liberdade de expressão é mais abrangente. Esta última vincula-se a uma idéia de consciência, de expressão individual, a qual procura proteger o direito de externalizar opiniões, idéias, juízos de valor ou qualquer manifestação do pensamento humano. Permitindo a manifestação da autonomia racional e moral prática e da sensibilidade emocional e física do indivíduo, a liberdade de expressão externa sua função de permitir o livre desenvolvimento da personalidade⁵².

Além disso, enquanto meio de informação e deliberação, apresenta papel fundamental no processo de autodeterminação democrática da comunidade política, já que busca exercer um controle sobre todos os poderes sociais (públicos ou privados), explicitando quaisquer problemas no seu exercício - corrupção, nepotismo, etc. Busca, ainda, de acordo com Jónatas Machado, realizar uma transformação pacífica e gradual da sociedade, através da tentativa de acomodar diferentes visões de mundo e de propagar novas perspectivas⁵³.

Assim, fica consagrada a liberdade de expressão como instrumento para o bom funcionamento e manutenção do sistema democrático, sendo vital a formação da vontade livre através do pluralismo⁵⁴. Destaca-se, para isso, seu papel fundamental no controle das atividades políticas, através da crítica aos poderes instituídos⁵⁵.

Como visto, hoje é difícil precisar todos os objetos, sujeitos e meios de manifestação da liberdade de expressão, já que, devido a seu alargamento, consagram-se nela outros direitos fundamentais como o direito de informar, de ser informado, de resposta, de antena, de imprensa, de réplica política, à liberdade dos órgãos de comunicação social, etc.⁵⁶.

⁵² MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seguintes constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo Wolfgang, (org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação, algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 101-154.

⁵³ MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seguintes constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo Wolfgang, (org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação, algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105.

⁵⁴ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.p. 371.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 350.

⁵⁶ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIII, n. 15, p. 5-12, abril/jun. 2009.

Por outro lado, a liberdade de informação possui um pressuposto de veracidade e de responsabilidade do comunicador⁵⁷, além de compreender o direito de informar e ser informado - vinculada, algumas vezes, à disseminação das informações pela imprensa.

Por sua vez, o direito de informar é ligado, também, à função do jornalista e da mídia, sendo-lhe exigido um trabalho de adequação e ponderação - desde a obtenção das informações por meio lícito, observadas suas limitações (adequação jurídica), até a pretensa veracidade da notícia (adequação fática).

Nas palavras de Bruno Miragem⁵⁸:

O dever de adequação da informação será relacionado a dois critérios distintos: uma relação de adequação jurídica e uma relação de adequação fática. A adequação jurídica se demonstra pela estrita observação das normas incidentes no processo de obtenção, determinação do conteúdo e difusão da informação. (...) Entretanto dos deveres jurídicos mais sensíveis e reconhecidos a liberdade de informação, no regime que lhe determina a Constituição é aquele que se reporta a fase de formação do seu conteúdo pela imprensa. (...) identificam-se basicamente dois deveres, quais sejam, os deveres de veracidade e pertinência.

Importante salientar, ainda nas lições de Bruno Miragem, que a veracidade da informação não deve ser aproximada do conceito de verdade material do direito penal, pois, assim, restringir-se-ia demasiadamente a liberdade de expressão, sendo devido, inclusive, o respeito ao conteúdo mínimo do discurso⁵⁹.

Em relação ao exercício e proteção frente ao Estado, a função e posição de cidadãos comuns e jornalistas tornam-se diferentes. Aqueles, possuem o direito negativo de não sofrerem impedimentos ou sanções pela busca da informação, como

⁵⁷ MORAES, Alexandre. Liberdade de Imprensa e Proteção à Dignidade Humana. **Boletim IBCCRIM**, vol.58. p.15, 1997.

⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil da Imprensa por Dano à Honra: o novo Código Civil e a Lei de Imprensa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61-62.

⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil da Imprensa por Dano à Honra: o novo Código Civil e a Lei de Imprensa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 68.

expressão do direito de informar-se. Em contrapartida, os jornalistas possuem o direito positivo de acesso a fontes de informação, como expressão do direito de informar⁶⁰.

Sobre este ponto, valiosa é a lição de Jónatas Machado, ao tratar do direito à liberdade de informação previsto no artigo 37^o1 da Constituição Portuguesa. O autor menciona o enquadramento da referida norma na tradição da liberdade de expressão em sentido amplo, fortemente inspirada no direito consagrado no artigo 5^o 11 da Lei Fundamental alemã. Assim, diz Machado⁶¹:

Trata-se de um direito subsumível à componente individual do direito de informação, fortemente escorada na dignidade da pessoa humana, embora não deva ser descurada a sua dimensão democrática e colectivo-sociológica (Ricker, Schwivy)⁶².

.....
A doutrina sublinha que o mesmo surgiu como consequência de uma reação consciente às diversas medidas proibitivas e repressivas adoptadas pelo Terceiro Reich. Assim se explica a sua qualidade de bem jurídico digno da mais elevada proteção. A sua radicação teórica é assegurada por referência às necessidades espirituais elementares do ser humano e ao valor do livre desenvolvimento da personalidade⁶³.

Em outro viés, Claudio Nojas expressa o direito à liberdade de expressão em uma dimensão individual e uma dimensão social. A individual revela-se na possibilidade de falar, expressar-se e difundir pensamentos e ideias, sendo sua restrição uma limitação à divulgação de informações. Por sua vez, a social, além da liberdade de comunicar as outras pessoas os pontos de vistas pessoais, requer o direito de todos de reconhecer opiniões, relatos e notícias⁶⁴.

É pertinente destacar as diferenças conceituais entre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, ainda que seus conceitos possam interligar-se. A liberdade

⁶⁰ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 453.

⁶¹ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 478-479.

⁶² V. HESSE, **Grundzuge des Verfassungsrechts**..., cit., 161; PASCHKE, **Medienrecht**..., cit., 37; BADURA, **Staatsrecht**..., cit., 148; RICKER, SCHIY, **Rundfunkverfassungsrecht**..., cit., 44.

⁶³ Cfr. BVerfGE, 27, 71, 81.

⁶⁴ NOJAS, Claudio Nash. Las Relaciones entre o direito de la vida privada y el derecho a la liberdade de información en la jurisprudência de la Corte Internacional de Derechos Humanos. **Studios Constitucionales**, año 6, n. 1, p. 157, 2008.

de imprensa possui em seu bojo o recolhimento de informações, investigações, entrevistas e relações de confiança imprensa-fonte de informação⁶⁵.

A liberdade de imprensa consagrou-se nos artigos 220 e 222 da Constituição Federal, pelo que, assim, revelou a importância da liberdade de expressão e imprensa como cruciais para a manutenção e equilíbrio do sistema democrático. Ainda, revela-se como um 4º Poder do Estado, diante de sua enorme capacidade de influenciar a opinião pública e, muitas vezes, construir ou destruir reputações⁶⁶, manipular grupos sociais, etc. De certa forma, funciona como 4º Poder devido à sua capacidade de fiscalizar, não somente os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas também os próprios cidadãos, por causa e através de sua voz. Extrapola, inclusive, os limites territoriais de enfoque, já que a informação no mundo globalizado requer atualização das informações, além de consciência e conhecimento do indivíduo a nível global⁶⁷.

Neste sentido, é imprescindível que haja circulação da pluralidade de informações e conhecimentos, sem qualquer tipo de censura ou intervenção prévia por parte do Estado ou de qualquer particular. Tal exigência decorre do nosso texto Constitucional, que eleva a liberdade de imprensa, a livre manifestação do pensamento, a expressão de atividade intelectual, científica e artística à direitos fundamentais, isentos e protegidos de qualquer tipo de censura⁶⁸.

Conseqüentemente, percebe-se, pela análise de suas estruturas básicas, que as liberdades de expressão, de comunicação, de informação e de imprensa possuem um núcleo central comum e finalidades similares: são fundamentais ferramentas para a proteção à formação do indivíduo, de sua personalidade e ideais, remetidas ao

⁶⁵ NOJAS, Claudio Nash. Las Relaciones entre o direito de la vida privada y el derecho a la liberdade de información en la jurisprudência de la Corte Internacional de Derechos Humanos. **Studios Constitucionales**, año 6, n. 1, p. 158, 2008.

⁶⁶ MIRANDA, Darcy Arruda de. **Dos abusos da liberdade de imprensa**: comentário, doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959. p. 91.

⁶⁷ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 371.

⁶⁸ Artigo 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; Artigo 220, § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Princípio Fundamental da República, a Dignidade da Pessoa Humana, consubstanciada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal⁶⁹.

Ressalta-se que, à liberdade de imprensa, não é possível aplicar-se uma teoria monista, cabendo a ela, de acordo com a doutrina majoritária, atender, além dos interesses individuais de desenvolvimento da personalidade, os interesses sociais, para que se pretenda democrática⁷⁰.

3.2 Limites constitucionais e limitação judicial através da interpretação ponderativa

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais buscam uma concretização da dignidade da pessoa humana, estando presentes em vários locais da Constituição. Não são, contudo, considerados pelo ordenamento brasileiro como absolutos, mas sim, relativizáveis nos casos concretos em que haja colisão entre eles ou com outros direitos constitucionais de mesma hierarquia.

Para estas situações, abre-se a possibilidade, de um lado, para uma construção legislativa que proponha limites à normas ou princípios naquelas situações que, sabidamente, verifica-se uma corriqueira colisão. De outro lado, observa-se que os direitos fundamentais sofrem, em situações específicas, limites ou restrições por preceitos previstos na própria Constituição.

Ocorrem, ainda, limitações impostas pela própria constituição quando esta remete à alguma imposição ou restrição constante em legislação infraconstitucional, como ocorre, por exemplo, no artigo 5º, inciso XV, que dita ser livre a locomoção no território nacional, podendo qualquer pessoa nele entrar, nos termos da lei. Lembra-se aqui a chamada reserva legal, em que lei constitucional remete à restrição pelo legislador⁷¹, e a reserva legal qualificada, que não precisa nem mesmo lei

⁶⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

⁷⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de Imprensa**. 2º ed. São Paulo: Editora Atlas S A, 2008. p. 54.

⁷¹ Artigo 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

complementar que a autorize⁷², ambas classificadas como restrições indiretamente constitucionais⁷³.

Neste prisma, Alexy menciona que, nos casos onde haja colisão entre dois direitos fundamentais, deverá ocorrer uma ponderação hermenêutica, já que, segundo o autor essas seriam restrições consideradas diretamente constitucionais⁷⁴. Tal situação ocorre na colisão entre o direito à liberdade de expressão e os direitos da personalidade, constantes no artigo 5º, incisos IX e X, respectivamente. Nesse caso, deverá ser realizado um trabalho ponderatório, tendo em vista nenhum deles estar sujeito à reserva legal.

Avançando-se nesta perspectiva, verifica-se que as colisões podem ocorrer, tanto entre direitos fundamentais, como entre um direito fundamental e outros valores ou princípios constitucionais não expressos como direito fundamental⁷⁵, revelando casos complexos e de difícil resolução.

Assim, deve-se observar as circunstâncias do caso concreto para que se verifique qual o princípio de maior relevância e qual poderá ser maximizado em relação ao outro, de acordo com seu peso frente à situação. Nas palavras de Alexy:

O estabelecimento de relação de procedência condicionada consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em relação ao outro. Contudo existem casos em que podem ocorrer tanto a precedência de um sobre outro ou de o outro sobre o um, dependendo do caso que se impõe, condições de precedência abstrata ou absoluta.

Assim, cabe ao poder judiciário – ao ser provocado – seguir critérios e cuidados que evitem injustiças e incoerências frente às previsões constitucionais, aplicando os princípios e direitos fundamentais do ordenamento jurídico, tendo em mente o sistema hierárquico com unidade axiológica na dignidade da pessoa humana.

⁷² Artigo 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p.286.

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p.288.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 657.

Luís Barroso menciona que há uma tendência do legislador em promulgar cláusulas abertas e conceitos indeterminados, dando ao julgador maior participação nos contornos da norma, agregando sua própria valoração⁷⁶. Percebe-se, assim, uma intensificação do papel do poder judiciário, o qual foi obrigado a ampliar suas técnicas de hermenêutica para além dos elementos clássicos da hermenêutica jurídica. Socorre-se, por isso, das técnicas de ponderação, uma vez que as tradicionais não se mostram suficiente para o intérprete.

A ponderação, portanto, passa a ser uma construção jurídica, harmonizando dois princípios jurídicos de mesma hierarquia e realizando um juízo comparativo em que o princípio de maior valor prevalecerá sobre o de menor valor. Verifica-se, assim, o que Ricardo Guastini chamou, brilhantemente, de hierarquia móvel, mutável, a qual pode variar conforme o caso concreto⁷⁷.

A máxima da ponderação (ou proporcionalidade), para Alexy, pressupõe três subprincípios: adequação, necessidade (meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito). A primeira pressupõe que a decisão e o princípio devem estar de acordo com a situação fática. A necessidade, por sua vez, pressupõe que a subsunção de um princípio seja menos gravosa, com meta de otimização das situações fáticas. Já a proporcionalidade em sentido estrito decorre da otimização frente às possibilidades jurídicas⁷⁸.

Sobre o tema, importante é a lição de Daniel Sarmiento, que dita ser o processo de ponderação composto de etapas. A primeira delas seria constatar que a situação posta em análise é, realmente, regulada por dois princípios que apontem soluções diferenciadas. A segunda etapa consiste em impor-se compressões recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios estudados, objetivando alcançar-se um ponto ótimo, em que a restrição seja a mínima indispensável à sua convivência. Além

⁷⁶ BARROSO, Luiz Roberto. Liberdade de Expressão versus Direito da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e critério de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação, algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 142.

⁷⁷ GAUSTINI, Ricardo. Os Princípios Constitucionais como fonte de perplexidade. **Revista Interesse Público**, ano XI, n. 55, p. 173, 2009.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direito de fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 17, 1999.

disso, afirma que o processo de ponderação deve sempre orientar-se para a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana⁷⁹.

Com mais concretude, Luis Roberto Barroso cita alguns parâmetros constitucionais de ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade: veracidade do fato; licitude do meio empregado na obtenção e divulgação da informação; personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; local do fato; natureza do fato; existência de interesse público na divulgação da informação; fatos envolvendo atuação de órgãos públicos; preferência por sanções *a posteriori*, não envolvendo restrição prévia⁸⁰. O autor sustenta que, observados tais parâmetros, será possível dar mais precisão aos casos de indenizações ou retratações no âmbito do direito privado.

3.3 Direitos de personalidade e regulamentação do direito à liberdade de expressão

Avançando-se, é preciso frisar a necessidade de uma regulamentação infraconstitucional para a liberdade de imprensa, tendo em vista que, como preceito genérico e abstrato na Constituição, necessita de conformação e efetividade por parte do legislador.

Nessa linha, leciona Ingo Sarlet⁸¹:

Muitas vezes as normas legais limitam-se a detalhar tais direitos a fim de possibilitar ao seu exercício situações que correspondem aos termos de configurar, conformar, completar, regular, densificar ou concretizar, habitualmente utilizados para caracterizar este fenômeno.

⁷⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Lures, 2000. p. 105.

⁸⁰ BARROSO, Luiz Roberto. Liberdade de Expressão versus Direito da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e critério de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação, algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 63.

⁸¹ SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 391.

Assim, Sarlet salienta o objetivo das normas de aplicar e regulamentar a eficácia dos direitos fundamentais. Sobre essa idéia, destaca-se a obrigatoriedade do Estado em proteger direitos e bens jurídicos, determinando a amplitude da proteção e as restrições constitucionais. Dessa forma, caberá ao legislador traduzir a essência e o conteúdo do direito regulado, mostrando, assim, que as normas infraconstitucionais nem sempre terão função restritiva, desempenhando, também, funções de concretização e conformação dos institutos⁸².

É fundamental lembrar que as previsões infraconstitucionais devem estar de acordo com os princípios e garantias fundamentais e constitucionais, dentre os quais salienta-se a liberdade de informação, de expressão, a proibição da censura, a proteção dos direitos da personalidade e, de forma ampla, a dignidade da pessoa humana. Além disso, deve ter como princípios da informação a propagação do conhecimento e da opinião pública.

Na doutrina existem os defensores e os opositores da regulação do setor. Por um lado, os opositores (muitas vezes, empresas de telecomunicações, que temem uma postura taxativa do estado) defendem a ilimitabilidade da liberdade de expressão, pela qual não poderiam ser objeto de regulação nem mesmo discursos ofensivos ao indivíduo – qualquer discurso seria resolvido com mais discurso. Por outro lado, os defensores da legislação vêem nela uma maneira de transformar os meios da mídia em auxiliares de uma luta pelo tipo de sociedade desejada⁸³.

Importante analisar o artigo 220, parágrafo 1º, inciso 10 da Constituição Federal (CF), o qual previu a necessidade de proteção pelo legislador infraconstitucional dos direitos de personalidade. Tal previsão não foi objeto de regulação específica, apesar da Lei Maior induzir a criação de uma lei que regulamente aquele direito, desde que ela não obstaculize a liberdade de informação.

Muito interessante e revelador é o julgamento do Supremo Tribunal Federal ao analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, indicando, no voto condutor do ministro relator Gilmar Mendes, que o legislador deve,

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1º ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 217.

⁸³ SANTOS, Gustavo Ferreira. Da Liberdade de Expressão ao Direito à Comunicação. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 10, p. 201, jan./mar. 2010.

não somente, regular, mas também, qualificar - uma verdadeira reserva legal qualificada. O ministro frisa, ainda, que o dispositivo do artigo 220 da CF autoriza expressamente a criação de lei que analise a relação liberdade de imprensa e de expressão e direitos de personalidade. Dessa forma, conclui afirmando que essa inevitável colisão principiológica entre os direitos não pode ser vista de forma simplista nem simplória pelo ordenamento⁸⁴. Assim, tendo em vista a falta da lei reguladora, o tribunal superior determinou a utilização subsidiária da legislação dos códigos civil e penal para os casos envolvendo direitos de personalidade.

Ressalta-se alguns pontos do voto de Gilmar Mendes:

Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixa entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional — "Nenhuma lei conterà dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV" — parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa.

.....
É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Apesar de haver discussões sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, observa-se que a Constituição Federal, no parágrafo 1º do artigo 5º⁸⁵, determina sua aplicabilidade imediata. Dessa forma, percebe-se que se encontra acima da discussão a ideia de resguardar e dar máxima proteção aos mencionados direitos, tendo em vista o núcleo axiológico e hermenêutico

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, Brasília, DF, 30 de abril de 2009. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 06 nov. 2009. 334 p.

⁸⁵ Artigo 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

da constituição ser centrado na dignidade da pessoa humana. Assim, alinha-se à secção da doutrina que afirma ser a teoria da aplicação imediata a aplicada no ordenamento brasileiro⁸⁶.

Ainda no voto de Gilmar Mendes, sobre a eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*), afirma-se o consenso sobre a fundamental função do legislador na necessária equação dos conflitos de direitos nas relações entre particulares. Dever-se-ia garantir o livre exercício da liberdade de expressão, não só contra abusos do estado, como também contra abusos da própria imprensa⁸⁷.

4 Críticas ao modelo liberal de liberdade de expressão

Em linhas gerais, o modelo liberal vê, no mercado livres das ideias e sua correspondente proteção ilimitada do direito da liberdade de expressão, o único método capaz de solucionar o totalitarismo nas suas diferentes manifestações. A Inquisição, com seu *Índex Librorum Prohibitorum*, as formas de propaganda nazi e comunista, o “Macarthismo” e o AI-5, por exemplo, demonstram, suficientemente, que os custos da supressão da liberdade de expressão são demasiado elevados, quando comparado com os seus benefícios. Ou seja, é muito mais temido que uma eventual limitação venha a constituir abuso de poder do que sonhado que essa limitação possa criar estruturas mais justas e igualitárias.

Todavia, boa parte das doutrinas críticas sugere que a ideia dominante de liberdade de expressão não conseguiu garantir um direito igual de liberdade de expressão⁸⁸. Isso se dá pelo fato de a sociedade liberal possuir seus próprios meio de censura, oficiais e não oficiais, que surgem nos momentos em que o Estado privilegia setores da sociedade e linhas de pensamento mais poderosas, em detrimento de

⁸⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. 122 p.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, Brasília, DF, 30 de abril de 2009. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 06 nov. 2009. p. 256

⁸⁸ CRENSHAW, Kimberle Williams. *Beyond Racism and Mysogyny: Black Feminism*. **Words that Wound, critical race theory, assaultive, speech and the first amendment**, Boulder, n. 12, p. 100 – 150, 1993. p. 111.

outros, ou ainda, quando determinadas publicações de ideias são negadas por questionarem fundamentos dos poderes econômicos, sociais e sexuais instituídos⁸⁹.

De acordo com Katherine Mackinnon, a liberdade de expressão das sociedades de modelo liberal pertenceria aos poderosos, os quais poderiam usar livremente o discurso para criar, sem qualquer regulamentação ou punidade, uma realidade de desigualdade e subordinação de determinados grupos⁹⁰. Nesta linha, Richard Delgado chama atenção para que se considere tais discursos como atos de subordinação ou palavras que ferem, e não, simplesmente, como meras palavras⁹¹.

4.1 Discurso do Ódio

A doutrina crítica considera fundamental debater-se sobre o que chamam de *dano de status* ou *danos à reputação*, os quais seriam causados por uma visão puramente defensivo-liberal do direito à liberdade de expressão. Tal visão poderia sacramentar os prejuízos causados pelos grupos dominantes aos setores tradicionalmente discriminados e estigmatizados⁹².

Sobre o assunto, seguem as palavras de Jónatas Machado⁹³:

Uma alegada hipertrofia do direito à liberdade de expressão deve ser, de acordo com este entendimento, corrigida por uma referência ao princípio da igualdade. E isto, num duplo sentido. Por um lado, restringindo a liberdade de expressão daqueles que pretendem atingir directamente o Estatuto de um determinado grupo social, com o objectivo de o dominar através da criação de um clima de terror emocional. Por outro lado, dando uma tensão redobrada ao problema da distribuição equitativa das oportunidades comunicativas, tendo em conta o reforço da posição de grupos tradicionalmente marginalizados e silenciados. Esta linha de orientação, baseada num entendimento

⁸⁹ MACKINNON, Katherine. **Only Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 51.

⁹⁰ MACKINNON, Katherine. **Only Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 58.

⁹¹ DELGADO, Richard. Words that Wound: A Tort Action For Racial Insults, Epithets, and Name Calling. **Words that Wound, critical race theory, assaultive, speech and the first amendment**, boulder, n. 12, p. 100-150, 1993. p. 89.

⁹² LAWRENCE III, Charles. The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Racism. **Stanford Law Review**, 39, 1987. p. 317 e ss.

⁹³ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da esfera Pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora. 2002. p. 189-190.

material da igualdade, possibilitaria diferenciações jurídico-formais entre titulares das liberdades da comunicação e o tratamento distintivo das suas ideias.

Baseados nestes aspectos, surgiram algumas propostas incluindo limitações à liberdade de expressão com base no conteúdo (*content based*) da comunicação ou, ainda, tomando o autor como paradigma (*speaker based*)⁹⁴ – criando-se, assim, a figura dos “discursos do ódio”.

Em que pese a popularização do termo “discurso do ódio”, parcela significativa da doutrina especializada chama atenção, por meio de duras críticas, para a impropriedade da expressão. Tal como é, o vocábulo abarcaria, aparentemente, todo e qualquer discurso imbuído de alguma manifestação preconceituosa, incentivando uma noção equivocada de que esse tipo de violência decorreria de atos isolados de indivíduos com base em preconceito dirigido a outro indivíduo⁹⁵.

No mesmo sentido, importante é a visão de Gail Mason, quem conclui, em seu artigo “Not our Kind of Hate Crime”, ser a palavra “ódio” insuficiente para explicar as reais motivações e interesses por trás do instituto aqui estudado, já que aplicada de forma individual e subjetiva, sem consideração para a intenção de inferiorização de tais discursos⁹⁶.

Ainda assim, o termo “discurso do ódio” é amplamente utilizado pela doutrina e jurisprudência pátrias, além de ser o termo que mais se utiliza a mídia para referir-se a discursos que sejam, de alguma maneira, ofensivos ou que incitem discriminação contra algum determinado grupo⁹⁷.

Vale salientar, por exemplo, o *site* “dique100” do Governo Federal, organizado para receber ocorrências de violação de direitos humanos. Nele, é incentivado o reporte, entre outros, de violência ou discriminação contra mulheres, de xenofobia, de

⁹⁴ GOODPASTER, Gary. **Equality and Free Speech**: The Case Against Substantive Equality. *Iowa Law Review*, 82, 1987. p. 646 e ss.

⁹⁵ RAY, L.; SMITH, D. ‘Racist Offenders and the Politics of “Hate Crime”’, in **Law and Critique** 12 (3), 2012. pp.203-221.

⁹⁶ Mason, Gail (2001) 'Not Our Kind of Hate Crime', **Law and Critique**, vol 12, no 3, pp 253-278

⁹⁷ Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tecnologia/experiencias-digitais/noticia/2017/02/ha-um-aumento-sistematico-de-discurso-de-odio-na-rede-diz-diretor-do-safernet.html>> ; <<http://exame.abril.com.br/mundo/ai-diz-que-discurso-do-odio-ameaca-direitos-humanos-no-mundo/>> ; <http://www.vozpopuli.com/entre_escila_y_caribdis/plaga-discurso-odio_7_1005569436.html>. Acesso em 02 jan. 2017.

intolerância religiosa e de racismo, os quais podem ser verificados através de “Material escrito, imagens ou qualquer outro tipo de representação de ideias ou teorias que promovam e/ou incitem o ódio”⁹⁸.

A definição apresentada no *síte* supracitado é um espelho de como é mais comumente caracterizado o discurso do ódio.

Constata-se, na doutrina que se debruça sobre o tema, que os conceitos são, muitas vezes, tratados de forma ampla e aberta, sem, com isso, conseguir definir uma conduta que expresse o caráter de discriminação de toda uma coletividade (e não apenas daquele indivíduo). Com isso, conceitua-se o instituto de maneira a alcançar qualquer discurso motivado, ainda que tangencialmente, por algum preconceito do indivíduo “ofensor”, ainda que imaginário ou dirigido exclusivamente àquela pessoa.

Nesse sentido, destaca-se a definição apresentada por Winfried Brugger, em seu artigo “Proibição ou Proteção do discurso do ódio?”, no qual o autor afirma que o discurso do ódio refere-se a:

palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas⁹⁹

De forma semelhante, elucidativo é o pensamento do advogado estadunidense Nicholas C. Erikson, quando este define “crime de ódio”:

“Hate crime” is a difficult term to define because, as some, contend, all crime is based upon hate. (...) For the purposes of this paper, a hate crime is defined as perpetrating a crime against an individual motivated by hatred for the victim’s actual or perceived race, color, religion, national origin, gender, sexual orientation, or disability¹⁰⁰.

⁹⁸ Disponível em: <<http://www.disque100.gov.br/>>. Acesso em 02 jan. 2017.

⁹⁹ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, v.15. Brasília, 2007.

¹⁰⁰ ERIKSON, Nicholas. Hate Crimes. **The Georgetown Journal of Gender and the Law**. Vol. VI: 289. 2005. P 290/291

Parece mais acertada a parcela da doutrina que chama atenção para o caráter de discriminação de todo um grupo presente no discurso do ódio, ultrapassando a pessoa contra quem o discurso é direcionado. Tal é, por exemplo, a conceituação de Samantha Meyer-Pflug¹⁰¹, para quem o discurso do ódio caracteriza-se pela manifestação de “ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”.

Nessa linha, porém de forma mais abrangente, é o pensamento de Daniel Sarmiento ao definir o fenômeno como “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental ou orientação sexual, dentre outros fatores”

Ainda que tendente a abarcar mais pessoas na proteção do seu conceito, Sarmiento deve ser lido com cautela, já que defende que a limitação no campo da liberdade de expressão somente deve ocorrer quando há incitação para a prática de atos violentos, ignorando, assim, o dano causado pelo poder silenciador de um discurso opressivo¹⁰².

Por outro lado, aparentemente avançando-se na especificidade que deve ter o discurso para que se caracterize como de ódio, importante observar os escritos de Alvaro Diaz, para quem “o discurso do ódio deve ser mais que uma manifestação de antipatia, deve indicar a hostilidade contra determinado grupo”, ultrapassando, assim, a esfera individual do ofendido. Valiosa é sua lição¹⁰³:

O discurso de ódio compõe-se de dois elementos básicos: discriminação e externalidade. É uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor. A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela externalidade. A existência do discurso de ódio, assim toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do

¹⁰¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 97.

¹⁰² SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006.

¹⁰³ DIAZ, Alvaro Paul. La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudência comparada. **Revista Chilena de Derecho**, v. 38, n. 2, p. 503-609. 2011.

plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, o ódio sem o discurso; e não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar

Nesse sentido, ressalta-se o entendimento de Thweatt, de onde extrai-se que o foco central do ódio é a desvalorização do outro identificado como todo um segmento social, em sua totalidade, caracterizando, portanto, um dano difuso em sua abrangência e, ainda, não divisível¹⁰⁴.

Não menos importante, destaca-se a definição apresentada por Waldron¹⁰⁵, a qual ressalta o aspecto de alijamento político trazido pelo discurso do ódio:

o objetivo pretendido é humilhar para amedrontar pessoas ou grupos sociais evidenciando que, por suas características específicas, eles não são dignos da mesma participação política.

Evidencia-se, com isso, que as manifestações do discurso do ódio possuem propósitos bem claros de calar, excluir ou debilitar por inteiro um grupo social/cultural/político.

Preocupado com a busca de um conceito operacional para o discurso do ódio, o trabalho de Riva de Freitas e Matheus de Castro ilumina as dificuldades em torno do tema, salientando, inicialmente, o pensamento de Waldron, para quem a manifestação do discurso do ódio gera danos que perduram no tempo. Destacam, ainda, o alerta feito por Jónatas Machado para os casos de discurso do ódio proferido por meios da internet, com a criação de um dano a nível global.

O referido trabalho identifica, como elemento central do discurso do ódio, a¹⁰⁶

¹⁰⁴ THWEATT, Elizabeth. **Bibliography of hate studies material**, 2001. Disponível em: <guweb2.gonzaga.edu/againsthate/thweatt.pdf>. Acesso em 15 set. 2016.

¹⁰⁵ WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate. **Harvard Law Review**, v. 123, n. 1.596, p. 1.597-1.657, 2010.

¹⁰⁶ 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. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p327>. Acesso em: 15 nov 2016.

expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais. Esse discurso tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado “diferente”, quer em razão de sua etnia, sua opção sexual, sua condição econômica ou seu gênero, para promover a sua exclusão social

Importante chamar atenção para a ideia primordial no trabalho, ou seja, identificar como cerne do instituto do discurso do ódio a propagação de uma discriminação contra um grupo inteiro de pessoas, inferiorizando-os ou excluindo-os da sociedade ou do meio onde estão inseridos. Tal discriminação não demonstra tão somente uma disparidade, mas um descompasso entre duas posições: uma superior (supostamente o ofensor) e outra inferior (supostamente o ofendido).

Apesar das inúmeras conceituações recebidas pelo fenômeno, sua aplicação é limitada e, muitas vezes, ignorada para o deslinde de um caso, uma vez que, nas palavras de Fernanda Rabelo, “questão complexa para o sistema jurídico é a dificuldade em identificar o discurso do ódio para, assim, repudiá-lo e puni-lo”¹⁰⁷.

Trata-se, em verdade, de tarefa de alta complexidade, uma vez que identificar discurso do ódio requer conhecer as intenções do agente ou, ainda, possuir visão suficientemente abrangente do sistema jurídico, social e cultural em que está inserido o discurso para, assim, verificar a presença de conduta que tenda a diminuir toda uma coletividade.

Destaca-se, sobre o assunto, importante julgado do STF, no qual foi negado Habeas Corpus com fundamento na proibição de incitação ao racismo, ou seja, proibindo uma das formas de discurso do ódio. Segue, abaixo, trecho da ementa do acórdão¹⁰⁸:

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não

¹⁰⁷ LEAL, Fernanda Rabelo Oliveira. O fenômeno “discurso do ódio” sob a ótica do direito constitucional brasileiro contemporâneo. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 09 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52399&seo=1>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424, Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 19 mar. 2003.

pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

O referido acórdão é um marco na jurisprudência nacional, uma vez que consolidou a ideia de proibição do discurso do ódio, como forma de preservar e proteger a dignidade da pessoa humana de todos. Trata-se de um caso onde o editor Siegfried Ellwanger foi preso e proibido de publicar livros com conteúdo que tentara pregar e justificar ódio contra judeus.

Dada sua importância, extrai-se, abaixo, trechos dos votos dos eminentes ministros do STF.

Gilmar Mendes salienta que “o racismo configura conceito histórico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o antissemitismo”. Para ele, “não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Por isso o texto constitucional erigiu o racismo como crime inafiançável e imprescritível”.

Carlos Velloso, por sua vez, indeferiu o Habeas Corpus por acreditar que o antissemitismo é uma forma de racismo. Segundo o ministro, há momentos que se menciona “inclinação racial e parasitária dos judeus”, o que caracteriza uma atitude racista, proibida pela Constituição Federal.

O ministro Nelson Jobim entendeu que os livros serviriam para produzir o antissemitismo. Para Jobim, esse seria “caso típico” de incentivo ao racismo, pelo que negou o Habeas Corpus.

Não menos importante, é o HC 109.676¹⁰⁹, o qual acabou por negar Habeas Corpus em crime de injúria qualificada pelo preconceito racial. Colaciona-se trecho da ementa:

tipo qualificado de injúria, que tem como escopo a proteção do indivíduo contra a exposição a ofensas ou humilhações, pois não seria possível acolher a liberdade que fira direito alheio, mormente a honra subjetiva. 2. O legislador ordinário atentou para a necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja valores da sociedade brasileira, como o da harmonia inter-racial, com repúdio ao discurso de ódio.

Através do julgado, percebe-se, novamente, um fundamento na dignidade da pessoa humana para proibição do discurso do ódio. Vejamos trecho do voto do ministro Luiz Fux:

Consoante parecer exarado pelo Ministério Público Federal, não se vislumbra a alegada ofensa ao princípio da proporcionalidade, dado que a pena da figura qualificada surge da necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da dignidade pessoa humana, da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, justificando-se a intervenção do legislador para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja um dos valores tão considerados na sociedade brasileira, que é o da harmonia inter-racial, com repúdio ao discurso de ódio

A Lei 7.716/89, que amparou a pena imposta ao paciente do HC 109.676, criminaliza, expressamente, o racismo, estabelecendo, em seu artigo 1º que “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Ainda que sem mencionar expressamente o discurso do ódio, a referida lei definiu, em seu artigo 20, conduta caracterizante do instituto, estabelecendo que

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109676, Brasília, DF, 14 agosto 2013. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 11 jun. 2013.

“praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” sofrerá pena de reclusão de um a três anos e multa.

Mesmo que tenha sido uma grande conquista – no que se refere a direitos humanos – a edição da lei supracitada apresentou texto tímido, evitando incluir outras modalidades de discurso do ódio, como àquelas proferidas com intuito de inferiorizar a comunidade LGBT, mulheres, deficientes, idosos, etc.

Nesse aspecto, é salutar que se dê andamento aos inúmeros projetos de lei que tramitam no congresso federal sobre o tema. Destaca-se:

1) PL 715/1995 – Acrescenta artigo à Lei n.º 7.716/89 para punir com reclusão de 1 a 3 anos a injúria, calúnia ou difamação com elementos referentes à cor ou raça;

2) PL 1.026/95 – Define como crime a prática de atos resultantes de preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer formas de discriminação;

3) PL 2.252/1996 – Tipifica como crime a proibição em entradas de prédios e elevadores em razão da raça, cor, sexo, orientação sexual, origem, condição social, idade, deficiência e outros;

4) PL 5.452/2001 – Altera a Lei n.º 5.473/1968, para declarar a nulidade de disposições que criem discriminações decorrentes de raça, cor, etnia, religião, sexo ou orientação sexual para o provimento de cargos sujeitos à seleção para os quadros do funcionalismo público;

5) PL 6.840/2002 – Proíbe a inclusão de cláusulas discriminatórias quanto à orientação sexual do candidato em editais para a prestação de concursos públicos;

6) PL 1.477/2003 – Altera a Lei n.º 7.716/89, para nela incluir os atos de preconceito em razão da idade;

7) PL 6.418/2005: Incluindo o crime de discriminação no mercado de trabalho, injúria resultante de preconceito, apologia ao racismo, atentado contra a identidade étnica, religiosa ou regional e associação criminosa, tornando-os crimes inafiançáveis e imprescritíveis

8) PL 6.573/2006 – Tipifica como contravenção impedir o acesso de empregados domésticos ou demais trabalhadores aos elevadores sociais dos edifícios;

9) PL 987/2007 – Altera a Lei n.º 7.716/89, para equiparar ao racismo a negação do holocausto ou de outros crimes contra a humanidade;

10) PL 2.665/2007 – Altera a Lei n.º 7.716/89, o Código Penal e a CLT para definir crimes resultantes de discriminação ou preconceito;

11) PL 607/2011 – Estabelece como contravenção a discriminação no uso de elevadores sociais;

12) PL 1.959/2011 – Altera a redação de dispositivos da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”.

13) PL 80/2016 – Altera a Lei 7716/1989 para acrescentar a qualificadora da prática do crime por intermédio da rede Internet ou de outras redes de computadores de acesso público.

Percebe-se, contudo, forte oposição da ala conservadora do congresso, notadamente a bancada religiosa, para quem mulheres e LGBTs, por exemplo, não possuem os mesmos direitos dos demais cidadãos¹¹⁰.

Em que pese as inúmeras manifestações públicas contrárias aos adeptos do discurso do ódio, importante que seja estudado os contornos do instituto e, ainda, seja sua aplicação irrestrita presente nos tribunais brasileiros.

Merece destaque o estudo de psicologia de BILEWICS, SORAL, MARCHLEWSKA, WINIEWSKI, o qual chama atenção para necessidade de um aumento no número de pesquisas e trabalhos que demonstrem a preocupação de diferentes setores da sociedade com as mazelas impostas por crimes e discursos de ódio.

Ainda que existam muitos estudos delineando os contornos de expressões individuais de preconceito e seu efeito subjetivo entre o “ofensor” e o “ofendido”,

¹¹⁰ Bancada evangélica contra o aborto. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/bancada-evangelica-vitoriosa-em-questoes-sobre-aborto-genero-18701904>>. Acesso em: 29 mar. 2017. Bancada evangélica ataca homossexuais. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/questao-de-foco/ser-gay-nao-e-normal-diz-lider-evangelico/>>. Acesso em 29 mar. 2017.

"A podridão dos sentimentos dos homoafetivos leva ao ódio, ao crime, à rejeição", escreveu o Deputado Marco Feliciano no Twitter. Disponível em <<http://www.vermelho.org.br/noticia/150836-1>>. Acesso em 29 mar. 2017.

carece o ambiente científico de pesquisas com foco mais direto na proibição de expressões públicas de discriminação. Os autores, com isso, alertam¹¹¹:

It is, however, plausible that without direct penalizing repercussions, such as the prohibition of hate speech or the punishment of hate crimes, expressions of prejudice will remain high in modern societies – unaffected by prejudice reduction campaigns and actions.

Impressionantes são as conclusões apresentadas na revista *Political Psychology*, a qual apresenta diversas pesquisas demonstrando que manifestações públicas de discurso do ódio afetam

the psychological well-being and the suicide rate among minorities (Mullen & Smith, 2004), the exclusion of minorities from the society (Mullen & Rice), the devaluation of minority members (Greenberg & Pyszczynski), and the discriminatory distribution of public resources (Fasoli, Maass & Carnaghu, in press).

Além disso, a revista destaca as extremadas e terríveis consequências da difusão desenfreada do discurso do ódio, ao lembrar dos assombrosos genocídios de Tutsis na Ruanda, Judeus na Alemanha Nazista e de Armênios na Turquia¹¹².

De grande importância para a matéria, o estudo conduzido pela organização não governamental polonesa *Wiedza Lokalna*, citado no periódico, procurou conhecer a opinião de jovens e adultos poloneses sobre seu entendimento a respeito de frases ofensivas e discurso do ódio, além de esclarecer sua aceitação ou não à legislação proibindo tais manifestações.

Apesar de citar inúmeras pesquisas que apontam ser o autoritarismo um crucial *personality antecedente of prejudice* (Adorno et. Al., 1950; Altemeyer, 1981, 1998, Duckitt, 1992; Duriez & Soenens, 2006), o estudo conduzido pela *Wiedza* afirma que

The supplementary analyses provided significant evidences that the effects of RWA (Right Wing Authoritarianism) on hate-speech

¹¹¹ BILEWICZ, Michal; SORAL, Wiktor; MARCHLEWSKA, Marta; WINIEWSKI, Mikołaj. When Authoritarians Confront Prejudice: Differential Effects of SDO and RWA on Support for Hate-Speech Prohibition. *Political Psychology*, February 2017, Vol.38 (1), pp.87-99.

¹¹² BILEWICZ, Michal; VOLLHARDT, J. *Evil transformations: Psychological processes underlying genocide and mass killing*. New York: Palgrave Macmillan. 2012. p. 280-307.

prohibition are particularly strong in the case of those groups that are protected by political correctness norms (African, Ukrainians) but not in the case of those groups that are less protected by such norms (LGBTQ, Muslims). This supports the view that authoritarians are willing to confront hate speech as long as such utterances are against the established norms.

Apesar de tal estudo ter sido realizado em país com enormes diferenças socioculturais, é inegável a semelhança com a realidade brasileira, na medida que se percebe, na Lei 7.716/89 por exemplo, uma negligência em relação à proteção de outras minorias que não as étnicas.

Por outro lado, mister atentar para o ponderamento de Machado¹¹³, através do qual questiona-se se, realmente valeria a pena que se impusesse qualquer restrição à liberdade de expressão, tendo em vista os perigos que isso causaria à discussão pública de ideias, tão necessária à democracia. Segue sua observação:

(...) discutível é a medida em que isso torna desejável a restrição do direito à liberdade de expressão, ou seja, ate que ponto é que os benefícios de uma política de restrição da liberdade de expressão em nome da protecção dos interesses de dignidade e status que de grupos marginalizados podem colocar em perigo a esfera de discussão pública que, entre outras coisa, constitui uma parte importantíssima da infra-estrutura da autodeterminação democrática da sociedade no seu todo.

Apesar disso, parece-me que tal pensamento é típico do pensamento liberal e, como tal, ignora os direitos intrínsecos daqueles que sofrem o desprezo do diálogo, menosprezando, com isso, o poder nocivo que o alijamento de um grupo – por meio de discurso do ódio – traz para a democracia. Evidente que, se um grupo for alijado de participar do discurso social, não estaremos diante de uma democracia focada na dignidade da pessoa humana.

Avançando, percebe-se que há uma necessidade de abrir portas que permitam o acesso ao mercado das ideias, de forma ampla e protegida, pelos grupos usualmente afastados dele. Ainda, deve-se ter em mente o ideário da igual dignidade

¹¹³ MACHADO, Jônatas. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da esfera Pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora. 2002. p. 190.

da pessoa humana como fundamento para uma regulamentação dos meios de expressão humana, já que tal pensamento é facilmente encaixável no modelo liberal existente.

4.2 Críticas Feministas

Atualmente, com a evolução do pensamento e uma maior democratização sexual, observa-se que o pensamento feminista se coloca em desenvolvimento para assumir lugar de destaque na reconstrução do discurso jurídico. Não se pretende, aqui, tratar e valorar com exaustão as teorias feministas ou a relação entre o feminismo e a liberdade de expressão. De qualquer forma, buscar-se-á destacar alguns aspectos que contribuam para a reflexão que este trabalho se propõe a fazer.

Primeiramente, salienta-se que, embora as teorias feministas não constituam uma unicidade de forma de abordagem e perspectiva, possuem por base a idéia comum de rejeição do patriarcalismo¹¹⁴, pretendendo atingir as premissas antropológicas e epistemológicas do Constitucionalismo moderno.

Ainda, possuem um caráter de análise crítica e ideológica do direito em si mesmo, e do modo como, na procura de justiça, racionalidade, consistência, termina por assumir e reproduzir as características ligadas à personalidade masculina¹¹⁵, demonstrando, assim, um aparato de dominação sexual ocultado sob as infraestruturas políticas e econômicas.

Dessa forma, grande parcela da doutrina feminista salienta que essa influência acaba por refletir-se na ideia de que as palavras constroem a realidade incutida de valores masculinos. É assim que o direito, tal como desenvolveu-se e positivou-se, impregnou-se da ideologia individualista e autonomista que as ideias feministas procuram rechaçar¹¹⁶.

¹¹⁴ DALTON, Clare. Where we Stand: Observations on the situation of Feminist Legal Thought. **Berkely Women's Law Journal**, 3, 1988.

¹¹⁵ SCALES, Ann C., The emergency of Feminist Jurisprudence. **Feminist Jurisprudence**, New York, 1993. p. 95 e ss.

¹¹⁶ WOLGAST, Elisabeth. Pornography and the Tyranny of the Majority. **Feminist Jurisprudence**, New York, 1993. p. 431 e ss.

Sobre o assunto, Jonatas Machado salienta a posição feminista ao afirmar que a liberdade de expressão não tem ajudado aqueles mais fracos ou oprimidos que ainda precisem encontrar sua voz. Ele dita:

Ora, se as palavras de uns podem ser utilizadas para construir uma realidade de opressão e discriminação a custa do silêncio de outros, então, a luta de uma sociedade mais justa só é possível através de uma intervenção da dogmática no âmbito de proteção e no programa normativo do direito a liberdade de expressão, de forma a que os mesmos contemplem uma referência completa a realidade e multiplicidade das experiências humanas¹¹⁷.

Assim, parte da doutrina enxerga que o direito à igualdade e o direito da liberdade de expressão estariam em caminhos colidentes, já que a proteção da liberdade de expressão teria se desenvolvido sem considerar seriamente os problemas incrustados de desigualdade social e da necessária igualdade substantiva¹¹⁸.

Por estas razões, percebe-se uma negligência em relação aos comportamentos expressivos que procurem defender e promover a desigualdade social entre grupos de pessoas por causa de manifestações étnicas, raciais, sexuais ou religiosas¹¹⁹. Tendo em vista que o direito a liberdade de expressão tem sido desenvolvido em boa parte como direito negativo, de defesa contra o Estado, este acaba por ficar alheio ao julgamento da existência, ou não, de dano ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Assim, termina por, muitas vezes, desempenhar função de legitimação e conservação do *status quo*, marcado por um intrínseco valor de dominação pelo homem branco heterossexual cristão.

Em outras palavras, a liberdade de expressão, na visão crítica, é percebida como tendo contribuído para discriminar e subalternizar minorias étnicas, mulheres e

¹¹⁷ JENSEN, Robert; ARRIOLA, Elvia R. **Feminism and free expression**: silence and voice, Freeing the First Amendment, New York: New York Publisher, 1995. p. 195.

¹¹⁸ MACKINNON, Katherine. **Only Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 51.

¹¹⁹ FREEDMAN, Eric. A Lot More Comes Into Focus When We Remove the Lens Cap. **Iowa Law Review**, 81, 1996. p. 931.

homossexuais¹²⁰. Importante salientar as palavras de Catherine MacKinnon, quem salienta a dominação do discurso:

The less speech you have, the more the speech of those who have it keeps you unequal; the more the speech of the dominant is protected, the more dominant they become and the less the subordinate are heard from¹²¹.

Dessa forma, cria-se um ciclo vicioso, onde subordinação e silenciamento andam juntos; ao mesmo tempo em que a liberdade de expressão acentua a subordinação de determinadas parcelas da população, pode limitar ou agravar sua posição de subordinação.

Passo seguinte, as críticas feministas chamam a atenção para a exagerada hipertrofia da liberdade de expressão, notadamente em torno da discussão jurídica sobre a pornografia. Sobre isso, procuram vislumbrar o problema sob enfoque da igual dignidade, salientando que a pornografia caracteriza uma dominação da ideologia androcêntrica¹²², pelo que os ideais feministas buscam chamar atenção para o papel desempenhado pela pornografia na manutenção do sexo como gerador de discriminação.

Outra, contudo, é a visão de Nan Hunter e Sylvia Law sobre o ponto, ao descreverem a pornografia, não como um instrumento de degradação ou silenciamento desumano das mulheres, mas sim como sendo mais uma das inúmeras manifestações da expressão humana em cuja participação a mulher foi eventualmente excluída¹²³. Nessa premissa, a pornografia é remetida ao âmbito da privacidade pessoal.

Em outra seara, importante é a lição da ativista feminista Anita Sarkeesian¹²⁴, consubstanciada no artigo de Maria Edstrom, quando chama atenção que assédio

¹²⁰ WOLSON, Nicholas. **Hate Speech, Sex Speech, Free Speech**. Westport: Conn, 1997. p. 102.

¹²¹ MACKINNON, Katherine. **Only Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 55.

¹²² MACKINNON, Katherine. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge: Mass, 1989. p. 207

¹²³ HUNTER, Nan D., LAW, Sylvia A., Brief Amici Curiae Of Feminist Anti-Censorship Taskforce, Et Al., In American Booksellers Association V. Hudnut, **Feminist Jurisprudence**, New York, n. 69, p. 788 e ss. 1993.

¹²⁴ EDSTROM, Maria. The Trolls Disappear in the Light: Swedish Experiences of Mediated Sexualised Hate Speech in the Aftermath of Behring Breivik. **International Journal for Crime, Justice and**

online e rebelião cibernética são um tipo de atividade social na qual, ainda que os envolvidos possam ser desordenados e espontâneos, cria-se um ambiente tóxico e altamente danoso àqueles alvos das manifestações de ódio. A autora, ainda, segue:

They are maintaining, reinforcing, and normalizing a culture of sexism, where men who harass are supported by their peers and rewarded for their sexist attitudes and women are silenced, marginalized and excluded from full participation (Sarkeesian 2012).

Nesse sentido, o artigo da jornalista Edstrom reflete sobre o aspecto sexualizado do discurso do ódio, o qual, em sociedades onde a liberdade de expressão é altamente valorizada e, ao mesmo tempo, existe uma dominância de valores machistas ou de superioridade masculina, é responsável pelo silenciamento da mulher e pela manutenção da desigualdade de gênero.

Todavia, não é claro que as posições feministas possuam a capacidade, por si só, de superarem os princípios fundamentais constantes no modelo liberal de liberdade de expressão. Jónatas Machado, em crítica ao modelo crítico, afirma que parece contraditório que este modelo (liberal), que permitiu que o discurso feminista conquistasse o grande peso que possui hoje no âmbito acadêmico, deveria ser censurado e expurgado de todas as manifestações de sexismo em nome da igualdade sexual¹²⁵.

A concepção liberal procura desenvolver e manter uma dimensão de discurso público aberta e pluralista que proporcione a todas as pessoas e grupos sociais a possibilidade de divulgar pensamentos e opiniões, com atenção ao princípio de que nenhuma pessoa pode ser obstaculizada de publicar materiais simplesmente pelo fato de conterem matérias tidos como imorais ou ofensivas. Esse modelo delega à sociedade a missão de avaliar o diálogo e criticar as concepções nele contidas¹²⁶.

Social Democracy, v. 5, n. 2, p. 96-106, jun. 2016. Disponível em <<https://www.crimejusticejournal.com/article/view/314>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

¹²⁵ MACHADO, Jónatas. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da esfera Pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora. 2002. p. 195.

¹²⁶ MILL, John Stuart. The Subjection of Women. **On Liberty and Other essays**, Oxford, 1991, v. 7, p. 471.

As teorias feministas, aliadas à outras críticas sobre as premissas epistemológicas e hermenêuticas que tradicionalmente caracterizam o direito da liberdade de expressão, geram uma contribuição ímpar na evolução do pensamento Constitucional.

O discurso traz à tona a existência de dimensões políticas e sociais que devem ser consideradas na regulamentação do direito da liberdade de expressão, com o intuito de revisar as doutrinas liberais tradicionais.

5 Conclusão

De acordo com este trabalho, portanto, os direitos fundamentais estão positivados em nossa ordem jurídica como preceitos constitucionais fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo protegida sua efetivação pelo Estado.

Para a doutrina dominante atual, a interpretação dos direitos fundamentais em um prisma constitucional deve ser realizada de acordo com um modelo de princípios aplicáveis através da ponderação, ficando a cargo do intérprete fundamentar suas escolhas, atendendo as possibilidades e limitações impostas pelo sistema jurídico e buscando a melhor solução para o caso concreto.

Nessa linha, visto que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, e considerando que podem ser restringidos pelo uso de outro direito fundamental, pode acontecer de haver a colisão entre tais direitos, como ocorre, por exemplo, quando o exercício do direito de um particular colide com o exercício do direito de outro particular.

Dessa forma, quando ocorre uma colisão de princípios ou direitos fundamentais constantes na Constituição – que acontece apenas no plano axiológico – não deve haver preponderância de nenhum deles, mas sim a ponderação dos bens e interesses juridicamente protegidos com o propósito de torná-los harmônicos e, assim, solucionar o problema e garantir a menor constrição possível.

Para que tal harmonização seja apta a solucionar apropriadamente o caso, deve-se observar, primordialmente, a dimensão fática do problema, entendendo quais os valores a serem priorizados naquela situação e, assim, evitar o sacrifício total de um deles em relação ao outro.

Em outro prisma, foi explicitada a evolução da liberdade de expressão no seio das sociedades modernas ocidentais. Sem minimizar a importância das diferenças de cada experiência histórica de cada sociedade, é imperativo reconhecer a transcendência do valor da liberdade de expressão nas sociedades de democracia avançada. Por constituir um âmbito sensível das liberdades individuais, historicamente cerceado, tornou-se protagonista de revoluções e lutas por igualdades e liberdades. A livre exposição de ideias alcançou, portanto, infindável número de adeptos e defensores.

Percebeu-se, entretanto, que, principalmente após a derrocada dos regimes totalitários no final do século XX, a liberdade de expressão alcançou contornos exacerbados, como fruto dos anos de liberdades tolhidas pelos regimes militares. Os meios de comunicação tornaram-se quase um 4º poder, lançando seus olhares, críticas e domínio sobre todas as pessoas – públicas ou privadas.

Por sua vez, viu-se que os direitos de personalidade são entendidos como reflexo da dignidade da pessoa humana, sendo oponíveis contra todos e contando com proteção garantida pelo Estado.

Na colisão entre os direitos de personalidade e a liberdade de expressão (ou de informação, de comunicação, etc), valiosos são os critérios de ponderação apontados pela doutrina: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Estes parâmetros devem ser utilizados pelo intérprete como guia para o exame da circunstância fática, permitindo certa objetividade às escolhas.

Frisou-se, ainda, que pode haver uma atuação do legislativo infraconstitucional com o intuito de oferecer outras soluções ou outros critérios para a ponderação nas

situações de conflito entre direitos fundamentais. Claro que, por força do princípio da unidade da Constituição, não poderão determinar, em abstrato, a prevalência de um direito sobre o outro, retirando do intérprete a competência para verificar, *in concreto*, a solução constitucionalmente adequada para o problema.

Percebe-se, assim, que, para que possam ser definidos os limites da atuação da liberdade de expressão e as responsabilidades do seu mau uso frente ao sistema democrático, é de suma importância a ação do Estado e dos controles efetivos, garantido uma ordem de valores fundada na dignidade da pessoa humana.

Passo seguinte, foram explorados pontos críticos ao modelo liberal de liberdade de expressão, com forte viés na doutrina feminista e, também, de defesa das minorias.

Atentou-se, por sua vez, que as expressões de ódio trazem um sinal perigoso; sem dúvida, digna de reprovação. Porém, não se pode pretender encerrar esse debate sem maiores reflexões. Há que se adotar critérios fixos de aferição da potencialidade danosa desse tipo de discurso, sob pena de forte afronta à liberdade de expressão, que pode conduzir a resultados indesejados. Independentemente dos critérios de ponderação dos valores corretos nos casos de discurso do ódio, a discussão sobre o assunto deve ser aberta e irrestrita, com vistas ao propósito especial do princípio da liberdade de expressão como reflexo da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista a constante renovação do sistema jurídico, deve-se entender o conflito entre a liberdade de expressão e algum dos aspectos da dignidade da pessoa humana de maneira a encontrar-se um equilíbrio para a intervenção Estatal. Esta busca perpassa pela aprendizagem de reconhecimento, tolerância e reciprocidade como forma de buscar uma pacífica convivência multicultural, local onde o discurso do ódio não possua espaço.

Dessa forma, é razoável que se continue discutindo os limites à liberdade de expressão e sua relação com o discurso do ódio ou com os direitos de personalidade, com a finalidade de que se encontre o justo meio que caracterize a justiça em cada situação, sempre considerando o princípio da dignidade inerente a cada ser humano. Há que se cuidar para que o valor da liberdade de expressão não dificulte o devido dimensionamento das importantes conquistas em torno da dignidade da pessoa

humana, qual seja, sua posição como centro interpretativo e axiológico do sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direito de fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 17, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 669 p.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. 601 p.

AMADO, Juan Antonio García. **Hans Kelsen y la norma fundamental**. Madrid: Marcial Pons, 1996. 259 p.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 132 p.

_____. Liberdade de Expressão versus Direito da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e critério de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação, algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 270 p.

BARTOLE, Principi di diritto (dir. cost.), in Enciclopédia de Diritto, XXXV, p. 531. In: MARCELO NEVES, **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Malheiros, 1988. 178 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. 515 p.

BÍBLIA. **A Bíblia Sagrada**: o Antigo e o Novo Testamento. 2. ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2004. 1221 p.

BILEWICZ, Michal; SORAL, Wiktor; MARCHLEWSKA, Marta WINIEWSKI, Mikołaj. When Authoritarians Confront Prejudice: Differential Effects of SDO and RWA on Support for Hate-Speech Prohibition. **Political Psychology**, February 2017, Vol.38 (1), pp.87-99.

BILEWICZ, Michal; VOLLHARDT, J. **Evil transformations**: Psychological processes underlying genocide and mass killing. New York: Palgrave Macmillan. 2012. p. 280-307.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 341 p.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, v.15. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/521/537>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. **XVI Congress of the International Constitutional Law**. The Constitutional Treatment of Hate Speech. The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law, Brisbane, v. 14, n. 20, p. 1-52, July, 2002

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Habeas Corpus nº 85327 da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 15 de agosto de 2006. **Diário de Justiça, Brasília**, DF, 20 out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424, Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 19 mar. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109676, Brasília, DF, 14 agosto 2013. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 11 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, Brasília, DF, 30 de abril de 2009. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 06 nov. 2009. 334 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2380 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 577 p.

COPLESTON, Frederick. **A history of philosophy**. New York, NY: Doubleday, 1946. v. 9. 320 p.

CORTIANO JUNIOR, Erouths. Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade. In: Luiz Edson Fachin. (Org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar Ltda, 1998. 329 p.

CRENSHAW, Kimberle Williams. Beyond Racism and Mysogyny: Black Feminism and 2 Livre Crew. Words that Wound, critical race theory, assaultive, speech and the first amendment, **Boulder**, n. 12, p. 100 – 150, 1993. 50 p.

DALTON, Clare. Where we Stand: Observations on the situation of Feminist Legal Thought. **Berkely Women's Law Journal**, 3, 1988.

DELGADO, Richard. Words that Wound: A Tort Action For Racial Insults, Epithets, and Name Calling. **Words that Wound, critical race theory, assaultive, speech and the first amendment**, boulder, n. 12, p. 100-150, 1993. 165 p.

DIAZ, Alvaro Paul. La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudência comparada. **Revista Chilena de Derecho**, v. 38, n. 2, p. 503-609. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. 528 p.

_____ **Taking Rights Seriously**. Londres: Duckworth, 2009. 371 p.

EDSTROM, Maria. The Trolls Disappear in the Light: Swedish Experiences of Mediated Sexualised Hate Speech in the Aftermath of Behring Breivik. **International Journal for Crime, Justice and Social Democracy**, v. 5, n. 2, p. 96-106, jun. 2016. Disponível em <<https://www.crimejusticejournal.com/article/view/314>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

ERIKSON, Nicholas. Hate Crimes. **The Georgetown Journal of Gender and the Law**. Vol. VI: 289. 2005. 352 p.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 357 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009. 391 p.

FREEDMAN, Eric. A Lot More Comes Into Focus When We Remove the Lens Cap. **Iowa Law Review**, 83, 81, 1996.

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. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p327>>. Acesso em: 15 nov 2016.

GAUSTINI, Ricardo. Os Princípios Constitucionais como fonte de perplexidade. **Revista Interesse Público**, ano XI, n. 55, p. 173, 2009.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de Imprensa**. 2º ed. São Paulo: Editora Atlas S A, 2008. 136 p.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 562 p.

GOODPASTER, Gary. Equality and Free Speech: The Case Against Substantive Equality. **Iowa Law Review**, 82, 1987.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, p. 14380-14382, 5 out. 1988. Disponível em:

<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 14.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Melo Aleixo. In: SARLET, Ingo W. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 240 p.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 3. ed. Madrid: Trotta, 2001. 689 p.

HUNTER, Nan D., LAW, Sylvia A., Brief Amici Curiae Of Feminist Anti-Censorship Taskforce, Et Al., In American Booksellers Association V. Hudnut, **Feminist Jurisprudence**, New York, n. 69, p. 788 e ss. 1993.

JENSEN, Robert; ARRIOLA, Elvia R. **Feminism and free expression**: silence and voice, Freeing the First Amendment, New York: NYP SA, 1995. 223 p.

JORGE MIRANDA, Manual, IV, p. 153; HENRIQUE MOTA, Le principe de la liste ouverte em matiere de droits fondamentaux, in La Justice Constitutionnelle au Portugal, 1989, p. 177; VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais, p. 34. In: SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011. 493 p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008. 117 p.

LAWRENCE III, Charles. The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Racism. **Stanford Law Review**, 39, 1987.

LEAL, Fernanda Rabelo Oliveira. O fenômeno “discurso do ódio” sob a ótica do direito constitucional brasileiro contemporâneo. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 09 fev. 2015. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52399&seo=1>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

LOCKE, John. **Cartas acerca da tolerância**: segundo tratado sobre o Governo. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 1196 p.

_____ Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seguintes limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação, algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 270 p.

MACKINNON, Katherine. **Only Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1995. 149 p.

_____ **Only Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1996. 160 p.

_____ **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge: Mass, 1989. 330 p.

MAITRA, Ishani; MCGOWAN, Mary Kate. **Speech and Harm: Controversies Over Free Speech**. Inglaterra: Oxford Scholarship, 2012. Disponível em: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199236282.001.001/acprof-9780199236282>>. Acesso em 15 dez. 2016.

MARTIN, Nuria Beloso. El principio de dignidade de la persona humana en la teoria kantiana: algunas contradicciones. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 40-60, jul./set. 2008.

MAURER, Béatrice. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 240 p.

MEIRA, Miguel Salgueiro. **Os limites à liberdade de expressão nos discursos de incitamento ao ódio**. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2013

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 1364 p.

_____ **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1º ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 322 p.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 97.

MIGUEL, Ruiz. **Human Dignity: History of an idea**. Santiago de Compostela: Jorneue Folge Band, 2004. 459 p.

MILL, John Stuart. The Subjection of Women. **On Liberty and Other essays**, Oxford, 1991, v. 7, p. 471.

_____ **Areopagitica: A Speech for Liberty of Unlicensed Printing.** New York: Lawbook Exchange Ltd, 2006. 189 p.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil da Imprensa por Dano à Honra: o novo Código Civil e a Lei de Imprensa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 320 p.

MIRANDA, Darcy Arruda de. **Dos abusos da liberdade de imprensa: comentário, doutrina, legislação e jurisprudência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959. p. 91.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional.** t. IV. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 466 p.

_____ **Manual de direito constitucional.** Tomo IV, 4. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 472 p.

_____ **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2009. 509 p.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada.** Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 1452 p.

MIRANDOLA, Pico Della. **Discurso sobre la dignidad del hombre.** Traducción de Adolfo Ruiz Diaz. Buenos Aires: Goncourt, 1978. 95 p.

MORAES, Alexandre. Liberdade de Imprensa e Proteção à Dignidade Humana. **Boletim IBCCRIM**, vol.58. p.15, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 357 p.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIII, n. 15, p. 5-12, abril/jun. 2009.

NOJAS, Claudio Nash. Las Relaciones entre o direito de la vida privada y el derecho a la liberdade de información en la jurisprudência de la Corte Internacional de Derechos Humanos. **Studios Constitucionales**, año 6, n. 1, p. 157, 2008.

PERRY, Michal. **Toward a Theory of Human Rights: Religion, Law, Courts.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008. 270 p.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição.** Coimbra: Coimbra Ed, 1994. 240 p.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento dos direitos de personalidade no direito português. In: Ingo W. Sarlet (org.). **A Constituição**

concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. 319 p.

_____ **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 230 p.

RAWLS, John. **História da filosofia moral.** Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 439 p.

_____ **Uma teoria da justiça.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 708 p.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Interesse Público**, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 20-50, out./dez. 1999. p 34.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Da Liberdade de Expressão ao Direito à Comunicação. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 10, p. 201, jan./mar. 2010.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. 499 p.

_____ **A eficácia dos direitos fundamentais.** 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011. 493 p.

_____ As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 240 p.

_____ **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9ª. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 192 p.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lúmen Iures, 2000. 220 p.

_____ A liberdade de expressão e o problema do hate speech. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006.

SCALES, Ann C., The emergency of Feminist Jurisprudence. **Feminist Jurisprudence**, New York, 1993.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010. 200 p.

SÓFOCLES. **Antígona.** Rio de Janeiro: Topbooks, 2006. 203 p.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. 122 p.

STERN, Klaus. **Das staatsrecht der bundesrepublik Deutschland**. München: C.H. Beck'sche, 1994-2000. 787 p.

TAVARES, André Ramos, Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 4, jul./dez. 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

THWEATT, Elizabeth. **Bibliography of hate studies material**, 2001. Disponível em: <guweb2.gonzaga.edu/againsthate/thweatt.pdf>. Acesso em 15 set. 2016.

VOLTAIRE, (François Marie Arouet). **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate. **Harvard Law Review**, v. 123, n. 1.596, p. 1.597-1.657, 2010.

WOLGAST, Elisabeth. Pornography and the Tyranny of the Majority. **Feminist Jurisprudence**, New York, 1993.

WOLSON, Nicholas. **Hate Speech, Sex Speech, Free Speech**. Westport: Conn, 1997. 841 p.