

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO**

JOÃO HENRIQUE ROCHA BONILLO

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE OS MODELOS NORTE-AMERICANO E DO
DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Belo Horizonte
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais
2021

João Henrique Rocha Bonillo

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE OS MODELOS NORTE-AMERICANO E DO
DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: “Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”

Área de estudo: “Teoria constitucional, direitos humanos e instituições democráticas”

Orientador: Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes

Coorientador: Prof. Dr. Francisco de Castilho Prates

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

B7151 Bonillo, João Henrique Rocha
A liberdade de expressão e o discurso de ódio no Supremo Tribunal Federal [manuscrito]: entre os modelos norte-americano e do direito internacional dos direitos humanos / João Henrique Rocha Bonillo. - 2021.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito comparado - Teses. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal - Teses. 3. Discurso de ódio - Teses. 4. Democracia - Teses. 5. Liberdade de expressão - Teses. I. Fernandes, Bernardo Gonçalves. II. Prates, Francisco de Castilho. III. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU: 342.721



FACULDADE DE DIREITO - UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

**DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. JOÃO HENRIQUE ROCHA BONILLO**

Aos cinco dias do mês de agosto de 2021, às 15h00m, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Francisco de Castilho Prates (UFMG); Prof. Dr. Adamo Dias Alves (UFMG) e Prof. Dr. Ralfael Frattari Bonito (FUMEC), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado do Bel. JOÃO HENRIQUE ROCHA BONILLO, matrícula nº 2019662242, intitulada: "A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE OS MODELOS NORTE-AMERICANO E DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS". Os trabalhos foram iniciados pelo orientador do candidato, Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Prof. Francisco de Castilho Prates, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Prof. Francisco de Castilho Prates, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Adamo Dias Alves, Ralfael Frattari Bonito e Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, tendo se verificado o seguinte resultado:

Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (orientador do candidato/UFMG)
Conceito: APROVADO - Nota 100 (REM)

Prof. Dr. Francisco de Castilho Prates (UFMG)
Conceito: APROVADO - Nota 100 (CEM)

Prof. Dr. Adamo Dias Alves (UFMG)
Conceito: Aprovado - Nota 100 (cem)



FACULDADE DE DIREITO - UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

Prof. Dr. Rafael Frattari Bonito (FUMEC)

Conceito:

APROVADO - NOTA 100 (SEM)

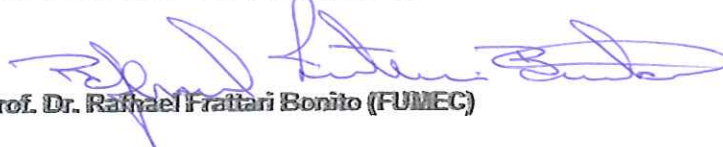
A Banca Examinadora considerou o candidato Aprovado, com nota 100. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes, orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (orientador do candidato/UFMG)


Prof. Dr. Francisco de Castilho Prates (UFMG)


Prof. Dr. Adamo Dias Alves (UFMG)


Prof. Dr. Rafael Frattari Bonito (FUMEC)

- CIENTE: João Henrique Rocha Bonillo (Mestrando)

Aos meus pais, Darley e Raquel, por todo o apoio, em todas as áreas da minha vida, de meu nascimento até ao presente momento.

Ao meu avô João Júlio, que faleceu durante o processo de elaboração desta dissertação.

À minha namorada Luisa, minha companheira durante quase a totalidade de minha graduação e a totalidade de meu mestrado.

Ao professor Bernardo, que me orientou em toda a pesquisa durante estes pouco mais de dois anos que estive no Programa de Pós-Graduação da UFMG, assim como todo o suporte e conhecimento durante os dois semestres de estágio docente que participei sob sua supervisão.

Ao professor Francisco, co-orientador da presente pesquisa, por me auxiliar a lidar com questões temáticas as quais estava tendo dificuldade de tratar no texto da dissertação, bem como também pelo estágio docente que realizei sob sua supervisão no último semestre.

A todos os demais, professores, amigos e familiares, componentes de extensa lista, que de alguma maneira me ajudaram ou apoiaram durante esta jornada acadêmica.

RESUMO

A presente dissertação buscará verificar se há uma tendência no entendimento da jurisdição constitucional brasileira no que diz respeito à liberdade de expressão como cláusula geral e ao discurso de ódio, no sentido de identificar as influências dos modelos norte-americano e do direito internacional dos direitos humanos nas decisões dos *leading cases* que versam sobre a matéria e que foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal. Em linhas gerais, o modelo norte-americano é aquele adotado pela ordem constitucional deste país. Demasiadamente inspirado pela doutrina liberal clássica, na qual o Estado tende a ser o maior inimigo das liberdades individuais dos cidadãos, a Suprema Corte e os acadêmicos afetos a esse pensamento se inclinam a defender uma esfera protetiva à liberdade de expressão bastante vasta, de modo considerar ilegítimas a maioria das restrições a esse direito, principalmente quando forem baseadas no conteúdo da expressão. Por outro lado, o modelo internacional dos direitos humanos concebe a liberdade de expressão não somente como uma forma de proteção do indivíduo contra o Estado, mas também como parte fundante da democracia. Dessa maneira, perguntar-se-á a qual dessas concepções o Supremo Tribunal Federal tende a se aproximar e em quais situações essa aproximação ocorre. Nesse caso, a hipótese inicialmente adotada será a de que, quanto à cláusula geral da liberdade de expressão, o STF se aproxima de pontos basilares de ambos os modelos, enquanto tende a se aproximar do modelo do direito internacional dos direitos humanos no que tange o discurso de ódio. Por fim, referencial teórico aqui destacadamente utilizado será o pensamento de Owen Fiss acerca do direito à liberdade de expressão, em diálogo com o pensamento de outros teóricos da liberdade de expressão, a exemplo de Ronald Dworkin, Michel Rosenfeld, C. Edwin Baker, John Stuart Mill e Jeremy Waldron.

Palavras-chave: “liberdade de expressão”; “discurso de ódio”; “democracia”; “Supremo Tribunal Federal”; “direito comparado”.

ABSTRACT

This essay has the scope of verifying if there is a trend in the understanding of the Brazilian Constitutional Jurisdiction about free speech as a general clause and hate speech in the sense of identifying the influences of the north-american and international human rights law in leading cases decisions about this subject by Supremo Tribunal Federal. On the whole, the north-american model is the one adopted by the U.S. constitutional order. Over-inspired by the classical liberal doctrine, in which the Estate itself tends to be the greatest enemy of the citizen's individual freedoms, the U.S. Supreme Court and the scholars attached to this thinking are about to defend a much vaste protection field to this right in a way of considering illegitimate most of its restrictions, mainly when these restriction are content-based. By the other hand, the international human rights law model conceives freedom of expression not just as a form of protection of the individual against the Estate, but also as a founding part of democracy. In this way, will be asked which of these two conceptions the Supremo Tribunal Federal tends to be closer of and in which situations this occurs. In this case, the initial hypothesis will be the one which says that in the realm of freedom of expression as a general clause, the STF aproximates itself of fundamental points of both models, whereas the Court tends to approximate itself of the international human rights law model in hate speech matter. Lastly, the theoretical benchmark hear outstandingly used will be the thinking of Owen Fiss about the freedom of expression right, dialoguing with the thinking of others scholars of free spech, such as Ronald Dworkin, Michel Rosenfeld, C. Edwin Baker, John Stuart Mill e Jeremy Waldron.

Keywords: *“freedom speech”; “hate speech”; “democracy”; “Supremo Tribunal Federal”; “ comparative law”.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. OS MODELOS ATINENTES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	15
1.1 O que é a liberdade de expressão?.....	15
1.2 O modelo norte-americano.....	30
1.3 O modelo do direito internacional dos direitos humanos.....	45
2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO CLÁUSULA GERAL NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	58
2.1 A liberdade de expressão no ordenamento constitucional brasileiro.....	58
2.2 HC 83.996/RJ: a possibilidade de regulação estatal do conteúdo com base no modo, tempo e lugar.....	67
2.3 ADPF 130: A construção do conceito constitucional de liberdade de imprensa.....	69
2.4 ADI 4.451 e ADPF 548: “Período eleitoral não é estado de sítio”.....	79
2.5 ADI 4.815: Liberdade de expressão e direitos de personalidade no caso das biografias não-autorizadas.....	83
3. O DISCURSO DE ÓDIO NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	92
3.1 Discurso de ódio: conceituação e considerações teóricas.....	92
3.2 HC 82.424/RS: A incompatibilidade do discurso de ódio e do revisionismo histórico com a ordem constitucional brasileira.....	108
3.3 ADO 26: A consolidação da incompatibilidade do discurso de ódio homofóbico com a ordem inconstitucional em concomitância com a tensão entre o princípio da separação dos poderes.....	115
4. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE O MODELO NORTE-AMERICANO E O MODELO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	122
4.1 Posicionamentos e tendências da liberdade de expressão no Supremo Tribunal Federal.....	122
4.2 A aproximação da concepção brasileira da liberdade de expressão com o modelo do direito internacional dos direitos humanos.....	127
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	133
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	136

Introdução

A discussão a respeito do direito à liberdade de expressão, acerca de suas fundamentações teóricas e limites a ele concernentes, é algo que perpassa pelos últimos séculos da história da humanidade. No Século XVII, o escritor inglês John Milton (1918), por exemplo, já tecia os contornos do que seria como um embrião do direito à liberdade de imprensa nos moldes atuais, lembrando-se que este direito pertence à esfera da liberdade de expressão *lato sensu*, também conhecidas como “liberdades comunicativas”.

A liberdade de expressão é um direito constitucionalmente consagrado em diversos sistemas jurídicos, não sendo diferente na Constituição Brasileira de 1988, cuja previsão se encontra no art. 5º, IV e IX, além de no art. 220. No plano internacional, também é atribuída à liberdade de expressão extrema importância, sendo que esse direito consta inclusive do art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Desta feita, este trabalho possui o objetivo de dissertar sobre este direito, tão caro à nossa ordem constitucional, almejando conciliar e esclarecer as teorias justificadoras deste direito com questões dogmáticas. Estabelecendo dois modelos teóricos-jurisprudenciais distintos, quais sejam, o modelo norte-americano e o modelo do direito internacional dos direitos humanos, buscar-se-á responder a seguinte questão-problema: de qual das duas concepções atinentes à liberdade de expressão a jurisprudência constitucional brasileira mais se aproxima?

A concepção norte-americana, inspirada por uma noção deveras influenciada pelo pensamento do liberalismo clássico, entende a liberdade de expressão como uma forma de proteção do indivíduo em relação ao Estado, tornando ilegítimas restrições ao seu exercício, salvo raras exceções. Por outro lado, segundo o modelo do direito internacional dos direitos humanos, o direito à liberdade de expressão é visto não somente pelo espectro da liberdade negativa, mas também como uma forma de participação democrática. Além de documentos de direito internacional preverem disposições desta ordem, diversos outros ordenamentos jurídicos, tais como a Alemanha, o Canadá, a Inglaterra e a Nova Zelândia, por exemplo, também compartilham de ideal semelhante.

No que diz respeito ao tratamento do discurso de ódio, deriva-se uma outra discussão, visto que, ao passo em que na maior parte das ordens legais e no âmbito internacional dos

direitos humanos o discurso de ódio seja entendido como não incluído dentro da esfera protetora do direito à liberdade de expressão, nos Estados Unidos o entendimento vigente, estabelecido por meio do precedente *Brandenburg v. Ohio* (1969)¹ é oposto a esta visão. Assim sendo, segundo este modelo, o Estado não teria legitimidade de limitar o discurso de ódio baseado apenas no conteúdo da mensagem.

O principal referencial teórico a ser utilizado é o pensamento de Owen Fiss que, apesar possuir nacionalidade norte-americana, aproxima-se mais do modelo internacional dos direitos humanos, pensando a liberdade de expressão além da mera liberdade negativa seus compatriotas normalmente pugnam, sendo este direito também parte fundamental para uma democracia qualitativa. Ainda segundo o autor, disto decorreria que o direito à liberdade de expressão ensejaria uma atuação positiva do Estado, a fim de garanti-la (FISS, 2005, p. 25):

Nós temos que aprender a aceitar esta verdade cheia de ironia e contradição: que o estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que pode fazer coisas terríveis para desestabilizar e minar a democracia, mas também fazer coisas extraordinárias para fortalecê-la.

Utilizando esta ideia como mote central, serão propostos diálogos com outros pensadores deste direito, a exemplo de Ronald Dworkin, Michel Rosenfeld, C. Edwin Baker, John Stuart Mill e Jeremy Waldron. Ressalva-se que este diálogo muitas vezes terá teor crítico, posta a visível incompatibilidade de determinadas proposições teóricas.

Após expor ambos os modelos para fins de comparação, almejar-se-á relacionar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando-se casos considerados *leading cases* em matéria de liberdade de expressão, com as fundamentações teóricas e questões constitucionais dogmáticas sustentadas nestes dois grandes modelos já estabelecidos, a fim de se verificar a existência (ou a inexistência) de tendências nas decisões do Tribunal sobre o tema, bem como a sua evolução (em sentido cronológico, não axiológico) e a correlação entre todas estas questões e própria liberdade de expressão no contexto jurídico brasileiro. Todavia, devido à especificidade da problemática do discurso de ódio, serão feitas, aprioristicamente, duas análises distintas, uma primeira esmiuçando decisões que versaram a respeito da liberdade de expressão como cláusula geral, e uma posterior, acerca de questões envolvendo discurso de ódio. Estas análises feitas, a princípio, de forma compartimentada, serão postas conjuntamente no capítulo final da dissertação, tendo em vista o objetivo geral da pesquisa de se compreender

¹ 395 U.S. 444 (1969).

se há uma tendência do Supremo Tribunal Federal seguir o modelo norte-americano ou o modelo do direito internacional dos direitos humanos.

A pesquisa aqui realizada pertence à vertente jurídico-dogmática (GUSTIN, 2002), visto que trabalhará com elementos internos ao ordenamento jurídico nacional, tais como o constitucional direito à liberdade de expressão e as decisões do Supremo Tribunal Federal concernentes a esse direito.

Este escrito terá duas diferentes abordagens, uma primeira do gênero teórico, que analisará os argumentos teóricos acerca dos dois grandes modelos concernentes à interpretação do direito à liberdade de expressão, bem como conceituará as ideias de “liberdade de expressão” e “discurso de ódio”; e uma segunda parte empírica, de análise de relevantes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, assim como também da Suprema Corte Norte-Americana, da Corte Interamericana e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Dessa feita, a pesquisa será uma amálgama entre o modelo jurídico-descritivo (GUSTIN, 2002), visto que se analisará as decisões do STF acerca do assunto e a sua aproximação a algum dos modelos citados (ou a ambos), jurídico-prospectivo, tendo em consideração que também será almejado visualizar uma tendência no entendimento deste tribunal constitucional e, por fim, também comparativo, na medida em que serão comparadas a jurisprudência do STF e o direito constitucional pátrio com decisões de outras cortes constitucionais e internacionais e ordenamentos constitucionais externos. A análise destas fontes de pesquisa será qualitativa

Outrossim, para que se consiga alcançar os objetivos finais almejados pelo trabalho, conceituações preliminares devem antes ser realizadas. No primeiro capítulo serão expostas as principais justificativas utilizadas para se fundamentar o direito à liberdade de expressão, nos moldes da classificação elaborada por Michel Rosenfeld (2005) e adotada pelo presente trabalho. Posteriormente, também se conceituará os modelos norte-americano e do direito internacional dos direitos humanos, buscando apontar os princípios fundantes destas duas concepções, bem como decisões e dispositivos constitucionais e legais que tratam de liberdade de expressão.

A análise comparativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com os dois grandes modelos citados começará no segundo capítulo. Entretanto, preliminarmente, será objeto de estudo a evolução da liberdade de expressão enquanto direito fundamental no ordenamento brasileiro, levando em consideração a forma com que todas as Constituições

brasileiras a previram em seu texto e também como a jurisprudência a interpretava. A razão do escrutínio deste direito reside na característica da historicidade, qualidade atribuída aos direitos fundamentais. Após isto, serão analisadas as decisões do STF correspondentes ao HC 83.996/RJ, às ADPF 130 e 548, bem como também às ADIs 4.451 e 4.815. A análise feita irá além da mera comparação das decisões com os dois grandes modelos atinentes à liberdade de expressão, visto que os julgados também serão utilizados como catalisadores para que se discuta outras questões ligadas a este direito: restrição da expressão com base em seu modo, tempo e lugar; liberdade de imprensa; crítica a autoridades e figuras públicas, etc.

O terceiro capítulo adentrará a muitas vezes polêmica questão do discurso de ódio. Em um primeiro momento, antes de se adentrar à análise do HC 82.424/RS e da ADO 26, os dois grandes *leading cases* da jurisprudência constitucional brasileira acerca desta temática, será necessário conceituar a noção de discurso de ódio a ser utilizada nesta pesquisa. Em um segundo momento, já quando do escrutínio do HC 82.424/RS, também será esmiuçado e definido um conceito para revisionismo histórico, estabelecendo as similaridades e diferenças desta prática em relação ao discurso de ódio propriamente dito, a fim de se justificar o porquê de um tratamento semelhante às duas figuras.

A escolha destes casos para a presente análise levou em conta a relevância da matéria tratada, a densificação normativa desenvolvida na decisão e a atenção dada pela doutrina às decisões. Na ADPF 130, por exemplo, pode-se dizer que sua decisão melhor desenvolveu o conceito de liberdade de expressão pós-1988; a ADI 4.815 traçou limites entre a liberdade de expressão, de informação e a privacidade de indivíduos; e foi no HC 82.482/RS que o Supremo Tribunal Federal desenvolveu o conceito de racismo vigente no ordenamento pátrio. Noutro giro, as decisões do HC 83.996/RJ, da ADI 4.451, da ADPF 548 e da ADO 26 também tratam de temas relevantes dentro do escopo da liberdade de expressão, sendo que nelas foram tratados, respectivamente, a questão de restrição com base no modo, tempo e lugar², a crítica a candidatos a cargos eleitorais³ (ADI 4.451 e ADPF 548) e a tensão entre a vedação do discurso de ódio, tendo como base justamente o precedente do HC 82.482/RS, e a possibilidade de que o Poder Judiciário (no caso, o STF) tenha invadido a competência do Poder Legislativo.

Ao fim e ao cabo, será feita uma comparação agregada de todas as decisões para enfim verificar se o Supremo Tribunal Federal se aproxima mais de um dos modelos ou quando o

² Ressalta-se, porém, o fato do HC 83.996/RJ não ter ido a Plenário.

³ Guardando semelhanças com o paradigmático caso do direito norte-americano *Sullivan v. New York Times*. A ver: Capítulos 1.2, 2.3 e 2.4.

Tribunal se aproxima de um dos modelos. São variadas as hipóteses decorrentes desta verificação, visto que esta comparação não é dicotômica ou maniqueísta, mas sim de gradação. Ou seja, a pesquisa não buscará responder a questão-problema apenas “encaixando” a concepção do direito à liberdade de expressão conforme ocorre no Brasil a um dos dois grandes modelos, mas também verificando em que grau a proximidade com os modelos ocorre.

1. OS MODELOS ATINENTES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1 O que é a liberdade de expressão?

Antes de se fazer qualquer consideração ou análise acerca do direito à liberdade de expressão, seja da legislação dos mais diversos ordenamentos jurídicos ou da jurisprudência consolidada nas cortes constitucionais de diferentes países, deve-se definir este dístico denominado “liberdade de expressão”, muitas vezes evocado como uma garantia da individualidade. Porém, poderia a ideia de liberdade de expressão ir além desta noção?

Pois bem, preliminarmente, deve-se se atinar para o fato de que a liberdade de expressão não é um gênero per si, mas sim uma espécie de um gênero maior chamado de “liberdades comunicativas”⁴, gênero este que engloba, além da liberdade de expressão, outras formas de exercício da liberdade, tais como a de imprensa, de pensamento, religiosa, acadêmica, de associação, de reunião, além de várias outras.

O ser humano é um ser vivo que carece de satisfazer determinadas necessidades primordiais. Essas necessidades não se limitam às de questão fisiológica, tais como se alimentar e dormir, mas compreende diversas outras atividades de caráter mais complexo, porém, igualmente importantes. Nesse rol de necessidades, pode-se incluir a questão da necessidade humana de se expressar, de se comunicar. Ao destacar a imprescindibilidade da comunicação para a vida humana, o teórico Desmond Fischer traça a importância do aspecto comunicacional presente na própria vida (FISCHER, 1984, p. 18):

A vida depende de comunicação. As reações químicas dos elementos da mais simples célula, a atividade nuclear do átomo, a transmissão da força da vida – tudo exige alguma forma de comunicação. (...).

A comunicação é necessária para o indivíduo. Uma pessoa se conhece a si mesma somente em função de outras pessoas: como filha de alguém, pai, amigo, inimigo. Se fecharmos um bebê, privando-o de todo contato humano durante anos, o adulto, em liberdade, não saberá quem ele ou ela é. Somente pelo inter-relacionamento – comunicação – com outros uma pessoa conhecerá a personalidade dele ou dela.

A comunicação é também a base da sociedade. Os indivíduos precisam dela para viverem juntos. Sem ela não poderá haver cooperação, paz. A comunidade depende de comunicações.

⁴ José Gomes Canotilho se utiliza também da expressão “liberdade de expressão latu sensu” para designar as liberdades comunicativas como um todo e “liberdade de expressão stricto sensu” ao se referir ao direito à liberdade de expressão (CANOTILHO et al., 2017, p. 29)

Fischer parte, portanto, de uma ideia tanto biológica, quanto social, do que seria a “comunicação” para traçar a sua importância à vida humana. Reduzindo fisicamente a comunicação desde às pequenas relações entre os átomos que dão forma à realidade até a compreensão dela como uma necessidade ao mesmo tempo autônoma e social.

Sendo, portanto, um elemento fundamental e indissociável da vida humana, não é de se surpreender o fato de a expressão humana vir a ter repercussões de natureza jurídica. Dessa feita, também não é surpreendente o direito à liberdade de expressão estar consagrado em diversas ordens constitucionais ao redor do globo, tal como é garantida na Constituição Brasileira de 1988, assim como também o é em tratados, convenções e demais instrumentos jurídicos internacionais.

Já discutida a sua imprescindibilidade para a vida humana, questiona-se: quais os fundamentos teóricos para que se defenda o direito à liberdade de expressão ou, em outros casos, até mesmo a regulação da expressividade humana?

Renomado estudioso do tema “liberdade”, o filósofo do direito norte-americano Ronald Dworkin, contrariamente a Thomas Jefferson, “Pai-Fundador” (*founding father*) e terceiro presidente dos Estados Unidos, nega que haja um direito geral à liberdade (DWORKIN, 1978, p. 266). Para isso, ele evoca o clássico argumento de que alguém não pode dirigir pela contramão em uma determinada avenida, não possuindo liberdade para tanto, bastando e podendo, nesse tipo de caso, o Estado vir a limitar a liberdade do indivíduo e assim negar a plena generalidade deste direito (DWORKIN, 1978, p. 269).

Como dito, para Dworkin, não há um direito geral de liberdade. Todavia, o autor entende que, em vez deste direito geral de liberdade, há direitos fundamentais às liberdades, desenvolvendo seu raciocínio principalmente a partir de sua concepção de dignidade humana. Esta concepção se baseia na conciliação entre os princípios da igualdade e da liberdade, apresentando-se em duas dimensões, quais sejam: a) o reconhecimento da igual importância de todos os projetos de vida individuais; e b) a proteção da autonomia individual para que o indivíduo possa então buscar realizar seu projeto de vida.

Sobre a discussão promovida por Dworkin acerca da inexistência deste suposto direito geral de liberdade, ensina-nos o professor Daniel Sarmiento (2016, p. 160):

Ronald Dworkin também refutou a existência de um direito geral de liberdade, ironizando o absurdo que seria conceber como direito fundamental a possibilidade de trafegar pela contramão de uma avenida movimentada. Para Dworkin, não existe um direito à liberdade, mas, sim, direitos fundamentais a liberdades. Essas liberdades especialmente protegidas seriam aquelas que decorrem do imperativo de tratar todas as pessoas com o mesmo respeito e consideração. O tratamento respeitoso importa em reconhecer um direito igual para cada pessoa de fazer as suas escolhas de vida, que não pode ser tolhido apenas porque a sociedade desgosta dessas escolhas. Apenas essas liberdades especialmente importantes podem ser concebidas como verdadeiros triunfos diante de metas coletivas.

Da explicação a nós fornecida pelo professor Daniel Sarmento, depreende-se que a justificação de Dworkin para o direito à liberdade de expressão é de cunho moral. O jusfilósofo norte-americano, nesse sentido, divide as justificativas para a proteção à liberdade de expressão em dois grandes grupos, o primeiro formado pelas de caráter instrumental, enquanto que o segundo grupo seria composto pelas justificativas de caráter moral, tal como a realizada pelo próprio autor. A teoria desenvolvida por Dworkin pertence ao segundo grupo, não porque a liberdade de expressão pode ajudar o Estado e/ou seus cidadãos a atingir um determinado objetivo ou por qualquer outro motivo dito utilitarista, mas porque considera esta liberdade como valorosa em si mesmo.

O valor intrínseco à liberdade de expressão decorre, como já salientado, da sua concepção de dignidade humana, na medida em que, sendo todos os projetos de vida igualmente importantes e tendo cada indivíduo autonomia para seguir o seu próprio, o Estado estaria escolhendo determinados projetos de vida em detrimento de outros quando limitasse a liberdade de expressão com base no conteúdo desta, ignorando assim a responsabilidade moral de seus cidadãos, pressuposto básico de qualquer sociedade política que se considera justa. Nas palavras do próprio autor (DWORKIN, 2006b, p. 318-319):

Os advogados e juristas constitucionais propuseram muitas justificativas diferentes para o dispositivo da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa. A maioria delas, porém, se enquadra numa ou noutra de duas grandes categorias. Na primeira categoria, a liberdade de expressão tem uma importância instrumental, ou seja, não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade.

(...)

O segundo tipo de justificação da liberdade de expressão pressupõe que ela é importante não só pelas consequências que tem, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou “constitutivo” de uma sociedade política justa. Essa exigência tem duas dimensões. Em primeiro lugar, as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende os seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante

nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la.

O jurista Michel Rosenfeld também faz uma divisão acerca das justificativas para que se exista um direito à liberdade de expressão. Em vez de uma distinção dicotômica, como faz Dworkin, Rosenfeld separa as justificativas em quatro diferentes grupos, quais sejam (ROSENFELD, 2005, p. 163)⁵: a) o contrato social; b) a busca da verdade; c) a democracia; e d) a autonomia pessoal.

A primeira dessas justificativas é o contrato social. Em suma, para os defensores desta concepção, “as instituições políticas fundamentais devem ser justificadas nos termos de um acordo, real ou hipotético, entre todos os membros da sociedade em questão” (ROSENFELD, 2005, p. 164).

Rosenfeld compara categoricamente a justificativa do contrato social com a terceira justificativa por ele elencada, a justificativa democrática, estabelecendo semelhanças e distinções entre elas. Para o autor, estas duas justificativas seriam consonantes na ideia de “intercâmbio e livre discussão de ideias” (ROSENFELD, 2005, p. 164), mas se divergiriam quanto à possibilidade de a justificação por meio do contrato social não poder excluir *ex ante* nenhum ponto de vista ou visão de mundo, mesmo se incompatível com o regime democrático (ROSENFELD, 2005, p. 164):

Como ocorre com a justificação a partir da democracia, na justificação a partir do contrato social existe a necessidade de um intercâmbio e discussão livre de ideias. A diferenciação em relação à justificação a partir da democracia, no entanto, é que o contrato social não pode excluir, ex ante, nenhum ponto de vista que, embora incompatível com a democracia, poderia ser pertinente para a decisão de um participante do contrato social de adotar as instituições fundamentais do sistema de governo, ou aceitar qualquer forma particular de organização política. Consequentemente, a justificação a partir do contrato social parece exigir certa tolerância para com o discurso de ódio, quando não em forma, ao menos em substância⁶.

⁵ Apesar de citar estes quatro grupos como bases filosóficas fundantes da liberdade de expressão nos Estados Unidos, pode-se entendê-las também como justificativas do direito à liberdade de expressão de maneira generalizante.

⁶ No original: “*Como ocurre con la justificación a partir de la democracia, en la justificación a partir del contrato social existe la necesidad de un intercambio y discusión libre de ideas. A diferencia de la justificación a partir de la democracia, sin embargo, el contrato social no puede excluir, ex ante, ningún punto de vista que, aunque incompatible con la democracia, podría ser pertinente para la decisión de un participante del contrato social de adoptar las instituciones fundamentales del sistema de gobierno o aceptar cualquier forma particular de organización política. En consecuencia, la justificación a partir del contrato social parece exigir cierta tolerancia del discurso del odio, cuando no en forma, al menos en sustancia*”.

A segunda justificação do direito à liberdade de expressão trazida por Michel Rosenfeld é a da “busca pela verdade”. A fundação da busca pela verdade como o que justificasse a liberdade de expressão pode ser expressa na ideia de que existirão juízos e convicções divergentes na sociedade e estes, inevitavelmente, entrarão em conflito. Diante disso, os melhores juízos e convicções tenderão a prevalecer diante dos mais fracos, assim atingindo à verdade (ou ao menos chegando perto de atingi-la). Todavia, nenhum ponto de vista deve ser cerceado durante este processo, pois deve ser dada a todos a possibilidade de contribuir com o debate. Verifica-se que é dessa linha de pensamento que surge a premissa do “livre mercado de ideias” (*free marketplace of ideas*), tão cara à Suprema Corte dos Estados Unidos, bem como também a determinados filósofos e juristas.

Este pretexto de defesa da liberdade de expressão como forma de se buscar a verdade foi primeiramente idealizado pelo escritor inglês John Milton em meados do Século XVII. Em sua obra “Areopagitica” (1644), Milton critica o Parlamento de seu país (Inglaterra) por exigir uma autorização prévia para que qualquer escrito pudesse ser publicado lá, o que, para o autor, seria um ato de censura e que somente através de um meio em que não há coerção estatal sobre os indivíduos é que se poderia chegar à verdade.

O filósofo utilitarista John Stuart Mill (1791-1873) é conhecido como sendo um dos maiores defensores da referida linha de pensamento. Para este filósofo, a liberdade de expressão e a censura teriam valores opostos, sendo a primeira uma forma legítima e útil de se encontrar a verdade, maximizando a felicidade da sociedade, enquanto a censura estatal teria efeitos contrários, sendo contraproducente nesse sentido pois impede que alguém se manifeste e assim estimule o debate das ideias, tornando a verdade mais próxima de se atingir. Mill também afirma que a garantia de livre expressão deve ser garantida a um indivíduo porque, mesmo que se trate de uma convicção considerada “errada” pelas razões de que nunca se sabe se uma opinião está real e completamente equivocada e, ainda, a exposição de uma convicção “errada” permite que esta seja confrontada na esfera dos debates e assim exposta perante à sociedade.

Em suma, Mill propõe que as ideias sejam livremente expostas e defendidas na esfera dos debates, mesmo que tais ideias sejam aparentemente equivocadas ou impliquem em opiniões que sejam consideradas grotescas por uma parte da sociedade. Contudo, a manifestação de ideias não é plena e totalmente livre, a despeito de sua considerável amplitude. Como exceção à sua linha geral de pensamento, Stuart Mill entende que um indivíduo, quando exercitar a sua liberdade de expressão, não pode exercer o seu direito de modo a,

injustificadamente, causar lesão ou dano a um outro indivíduo (MILL, 1964, p. 140-141), podendo, porém, “incomodá-lo”.

A razão de Mill excetuar do livre exercício da liberdade de expressão a lesão a direitos, mesmo não sendo um autor contratualista, reside no fato de que o Estado fornece aos seus cidadãos infraestrutura e determinados benefícios, cabendo-lhe exercer uma contrapartida, qual seja esta, a de que um indivíduo não venha a exercer o seu direito de modo a lesar injustificadamente outro indivíduo (MARTINS, 2019, p. 25-26).

Defensor de uma concepção de liberdade de expressão talvez ainda mais permissiva do que a concebida por Mill, o norte-americano C. Edwin Baker, cuja teoria sobre o tema tem como base fundante a autonomia individual e a crítica da busca por uma suposta verdade objetiva, questiona esta exceção existente na teoria daquele, afirmando que falta critério para definir quando há o dano (*harm*) a outro, como no caso evidente de lesão a direitos individuais, e quando há apenas o incômodo (*concern*). Nas palavras do próprio crítico (BAKER, 1989, p. 73):

Apesar do difundido apelo do argumento de Mill, falta-lhe critério para determinar quando o comportamento de uma pessoa causa “dano a outros” ou quando a forma de agir da pessoa “incomoda outros”. Se “sentir-se lesado” ou ser negativamente “afetado” pela interação de alguém conta como critério para “dano” ou, para propriamente, “incômodo”, então qualquer ação, não importando o quão privado o seu caráter pode dizer respeito a outros, pode causar dano a outros. Tanto o insulto racista⁷, quanto contar o final de um filme pode causar dano a um ouvinte. Difamar ou reclamar sobre os romances do ouvinte pode causar dano a um terceiro. De fato, qualquer discurso que influencia um ouvinte pode causar dano a um terceiro⁸.

Para Baker, a verdade deveria então ser objetiva ou possível de ser descoberta para que a teoria do livre mercado de ideias, que é praticamente uma releitura da teoria de Mill, possa ser dotada de coerência. Somente dessa forma, existindo uma verdade objetiva que corresponda a uma realidade também objetiva, uma discussão entre duas afirmações sobre qual a mais acurada a respeito dessa verdade objetiva poderia, eventualmente, evidenciar os erros da afirmação falsa e resultar na sua rejeição (BAKER, 1989, p. 6).

⁷ O insulto racista é colocado dessa forma na argumentação de Baker porque, tanto em sua teoria, quanto na de Mill, deveria estar englobado na proteção à liberdade de expressão.

⁸ No original: “*Despite the widespread appeal of Mill's argument, it lacks criteria for determining when a person's behavior "harms" others or when a person's manner of acting "concerns others." If "feeling harmed" or having one's interactions with others unfavorably "affected" count as criteria for "harm" or for being properly "concerned," then any action, no matter how privately undertaken, can be of concern to others, can harm others. Both the racist insult and telling the end of the movie can harm the listener. Libel or winning the listener's romantic affections can harm a third party. In fact, any speech that influences a listener can cause harm to a third party who does not like the change in the listener.*”

Além disso, outro problema destacável do conceito livre mercado de ideias é o fato de que ideias que sejam promovidas de uma forma melhor ou mais frequente do que outras tenderão, também, a adentrar com maior facilidade às faculdades racionais das pessoas (BAKER, 1989, p. 7). Em outras palavras, haveria um risco de afirmações correspondentes a “verdades” serem suprimidas por afirmações falsas dentro do livre mercado de ideias caso estas últimas fossem melhor promovidas nesse contexto. Seria um caso em que a quantidade se sobreporia à qualidade.

Contudo, estes aspectos necessários para que o livre mercado de ideias funcione adequadamente como um modelo que justifique o direito à liberdade de expressão não correspondem à realidade. Primeiramente, Baker destaca que a verdade não é objetiva e estanque, mesmo nas ciências naturais (BAKER, 1989, p. 12). Na concepção deste autor, as teorias são modelos explicativos que servem para responder problemas, sendo que algumas teorias mais novas podem, inclusive, falhar em questões que uma velha teoria pode melhor responder. Sendo assim, saber “qual teoria fornece a melhor compreensão ou conhecimento depende de como nós valoramos o que cada uma delas faz, não por meio de uma métrica objetiva⁹” (BAKER, 1989, p. 12).

Inexistindo para Baker uma verdade absoluta que possa ser encontrada, o autor norte-americano propõe que tal compreensão objetivista seja substituída pela compreensão de que as pessoas, individualmente ou de maneira coletiva, preferem criar do que descobrir as suas próprias perspectivas (BAKER, 1989, p. 13). Esta definição de Baker se encontra dentro do escopo de sua teoria acerca da autonomia pessoal como passível de justificar um direito à liberdade de expressão.

O segundo ponto exposto por Baker e por ele também criticado é a possibilidade de uma afirmação não-verdadeira, melhor e mais frequentemente promovida, prevalecer sobre uma afirmação verdadeira dentro do âmbito no livre mercado de ideias. A forma com que tal risco poderia vir a ser evitado é se as pessoas fossem racionais a ponto de ignorar todos os estímulos fornecidos pela propagação da afirmação não-verdadeira, eliminando assim a distorção causada no livre mercado de ideias. A crítica de Baker a esse ponto é baseada na marginalização das respostas emocionais e irracionais das pessoas em detrimento de uma racionalidade utópica, indo de encontro às teorias psicanalistas e comportamentais (BAKER, 1989, p. 15).

⁹ No original: “...which theory provides the most insight or knowledge depends on how we value what each does, not on any objective measurement”.

Por fim, após expostos estes dois pontos de destaque da árdua crítica feita por C. Edwin Baker ao livre mercado de ideias, o autor conclui que este modelo apenas favorece os grupos sociais dominantes, visto que estes têm mais acesso ao *free marketplace of ideas* e podem restringir oportunidades para que outros grupos participem do debate público (BAKER, 1989, p. 15).

Como mencionado, C. Edwin Baker e John Stuart Mill são árdios defensores da liberdade de expressão. Não obstante advogarem nesse sentido, a base fundante deste direito difere para ambos os pensadores: enquanto Mill concebe instrumentalmente a liberdade de expressão, como uma forma para se alcançar a verdade, Baker a visualiza por uma ótica mais próxima da justificação moral, conforme a classificação proposta por Ronald Dworkin, considerando-a como um exercício de autonomia pessoal que deveria estar fora da esfera regulatória do Estado. Apesar disso, ressalta-se que o segundo ponto criticado por Baker quanto ao *marketplace of ideas* é uma justificativa, novamente dentro do escopo classificatório de Dworkin, de caráter instrumental.

Todavia, apesar das críticas contundentes não só de Baker, mas como de diversos outros teóricos¹⁰, incluindo teóricos mais relativistas no que tange o direito à liberdade de expressão como o neozelandês Jeremy Waldron¹¹, é inegável que o modelo do livre mercado de ideias já está presente no imaginário jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos. Conforme será melhor debatido no tópico dedicado ao modelo norte-americano de proteção à liberdade de expressão, a referida concepção já foi incorporada à jurisprudência constitucional do país há mais de um século, lá incorporada inicialmente pelo *Justice* Oliver Wendell Holmes¹², apesar de determinadas mudanças de paradigmas em alguns assuntos que a envolvem, no sentido de proteger o direito à liberdade de expressão garantido pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, exceto em determinados casos dotados de especificidade, a exemplo da doutrina do “*clear and present danger*” (perigo claro e imediato). A fundamentação para essa defesa extremamente ampla da liberdade de expressão para a Suprema Corte dos EUA é,

¹⁰ BRIETZKE, Paul. H. How and Why the Marketplace of Ideas Fails. **Valparaíso University Law Review**, v. 31, n. 3, p. 951-969, 1997. Disponível em: <<https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1846&context=vulr>>. Acesso em: 23/07/2020.

¹¹ WALDRON, Jeremy. **The Harm In Hate Speech**. Cambridge, Estados Unidos: First Harvard University Press, 2012.

¹² ROSENFELD, Michel. **El Discurso de Ódio en la Jurisprudencia Constitucional: Análisis comparativo**. Pensamiento Constitucional, v.11, n.11, p. 153-198, 2005. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7681/7927>. Acesso em: 02/07/2020. P. 164.

justamente, que ela não deve ser suprimida pois quanto mais amplo o debate, mais perto a verdade estará (ROSENFELD, 2003, p. 164).

Após exposta a segunda forma de justificção levantada por Rosenfeld, assim como as vastas críticas que tal justificativa provoca no meio acadêmico, apesar da constante incorporação por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos, passar-se-á agora para a análise da terceira justificativa, qual seja, a democracia como fundamento do direito à liberdade de expressão. Em suma, Michel Rosenfeld pugna que esta fundamentação se lastreia na ideia de que a liberdade de expressão é elemento indispensável para o governo democrático e, portanto, deveria ser garantida como direito aos membros (ROSENFELD, 2003, p. 163).

A liberdade de expressão é, conforme a quase unânime doutrina, parte essencial de qualquer sociedade que se pretenda democrática. Todavia, questiona-se, apesar dessa sua função primordial em contextos democráticos, o direito à liberdade de expressão pode ser justificado com base na própria democracia.

O jurista norte-americano James Weinstein, ao propugnar pela defesa da democracia como forma de se justificar o direito à liberdade de expressão, parte de uma subdivisão em dois requisitos democráticos básicos para expor sua argumentação: a soberania popular e o direito de cada cidadão de participar da tomada de decisão (WEINSTEIN, 2009a, p. 25).

Tendo o governo sua legitimidade por meio do povo e, portanto, sendo o mesmo povo sua autoridade, um cidadão que faça parte do Estado teria o direito de participar do processo de tomada de decisão em uma democracia. Quando há um cerceamento estatal da liberdade de expressão, estes dois requisitos democráticos propostos por Weinstein são, em sua essência, violados. Primeiramente, citando o “*founding father*” e ex-presidente dos EUA James Madison, Weinstein rememora-nos que (MADISON, James apud WEINSTEIN, James, 2009a, p. 26) “o poder de censurar é do povo em relação ao Governo, não do Governo em relação ao povo”¹³. Depreende-se de tal articulação que, em primeiro lugar, o Estado não teria legitimidade em censurar o seu povo, pois dele que decorre qualquer pretensão legítima de democracia que este Estado possa querer. Segundo, ao censurar um único cidadão de modo a impedi-lo de participar do processo público de tomada de decisão, novamente o Estado estaria se auto prejudicando em suas pretensões democráticas. Para Weinstein, isso seria um Estado agindo como uma “autocracia legítima”, utilizando suas próprias palavras (WEINSTEIN, 2009a, p. 28).

¹³ No original: “*the censorial power is in the people over the Government, and not in the Government over the people*”.

A argumentação de James Weinstein em vários pontos se assemelha com a que Ronald Dworkin propõe como defesa da liberdade de expressão. O primeiro dos principais pontos de convergência é o fato de o povo que legitima o Estado e este, se pretende se dizer democrático, deve promover o autogoverno de forma coletiva por seus cidadãos.

Outro importante ponto de convergência entre a teoria dos dois autores é a questão da legitimidade das leis. Para ambos os autores uma lei que seja feita de uma maneira pela qual cidadãos legítimos foram impedidos de participar do debate a ela atinente seria ilegítima. O direito de participação no debate público iria, portanto, muito além do breve exercício do sufrágio, devendo os cidadãos participarem como ativos e iguais (DWORKIN, 2011, p. 510).

É inevitável a inferência da justificativa da proteção da liberdade de expressão com base na defesa da democracia ser um argumento político. Sendo assim, diante dessa esfera do direito à liberdade de expressão baseado na proteção aos pressupostos democráticos básicos de um Estado, há também uma corrente doutrinária que entende que, apesar de essencial, tal proteção deveria ser mais restritiva, abrangendo somente o que seriam os discursos políticos.

Como grande exemplo da corrente doutrinária acima referida, o norte-americano Alexander Meiklejohn, em sua obra *“Political Freedom: The Constitutional Powers of the People”* (1965), defendeu a tese de que a Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana era absoluta em sua proibição de restrições à liberdade de expressão. Todavia, a Primeira Emenda somente poderia vedar restrições aos discursos considerados políticos, não avançando para uma proteção de todo e qualquer tipo de discurso, tal como a grande maioria dos teóricos norte-americanos que escreveram sobre o tema defendem.

Com o passar do tempo, Meiklejohn foi aumentando o que estaria no escopo de proteção da Primeira Emenda como discurso político dentro de sua teoria: “artes, ciências, humanidades, assim como qualquer outra expressão que acrescente nossa capacidade de sabiamente e humanamente nos autogovernarmos¹⁴” (BAKER, 1989, p. 26). Entretanto, Meiklejohn nunca considerou que outros discursos seriam passíveis de proteção constitucional, apenas alargou o seu conceito de “discurso político” para abarcar novas possibilidades.

C. Edwin Baker, já citado como um grande expoente da defesa da liberdade de expressão com base na autonomia pessoal e também grande defensor do exercício desse direito de forma praticamente irrestrita, critica a ideia de que a Primeira Emenda somente diz respeito

¹⁴ No original: “(...)arts, sciences, and humanities as well as any other expression that aids our capacity wisely and humanely to govern ourselves”.

ao discurso considerado político. Primeiramente, para o autor, é extremamente difícil de se estabelecer o que é um discurso efetivamente político, podendo haver escopos mais abrangentes (Alexander Meiklejohn) ou mais restritos (Robert Bork). Nesse sentido, Baker ainda assevera que o valor do livre discurso (“*free speech*”) é um valor diferente e independente da democracia, não podendo, portanto, esta servir como escopo justificativo daquele (BAKER, 1989, p. 14).

Sendo o grande defensor de uma liberdade de expressão o quão ampla ela seja possível, resta inexorável uma crítica desse autor à concepção proposta por Robert Bork. Resumidamente, para este último autor: 1) o discurso protegido deve ter uma função que o distingue de todas as outras atividades humanas; 2) esta função do discurso é habilidade de lidar explícita e diretamente com política e o governo; 3) dessa maneira, “um juiz de princípios” somente pode proteger o que seja explícita e predominantemente “discurso político” (BORK, 1971). Para Baker, esta construção teórica “simplesmente não funciona”, pois “votar, subornar e bombardeios ou assassinatos políticos” também são ações expressivas que lidam explícita e diretamente com questões políticas, mas que, claramente, não podem (e também não devem) ser incluídas dentro do âmbito protetivo da liberdade de expressão (BAKER, 1989, p. 27). Outra importante crítica do autor à teorização de Robert Bork é que este (BAKER, 1989, p. 27):

também falha em explicar o porquê de uma interpretação baseada em princípios do ‘discurso’ deve excluir todos os discursos, exceto aqueles em que há uma qualidade única que o distinguem de toda outra conduta humana. Uma possibilidade mais provável (...) é que a proteção ao discurso deve ser constitucionalmente justificada porque a combinação de valores apresentadas pelo discurso e a maneira com que o discurso apresenta estes valores. Até mesmo esta combinação de valores e o modo de apresentação não são universalmente presentes no discurso e nem únicas a ele. Em vez disso, a identificação do discurso específica da Constituição pode ser melhor entendida nos termos da observação de que essa combinação é paradigmática no que tange os usos do discurso. Ainda, se esta combinação merece particularmente proteção, então a primeira proposição de Bork também está errada. Sem a sua primeira ou sua segunda proposição, seu argumento entra em colapso – um juiz de princípios dificilmente seguiria seu conselho¹⁵.

O célebre juiz da Suprema Corte dos EUA *Justice* William J. Brennan também tece considerações a respeito do âmbito protetivo da Primeira Emenda da Constituição de seu país

¹⁵ No original: “*Bork also fails to explain why a principled interpretation of “speech” must exclude all speech except speech having some unique quality that distinguishes it from all other human conduct. A more likely possibility (...) is that protection of speech may be constitutionally justified because of the combination of the values served by speech and the manner in which speech serves these values. Even this combination of values served and manner of service is neither universally present in speech nor unique to speech. Rather, the Constitution’s specific identification of speech can be best understood in terms of the observation that this combination is paradigmatic of uses of speech. Still, if it is such a combination that particularly merits protection, then Bork’s first proposition is also wrong. Without either his first or second proposition, his argument collapses—a principled judge could hardly follow his advice*”.

se restringir somente ao que seja considerado como “discurso político” Para o *Justice* Brennan, resumir esse âmbito protetivo somente ao que é “político” poderia resultar em abusos por parte do Estado (BRENNAN, 1965), justamente pela dificuldade em se determinar objetivamente o que seria “político”.

Em suma, apesar do embate doutrinário sobre o escopo de proteção do discurso quando este é justificado com base em pressupostos da democracia, o entendimento majoritário é o de que a proteção deve abranger todos os discursos possíveis, não resumindo-se aos ditos “discursos políticos”. Todavia, apesar de ser uma corrente minoritária, há grandes defensores do escopo protetivo da liberdade de expressão ser resumido a apenas este tipo de discurso supracitado.

Por fim, a última das destacadas justificativas do direito à liberdade de expressão expostas por Michel Rosenfeld é a de que o exercício deste direito seria também uma forma de exercício da autonomia pessoal. Tal pensamento está intimamente ligado com a ideia da necessidade comunicacional intrínseca à vida humana descrita por Desmond Fischer e citada no começo deste capítulo (FISCHER, 1984, p. 18).

Nesse sentido, para os defensores de tal justificação, o indivíduo deve ter o direito de se expressar livremente, pois assim ele exerceria a sua autonomia (ROSENFELD, 2005, p. 166). Os partidários dessa tese justificadora do direito à liberdade de expressão tendem, justamente por conta do cerne argumentativo individualista dessa proposição, a rejeitarem limitações estatais à liberdade de expressão.

C. Edwin Baker, pensador liberal e grande teórico no campo da liberdade de expressão, cujas contundentes críticas à justificação desse direito com base na “busca pela verdade” e na democracia, tem como princípio basilar de sua teoria a autonomia pessoal. Assim sendo, não é difícil de se chegar à conclusão de que o autor é contrário a restrições estatais no campo da liberdade de expressão humana. Baker desenvolve seu pensamento se utilizando de duas grandes premissas, quais sejam: a) a legitimidade de um estado depende do seu respeito pela igualdade e autonomia de seu povo; b) respeitar a autonomia pessoal dos indivíduos de se expressarem seus próprios valores a suas próprias maneiras é uma forma com que o Estado respeite a autonomia de seu povo (BAKER, 2009, p. 142).

Essa autonomia, para Baker, teria um aspecto puramente formal, não importando quais valores as pessoas queiram expressar e qual o conteúdo de sua manifestação. Uma autonomia substantiva (material), que envolvesse realização e dignidade dos indivíduos, por exemplo, nas

palavras do autor, “deve ocorrer dentro de uma estrutura que, em matéria formal, respeite a igualdade e a autonomia das pessoas¹⁶” (BAKER, 2009, p. 142), ou seja, posterior e secundariamente em relação à autonomia formal. Depreende-se disso que uma eventual regulação do direito à liberdade de expressão seria, necessariamente, uma afronta a esse imprescindível respeito por parte do Estado.

O Estado deve, primeiramente, estabelecer e respeitar a autonomia e a igualdade dos indivíduos, deixando-os se expressarem livremente e sem restringir o conteúdo das manifestações, para somente em um momento posterior, quando esse quadro de respeito formal à autonomia já estiver presente, preocupar-se com a igualdade e a autonomia material. Nesse diapasão, complementa-se (BAKER, 2009, p. 142):

A concepção de autonomia que o Estado deve respeitar tem, como percebido, um sentido formal, não substantivo. Um ordenamento jurídico deve atribuir autonomia às pessoas generalizadamente, normalmente afastando esta atribuição somente na extensão de envolvimento em estruturas institucionais ou modelos dirigidos por mecanismos que não sejam a comunicação e as escolhas pessoais. O Estado não pode, coerentemente, pedir para que uma pessoa obedeça a suas leis a não ser que trate a pessoa como capaz de fazer escolhas por conta própria, por exemplo, a escolha de obedecer à lei. Dessa maneira, o respeito pela autonomia pessoal é em geral um valor de “ligar/desligar”. Uma regulação governamental não é consistente com o respeito necessário. Uma pessoa não é tratada como formalmente autônoma se a lei a nega o direito de usar sua própria expressão para demonstrar os seus valores¹⁷.

Primeiramente, como já citado, percebe-se a maneira com que C. Edwin Baker calca sua defesa da liberdade de expressão com base na autonomia pessoal. Para este autor, esta autonomia seria uma questão de cunho puramente formal. Todavia, o próprio autor, conforme o desenvolver de seu texto “*Autonomy and Hate Speech*”, não nega a existência também de uma autonomia substantiva/material. Esta segunda forma de autonomia diz respeito às oportunidades de uma pessoa para que ela possa ter a melhor e mais significativa vida possível. Não obstante a autonomia substantiva ser uma meta que o Estado deva buscar atingir, ela, ao

¹⁶ No original: “*must occur with a legal structure that as a formal matter respects people’s equality and autonomy*”.

¹⁷ No original: “*The conception of autonomy that the state must respect is, as noted, in a sense formal not substantive. A legal order must ascribe autonomy to people generally, usually withdrawing this attribution only to the extent of involvement in institutional structures or frameworks steered by mechanisms other than communication and a person’s choices. The state cannot coherently ask a person to obey its laws unless it treats the person as capable of making choices for herself, for example, the choice to obey the law. As so conceived, respect for a person’s autonomy is in general an on/off value. A government regulation either is or is not consistent with the required respect. A person is not treated as formally autonomous if the law denies her the right to use her own expression to embody her views*”.

contrário da autonomia formal, não é pressuposto de legitimidade estatal (BAKER, 2009, p. 143).

Inevitável é a percepção de que C. Edwin Baker, um autor em muito influenciado pelo liberalismo clássico, assim como também o é a maioria dos teóricos da liberdade de expressão do direito norte-americano, atem-se demasiadamente à uma concepção individualista da liberdade de expressão, na medida em que a fundamenta com base na autonomia individual, deixando a autonomia substantiva em segundo plano.

Uma crítica inicial que se pode fazer a Baker é a referente ao excessivo sopesamento da autonomia privada em favor da autonomia pública, sendo que, para Baker, somente aquela é a por meio da qual poderia se dar legitimidade ao Estado. Não há de se negar uma tensão inerente a essa relação entre as duas formas de autonomia, mas, conforme descrito por Jürgen Habermas (1997, p. 331):

O Direito se legitima então como meio de assegurar ambas as autonomias. A autonomia privada, por sua vez, tanto abre espaço para decisões racionais do ator segundo suas preferências, como também assegura a liberdade ética de cada pessoa em buscar sua autorrealização.

Diferentemente do que Baker propõe, as autonomias privada e pública atuam, apesar da já citada tensão inerente a tal relação, de maneira complementar no que tange à legitimidade do Estado e do Direito. A ideia de autonomia, no sentido jurídico aqui trabalhado, divide-se em privada e pública, não devendo uma se sobrepor a outra (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 82).

Outra questão problemática da teoria de C. Edwin Baker e que salta à vista é a ideia de que os cidadãos de um Estado podem escolher ou não respeitar o direito deste Estado. Nesse sentido, o autor preconiza que, se o Estado limita o exercício à liberdade de expressão e, conseqüentemente, desrespeita a autonomia formal dos indivíduos, ele não “pode coerentemente pedir que uma pessoa obedeça às suas leis” (BAKER, 2009, p. 142).

A questão da normatividade do direito, do porquê de os indivíduos respeitarem as leis da sociedade, é uma controvérsia que remonta desde os mais antigos registros do estudo da filosofia e, também, da Ciência do Direito. O filósofo grego Sócrates, por exemplo, foi preso por tentar “subverter a juventude ateniense”, uma lei que o próprio filósofo considerava “injusta”, e foi condenado à morte. Contudo, quando um de seus pupilos lhe concedeu a oportunidade de escapar de seu confinamento e, deste modo, também da aplicação da sanção

decorrente da aplicação dessa dita “injusta” lei ateniense, Sócrates recusou-a. Para o filósofo grego, dever-se-ia “respeitar mesmo as leis injustas para que os maus, tomando isso como exemplo, respeitem as leis justas” (PLATÃO, 2009, p. 56).

Ao longo dos séculos dos séculos de evolução da filosofia e das teorias jurídicas, tais como a imperativista, de autores como Thomas Hobbes¹⁸ e John Austin¹⁹, além de vários outros, na qual o Estado é o produtor das normas e todas as normas jurídicas são imperativos (BOBBIO, 2001, p. 106), a da prática social argumentativa de Hart, na qual (BUSTAMANTE apud BUSTAMANTE; NAVARRO, 2013, p. 385-386):

O direito é entendido como uma prática social que é identificada por meio de uma regra de reconhecimento que legitima todo o sistema jurídico. O direito é a união de regras primárias (que regulam o comportamento) e regras secundárias (que concedem poderes aos indivíduos), de forma que “a regra (secundária) de reconhecimento é aceita e usada para a identificação das regras (primárias) de conduta” (BUSTAMANTE, 2008, p. 3²⁰).

Há também diversas outras teorias a respeito do que faz o indivíduo respeitar a lei, como o “direito como integridade”²¹, de Ronald Dworkin e a teoria discursiva, de Jürgen Habermas²². Entretanto, entrar nos pormenores das teorias que de alguma forma tratam da normatividade do Direito é uma tarefa que não condiz com os objetivos do presente trabalho. Sendo assim, valer-se-á apenas da menção da existência de teorias que versam sobre a temática com o fito de contrapor as superficiais aferições que Baker faz a respeito do tema. Adotando-se um viés mais inspirado pela teoria habermasiana, por exemplo, também pode se chegar à conclusão que a legitimidade do Estado e do Direito surge “de baixo para cima”, mas, de forma alguma, pode-se limitar a concepção de que, se os cidadãos determinado Estado têm a sua autonomia individual (no caráter formal, como explicado) violado pelo mesmo, eles poderiam, coerentemente, escolher não obedecer às suas leis. Qualquer construção sobre o tema deve ser mais complexa e, talvez por não ser explicitamente relacionado com os quais seus escritos normalmente lidavam, acabou por Baker não desenvolver mais sua argumentação quanto a este ponto em específico.

¹⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁹ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence**. Indianapolis, Estados Unidos: Hackett, 1998.

²⁰ BUSTAMANTE, Thomas. Uma defesa do pós-positivismo. **Virtù**, n.1, v. 2, p. 1-40, 2008.

²¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

²² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

Há outras críticas que se deve fazer à teoria concebida por C. Edwin Baker no que tange a liberdade de expressão, mas essas serão feitas em momento mais oportuno, quando formos tratar especialmente do discurso de ódio (*hate speech*)²³. Nesta seção, restou-se apenas a exposição e posteriores comentários e críticas quanto à fundamentação feita por este autor do direito à liberdade de expressão com base na autonomia pessoal.

Conforme visto, a classificação de Ronald Dworkin em dois grandes grupos de justificativas à existência de um direito à liberdade de expressão, o grupo das justificativas morais e os das justificativas instrumentais, parece não ser suficiente para categorizar as justificativas existentes acerca desse direito, servindo mais como um ponto de partida para Dworkin desenvolver a sua própria justificação do direito. Não obstante haver outras classificações dessas justificativas, tais como a de Alexander Brown, que divide em seis diferentes grupos²⁴, quais sejam, justificativas com base em princípios morais, no desenvolvimento pessoal, na moralidade cívica, na diversidade cultural, na moralidade política e no equilíbrio²⁵, a classificação proposta por Michel Rosenfeld será a adotada pelo restante do presente trabalho, visto que esta última classificação consegue, por si só, abranger demasiada quantidade de argumentos justificativos em seu rol, porém sem pecar pelo excesso.

1.2 O modelo norte-americano

Dois grandes modelos distintos da concepção do direito à liberdade de expressão são o modelo norte-americano e o modelo do direito internacional dos direitos humanos. Enquanto o primeiro é influenciado sobremaneira pelo liberalismo clássico, no qual predomina o individualismo, o segundo modelo se pauta por um viés mais comunitário, no qual o Estado passa a atuar como garantidor desse direito.

O primeiro desses modelos a ser estudado, como o próprio título deste tópico indica, é o modelo norte-americano. Este modelo é consideravelmente minoritário se forem levadas em consideração as democracias de todo o planeta, contudo, devido ao fato de o direito norte-americano, por meio de seus juristas, acadêmicos e Suprema Corte, estarem debatendo a

²³ A ver: capítulo 3.1

²⁴ BROWN, Alexander. **Hate Speech Law: A Philosophical Examination**. Nova Iorque, Estados Unidos: Routledge, 2015.

²⁵ Esta classificação proposta por Alexander Brown é, primordialmente, feita no âmbito do debate do *hate speech*. Contudo, nada impede que seja também usada no âmbito da liberdade de expressão como cláusula geral.

liberdade de expressão já há um respeitável tempo, assim desenvolvendo cada vez mais elaborados e específicos estudos sobre o tema, torna-se imprescindível o seu estudo.

Pode-se entender o liberalismo como uma doutrina filosófica e política de caráter individualista e universalista, na qual o indivíduo é considerado a base do mundo e da sociedade, ou seja, também é uma teoria de caráter mecanicista, visto que a sociedade seria formada por partes autônomas e distintas, não formando um organismo coerente e indivisível, tais como apregoam as teorias organicistas (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 62). O liberalismo clássico, que com grande força influencia a sociedade norte-americana como um todo, também influencia, por conseguinte, o direito deste país.

A tradição eminentemente liberal dos Estados Unidos impacta diretamente na relevância do debate acerca da liberdade de expressão. Segundo Rosenfeld, existem vários fatores históricos que justificam essa importância da liberdade de expressão no contexto norte-americano, tais como uma preferência histórica da liberdade em detrimento da igualdade, o individualismo presente na sociedade desse país e uma tradição de direitos naturais com origens no filósofo inglês John Locke (ROSENFELD, 2005, p. 160). Essa conjunção de fatores inspirados pelos valores do liberalismo clássico assenta a visão de que a liberdade de expressão é uma liberdade negativa, individual, a ser exercida pelo cidadão norte-americano frente ao Estado, o potencial violador desse direito. Sobre esta concepção, é em muito pertinente a crítica feita por Daniel Sarmiento (2006, p. 63-64):

No que tange à própria liberdade, predomina no pensamento jurídico norte-americano uma concepção muito formal deste valor, que tende a abstrair-se da opressão real exercida no mundo da vida sobre sujeitos de carne e osso. Esta visão, ao negligenciar os constrangimentos fáticos para o exercício da autonomia individual presentes nas próprias estruturas sociais, acaba empobrecendo a liberdade, ao equipará-la à mera ausência de coação estatal sobre os indivíduos. (...) pano de fundo destas idéias é uma cultura profundamente individualista, que cultiva o ideal do self-made man, forte, corajoso e independente do Estado, que quer falar e ser ouvido na sociedade, e que deve, em contrapartida, formar uma couraça dura o suficiente para suportar e superar todas as agressões que possa sofrer no “mercado de ideias”, por mais odiosas que elas sejam

Porquanto a liberdade de expressão é vista de maneira predominantemente formal, lastreada por uma filosofia de base extremamente individualista, o direito norte-americano não admite que o seu exercício, em razão de enxergá-la como sendo uma liberdade negativa a ser exercida perante o Estado, possa ser restringido, excetuando algumas situações anômalas. A Suprema Corte dos Estados Unidos, assim como a maioria dos estudiosos norte-americanos do

tema, entende também nesse sentido, o sentido de uma liberdade de expressão o mais ampla possível, considerando-a unicamente uma garantia individual.

Nesse contexto é que se insere a chamada “*State Action Doctrine*” (doutrina da ação estatal), uma posição teórica na qual os direitos fundamentais não seriam dotados de horizontalidade, ou seja, oponíveis a outros particulares, sendo, portanto, apenas direcionados contra o Estado. Sobre o tema, afirma Francisco Prates (2015, p. 119):

É aqui que encontraremos, por exemplo, a denominada State Action, a qual, grosso modo, não admite a eficácia, como por nós já acima explicado, dos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, em sua dimensão positiva. Na perspectiva desta posição, os direitos e liberdades fundamentais seriam válidos apenas frente ao Estado, em sua dimensão negativa e subjetiva, como meio de proteção dos indivíduos contra essas intervenções, que seriam sempre perigosas.

A tradição constitucional norte-americana sempre caminhou prevalentemente nesse sentido, de que os direitos constitucionais somente vinculam e são oponíveis ao Estado, com exceção da 13^a Emenda, que declarou a igualdade na sociedade norte-americana e aboliu a escravidão. Em suma, a *State Action Doctrine* implica, dessa forma, na impossibilidade da Suprema Corte dos Estados Unidos aplicar os direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Não obstante a reiterada utilização da *State Action Doctrine* nos julgados da Suprema Corte norte-americana, houve decisões em que ela foi relativizada, inclusive decisões tangentes a liberdades comunicativas. A primeira destas decisões foi a referente ao emblemático caso *Marsh vs. Alabama* (1946)²⁶. Este caso tratava de religiosos que distribuíam panfletos de sua religião em uma rua que, todavia, pertencia a uma companhia privada, que prontamente os impediu de nela continuar a distribuir os folhetos. A Suprema Corte relativizou a *State Action Doctrine* ao equiparar a rua pertencente à companhia privada ao Estado, ou seja, ampliou o escopo de “ação estatal” para uma pessoa jurídica privada. Dessa forma, seria esta uma situação em que a abstenção de agir teria de partir de um particular, considerando-se que este, portanto, teria o condão de poder vir a lesar um outro particular, mesmo diante do contexto jurídico norte-americano, fortemente influenciado pela perspectiva liberal clássica. Apesar destas ainda que raras decisões da Suprema Corte, autores como Vírgilio Afonso da Silva entendem que a relativização da *State Action Doctrine* é apenas de cunho casuístico, não implicando a adoção

²⁶ 326 U.S. 501 (1946)

da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pela Suprema Corte norte-americana (SILVA, 2005, p. 106)

Apesar de ser algo já inserido dentro do imaginário cultural dos Estados Unidos, o direito à liberdade de expressão é considerado previsto na sua Primeira Emenda Constitucional como o “Congresso não deve fazer nenhuma lei no que diz respeito ao estabelecimento de uma religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito das pessoas, pacificamente, reunirem-se, e pedir ao Governo por reparação de perdas²⁷”. Lendo a Primeira Emenda Constitucional, verifica-se que não há, de maneira clara e explícita, um direito a “poder falar” (BAKER, 1989, p. 127). Todavia, a previsão constitucional proibitória do Congresso de promulgar uma lei que de alguma maneira limite a liberdade de expressão serviu como base para toda a construção jurídica do modelo norte-americano concernente a este direito. Conforme C. Edwin Baker salienta, “o foco na elaboração de leis e no exercício do poder governamental não, necessariamente, requer conclusões diferentes da de um foco em direitos individuais²⁸” (1989, p. 127).

Quanto ao texto da Primeira Emenda e a previsão de um direito à liberdade de expressão, Owen Fiss (2005, p. 33) já afirma que a “Suprema Corte tem lido esse dispositivo não como uma vedação absoluta à regulação estatal do discurso, mas mais no sentido de um comando para delinear uma fronteira estreita em torno da autoridade estatal”. Verifica-se que tal afirmação não nega a importância da liberdade de expressão como direito, mas vai de encontro à parte da doutrina que afirma que apenas o texto da Primeira Emenda Constitucional dos EUA por si só já é garante do direito à liberdade de expressão.

Conforme já mencionado, há autores como Alexander Meiklejohn que entendem que a liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda Constitucional se limita ao que se convencionou chamar de “discurso político”, apesar de haver severas discordâncias acerca dos limites objetivos para a aferição de quando um discurso poderia ser adjetivado como sendo “político”. Em contrapartida, para a maioria dos autores filiados à escola norte-americana, a liberdade de expressão deveria ser a mais ampla possível. A Suprema Corte dos Estados Unidos, que em muito já se debruçou sobre o tema, tende a conceber tal direito de maneira mais próxima ao segundo entendimento listado neste parágrafo.

²⁷ Tradução livre de “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

²⁸ Tradução livre de “The focus on lawmaking and the exercise of government power does not necessarily require different conclusions than does a focus on individual rights”.

Também filiado a esta escola, Thomas Emerson, ao reconhecer que a Primeira Emenda garante uma ampla proteção à liberdade de expressão, também afirma que nela estão dispostos quatro valores: a) autorrealização individual; b) avanço do conhecimento e descoberta da verdade; c) participação de todos os membros da sociedade nas tomadas de decisão; d) conquista de uma sociedade mais estável (EMERSON apud BAKER, 1989, p. 47).

Para C. Edwin Baker, o primeiro e o terceiro valor são a base mais sólida da proteção da liberdade de expressão. Indo muito além do que propunha Meiklejohn, Baker afirma que a Primeira Emenda não protege somente discursos verbais, mas qualquer conduta expressiva. Para este autor, um argumento protetivo para este direito deve demonstrar que a conduta (BAKER, 1989, p. 70): a) é expressiva e, portanto, retrata valores da Primeira Emenda; b) retrata os valores da Primeira Emenda de maneira similar à forma com que “condutas verbais” retratariam; c) a proteção da conduta é essencial para a realização desses valores; d) linhas e doutrinas baseadas em princípios podem identificar apropriadamente a conduta protegida e também as formas adequadas de proteção.

Em suma, apesar de o texto da Primeira Emenda Constitucional norte-americana não consagrar expressamente em seu texto a liberdade de expressão, apenas dispondo que não se pode editar uma lei que a restrinja, a doutrina norte-americana em muito desenvolveu uma linha de pensamento para este direito consideravelmente ampla, que não atingisse somente ações verbais, mas qualquer conduta que demonstre expressão, ainda que não verbal.

Apesar de toda a identificação do direito norte-americano com a liberdade de expressão, pode-se dizer que este é um fenômeno recente. Conforme aponta Jeremy Waldron em sua obra “*The Harm In Hate Speech*”, houve na história dos Estados Unidos diversas tentativas de cerceamento deste direito. Como primeiro grande exemplo, cita o autor o *Sedition Act* aprovado pelo Congresso do país, no ano de 1798 (sete anos após a promulgação da Primeira Emenda Constitucional) que criminalizava “a incitação do ódio às boas pessoas do Estados Unidos”, o que resultou na prisão e no indiciamento do Coronel Matthew Lyon, um congressista de partido rival ao do Presidente da República, após uma crítica feita ao jornal *Vermont Journal* (WALDRON, 2012, p. 18-21). Além disso, também anos após a promulgação da Primeira Emenda, um outro homem ficou detido por sessenta dias no estado norte-americano de Massachussets por escrever um texto em um jornal local negando a existência de Deus (WALDRON, 2012, p. 22). A prisão foi justificada por juízes da época por meio da ideia de que o Cristianismo fazia parte do *Common Law*.

No Século XX, porém, a liberdade de expressão foi extensamente debatida no direito norte-americano, com destaque para o debate feito na Suprema Corte do país ao longo de todo o século passado. Foi logo na primeira década deste século que a Suprema Corte desenvolveu duas grandes doutrinas que, em maior ou menor potência, permearam e ainda permeiam os julgamentos da Corte em matéria de liberdade de expressão. A primeira destas a ser destacada é a doutrina do “perigo claro e imediato” (“*clear and present danger*”) que, como seu próprio nome já indica, apregoa que a liberdade de expressão somente deve ser restringida quando esta causar um perigo claro e imediato.

Apesar de ser uma doutrina de fundo claramente liberal, o “perigo claro e imediato” fundamentou uma decisão que atualmente é deveras considerada como infame e que já na época causou bastante repercussão, apesar de todos os *Justices* da Suprema Corte terem então votado a seu favor. O caso em questão é *Schenck vs. United States* (1919)²⁹ e consistiu na condenação de um indivíduo que distribuía folhetos com dizeres contrários ao alistamento militar, comparando-o com a escravidão. Vale-se rememorar o contexto norte-americano da época: o país havia iniciado a sua participação na Primeira Guerra Mundial e, influenciado por isso, foi aprovado em 1917 o *Espionage Act*, que, de certa forma, “ressuscitou” o *Sedition Act* e foi determinante para o julgamento de Schenck. A decisão do então *Chief Justice* Oliver Wendell Holmes foi primordialmente lastreada na doutrina do “perigo claro e imediato”, comparando literalmente a distribuição de folhetos contrários ao exército norte-americano com gritar “fogo!” em um teatro lotado, condenando-se assim Schenck a dez anos de encarceramento (WALDRON, 2012, p. 23).

Nos anos seguintes, a Suprema Corte aprimorou (ou mitigou, dependendo do ponto de vista adotado) a doutrina do “perigo claro e imediato” quando do julgamento do caso *Whitney vs. California* (1927)³⁰, cuja decisão adicionou o critério da má-intenção (*bad intention*). Com essa mudança, além do perigo claro e iminente, o agente deveria ter uma intenção nociva ao exercitar a sua liberdade de expressão. Anos após essas decisões a Suprema Corte voltou a trabalhar a doutrina do “perigo claro e imediato”, de maneira às vezes mais, às vezes menos liberal, porém, não se pode dizer que houve uma superação formal dos mencionados precedentes acerca da referida doutrina (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 94-95):

Contudo, apesar dessa aparente mudança de entendimento, não houve a superação formal do precedente Schenck ou de Whitney. Ademais, a nova linha era

²⁹ 249 U.S. 47 (1919).

³⁰ 274 U.S. 357 (1927).

aparentemente mais liberal³¹, uma vez que, em suma, a essência era a mesma do teste anterior [Schenk]: o exercício legítimo da liberdade de expressão não protege o autor de palavras de guerra, que possam causar perigo claro e iminente.

A outra doutrina desenvolvida nessa época e de suma relevância para a progressão do modelo norte-americano de liberdade de expressão é a do “livre mercado de ideias” (“*free marketplace of ideas*”). Como já mencionado no tópico anterior deste capítulo, o livre mercado de ideias seria uma concepção de que, se todas as ideias fossem igualmente permitidas de participar de um debate livre no âmbito da sociedade, as melhores ideias prevaleceriam e com isso a própria sociedade estaria mais próxima de se chegar a uma “verdade”. Muito inspirada pela filosofia utilitarista de John Stuart Mill, ela começou a ser utilizada pela Suprema Corte para justificar suas decisões comumente permissivas da liberdade de expressão logo na segunda década do Século XX.

Conforme já visto, a concepção do livre mercado de ideias tem problemas que devem ser apontados. O primeiro deles é a dificuldade de se apontar o que seria a “verdade”, se existe uma verdade plenamente objetiva ou mesmo se ela é possível de ser alcançada. Além disso, há um problema de cunho pragmático que deslegitima a própria estrutura do livre mercado das ideias, qual seja, a diferença de recursos que os agentes têm para propagar as suas ideias e mensagens dentro do livre mercado de ideias. Dessa forma, alguém com mais recursos financeiros, por exemplo, poderia espalhar uma “inverdade” de maneira muito mais substantiva do que alguém com menos recursos poderia tentar propagar uma “verdade”, o que, provavelmente, resultaria na prevalência da “inverdade” dentro do debate feito através do livre mercado de ideias. Teóricos de linhas opostas como Jeremy Waldron e C. Edwin Baker criticam efusivamente o livre mercado de ideias.

Não obstante às árduas críticas feitas ao livre mercado de ideias, a Suprema Corte dos Estados Unidos o vem adotando há cerca de cem anos. A decisão *Abrams vs. United States* (1919)³² é considerada o marco inicial da adoção dessa doutrina pela Suprema Corte, liderada pelo *Chief Justice* Oliver Wendell Holmes assim como era quando do desenvolvimento da doutrina do “perigo claro e imediato”. Conquanto nela não aparece em termos literais o vocábulo “livre mercado de ideias”, como posteriormente viria a aparecer com certa frequência

³¹ Faz-se menção à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos: *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

³² 250 U.S. 616 (1919).

em suas decisões, está presente a expressão equivalente “livre troca de ideias” (“*free trade of ideas*”).

Ironicamente, apesar de que foi neste caso que a doutrina do livre mercado de ideias começou a ser utilizado pela Suprema Corte, ela decidiu de maneira contrária a uma ideia ampla liberdade de expressão sob a justificativa de que o discurso de Abrams, parte no referido processo, não estaria amparado por tal direito por querer “debilitar os Estados Unidos em período de guerra”. Percebe-se que a situação guarda semelhanças com o caso Schenck, visto que em ambos o exercício da liberdade de expressão não foi considerado pela Corte como legítimo em virtude de fazer críticas ao país em contexto de guerra e, ainda assim, nestes casos foram desenvolvidas duas das mais importantes doutrinas a serem utilizadas pela Suprema Corte para justificar uma liberdade de expressão ampliada.

No entanto, nos anos 1950, a Suprema Corte realizou duas decisões que vão de encontro à concepção liberal clássica então adotada pelo direito norte-americano. A primeira dessas decisões foi o insigne julgamento de *Brown vs. Board of Education* (1952)³³, no qual se decidiu contrariamente à política do “separados, mas iguais” (“*separate but equal*”) ao permitir que uma criança negra frequentasse uma escola para crianças brancas, julgando como inconstitucionais leis dos estados do Kansas e da Carolina do Norte que dispunham sobre segregação racial. Nesse sentido, a Suprema Corte, então encabeçada pelo *Chief Justice* Earl Warren, julgou que, no que tange à segregação racial, a Décima Quarta Emenda Constitucional, que em seu texto afirma a igualdade entre todos os cidadãos norte-americanos, não a permitiria e qualquer lei que viesse a segregar com base em critérios raciais seria, portanto, inconstitucional.

Apesar de não se tratar especificamente de liberdade de expressão, mas sim da liberdade de uma forma geral, a Suprema Corte decidiu de maneira que esta não pudesse ser evocada para justificar uma segregação racial, mesmo que em um local particular. Com base nessa decisão, ocorreu o *overruling* do precedente firmado na decisão *Plessy vs. Ferguson* (1896)³⁴, quando a decisão proferida pela Suprema Corte legitimou a segregação racial por meio da citada política do “separados, mas iguais”.

³³ 344 U.S. 1 (1952).

³⁴ 163 U.S. 537 (1896).

Além disso, outro ponto de suma importância da decisão de *Brown vs. Board of Education* (1952) foi a articulação de um princípio extremamente utilizado pelos autores norte-americanos contrários à permissibilidade que seu ordenamento jurídico concede ao *hate speech*: o princípio da antidiscriminação. Tal princípio pode ser definido como “todo indivíduo é presumivelmente intitulado de ser tratado pela sociedade organizada como um membro respeitado, responsável e participante³⁵” (KARST apud LAWRENCE III, 1993, p. 59). Este princípio exige a desestabilização afirmativa de práticas sociais que tratam pessoas de “castas inferiores” como indignas de participar da comunidade. Nesse sentido, o professor Charles Lawrence III comenta tal decisão da Suprema Corte (1993, p. 59):

A manutenção [da decisão] em Brown – que segregava racialmente escolas e viola a cláusula da igual proteção – reflete o fato de que a segregação perfaz uma prática de diminuição e criadora de castas. A prevenção de estigmas estava no centro da decisão unânime da Suprema Corte que, em Brown, considerou que escolas públicas segregacionistas eram inerentemente desiguais. Observando que a segregação de alunos negros “gera um sentimento de inferioridade em relação ao seu status perante a comunidade”, o Chief Justice Earl Warren reconheceu o que a maioria da Corte ignorou quase sessenta anos antes em Plessy vs. Ferguson. O significado social da segregação racial nos Estados Unidos é a designação de uma casta superior e outra inferior³⁶”

Em suma, pode-se afirmar que a própria Suprema Corte entendeu no sentido de que a segregação era uma forma de discurso, na medida em que esta prática enviava uma mensagem ao público, a mensagem da desigualdade racial, conforme dissecado acima por Charles Lawrence III. Sendo assim, o que a Suprema Corte decidiu como inconstitucional foram leis que, apesar de tratarem de maneira imediata da segregação em sua forma material, tinham o aspecto mediato de discurso.

A segunda decisão da Suprema Corte durante os anos 1950 que poderia ser chamada de “revolucionária” pelos padrões por ela seguidos até então foi a do caso *Beauharnais vs. Illinois* (1952)³⁷. Tal caso envolveu uma lei do estado norte-americano de Illinois que proibia qualquer escrito ou imagem que retratasse “a depravação, a criminalidade, a impureza ou a falta de

³⁵ No original: “Every individual is presumptively entitled to be treated by the organized society as a respected, responsible, and participating member”.

³⁶ No original: “The holding in Brown—that racially segregated schools and violate the equal protection clause—reflects the fact that segregation amounts to a demeaning, caste-creating practice. The prevention of stigma was at the core of the Supreme Court’s unanimous decision in Brown that segregated public schools are inherently unequal. Observing that the segregation of Black pupils “generates a feeling of inferiority as to their status in the community,” Chief Justice Earl Warren recognized what a majority of the Court had ignored almost sixty years earlier in Plessy v. Ferguson. The social meaning of racial segregation in the United States is the designation of a superior and an inferior caste”.

³⁷ 343 U.S. 250 (1952).

virtude de uma classe de cidadãos de qualquer raça, cor, crença ou religião”. No caso em tela, Joseph Beauharnais, líder do movimento *White Circle League of America*³⁸, uma organização supremacista branca, foi condenado a uma multa de duzentos dólares por distribuir na cidade de Chicago (estado de Illinois) folhetos com discurso de ódio contra negros, culpando-os pela decadência da sociedade norte-americana (WALDRON, 2012, p. 47-48).

Como já se imaginava provável, o caso foi parar na Suprema Corte. Joseph Beauharnais alegava em sua defesa a inconstitucionalidade da lei de Illinois com base na qual ele havia sido condenado à pena de multa, dado que esta lei violaria os princípios do livre discurso (*free speech*) nos quais a sociedade norte-americana estaria baseada. Entretanto, a Corte julgou em sentido contrário às pretensões de Beauharnais, entendendo que “atos de ofensa criminal direcionados a grupos específicos e abertamente distribuídos não estão protegidos”.

Não obstante a mudança de posicionamento, houve votos dissonantes a este novo entendimento. Por exemplo, o *Justice Black* entendeu que “este Ato configura um sistema de censura estatal, o qual está em guerra com o tipo de governo livre imaginado por aqueles que nos fizeram adotar a *Bill of Rights*”. Também houve o dissenso por parte do *Justice Douglas*, sendo que este, mesmo reconhecendo todos os males que o nazismo havia causado então recentemente, entendeu que o discurso de Beauharnais estaria dentro do escopo protetivo do exercício legítimo da liberdade de expressão.

Este posicionamento da Suprema Corte em matéria de liberdade de expressão não perdurou por muito tempo, sendo que, no final da década seguinte, este precedente viria a ser superado quando na decisão de *Brandenburg vs. Ohio* (1969)³⁹, decisão por meio da qual o discurso de ódio voltou a estar considerado no âmbito de proteção da Primeira Emenda Constitucional. Nesse sentido, afirma Jeremy Waldron que “pela perspectiva dos dias de hoje, é impressionante que a Suprema Corte não interviu para sustentar o livre discurso na forma deste folheto” (WALDRON, 2012, p. 49). Em suma, na década seguinte ao caso de Beauharnais, mais precisamente no ano de 1969, em um caso envolvendo um líder da Ku Klux Klan, no estado norte-americano de Ohio, que bradou durante uma manifestação televisada palavras de ódio contra negros e judeus. Desta vez, a Suprema Corte considerou tais declarações

³⁸ Em tradução literal: “Liga do Círculo Branco da América”.

³⁹ 395 U.S. 444 (1969).

como um ponto de vista que, por não ter condão de suscitar atos ilegais, deveria estar dentro do âmbito de proteção da liberdade de expressão.

Porém, conforme Francisco Prates escreve, a mudança de entendimento da Suprema Corte no caso *Brandenburg vs. Ohio* (1969) não trouxe grandes mudanças na estrutura constitucional do direito à liberdade de expressão do país, visto que o grupo social que sempre predominou politicamente na sociedade norte-americana é formado por indivíduos com pele de cor branca e origem europeia que “historicamente, por ter maior acesso às facilidades públicas, devido a seu poder econômico e político mais avantajado do que outros setores sociais, acabou por conformar o modo como as relações sociais foram estruturadas” (PRATES, 2015, p. 163). O precedente *Brandenburg*, portanto, apenas assentou o que já era estabelecido pelo *status quo* local.

Alguns poucos anos após a decisão de *Brandenburg vs. Ohio*, houve a decisão de *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* (1977)⁴⁰, na qual a Suprema Corte reafirmou seu compromisso com a visão liberal clássica de liberdade de expressão. Este litígio foi motivado pelo fato do estado de Illinois proibir uma manifestação do partido nazista local na cidade de Skokie. No entanto, a decisão da Corte foi ao encontro da sua decisão anterior sobre o assunto: os membros do partido nazista local estariam exercendo sua liberdade de expressão de maneira legítima e tentar impedi-los de se manifestarem seria um ato atentatório à Primeira Emenda.

Outra decisão da Suprema Corte nos anos 1960 e de suma relevância para a matéria das liberdades comunicativas, visto que nela foi desenvolvida a doutrina da *Actual Malice*, a ser muito utilizada para fundamentar decisões posteriores, é a proferida no caso *New York Times Co. vs. Sullivan* (1964)⁴¹. Dizendo respeito a um pedido realizado por um chefe da polícia da cidade de Montgomery, estado do Alabama, de indenização por difamação contra o jornal novaiorquino *New York Times* e quatro de seus jornalistas. Tal pedido foi motivado por uma reportagem publicada no referido jornal por meio da qual se teria denunciado situações de abuso e feito duras críticas quanto à atuação da polícia dessa cidade contra militantes do movimento dos direitos civis (*civil rights*), então em efervescência nos Estados Unidos.

Em suma, com essa decisão se estabeleceu a prevalência do interesse público da divulgação de informações acerca de autoridades públicas enquanto estas atuem nesta condição,

⁴⁰ 432 U.S. 43 (1977).

⁴¹ 376 U.S. 254 (1964).

não englobando nesta permissão os atos eminentemente pessoais perpetrados por estas autoridades. A exceção a essa regra seria a doutrina da *Actual Malice*, consistente na obrigatoriedade de se haver uma intenção maliciosa ou uma negligência substancial em se propagar notícias falsas. Conforme nos ensina Francisco Prates, este tipo de caso seria outra das raras reservas da *State Action Doctrine* e dos princípios liberais clássicos presentes no direito norte-americano (PRATES, 2015, p. 121):

Assim, posturas interpretativas como a State Action, na qual encontraremos poucas e excepcionais situações em que os particulares podem ser abarcados pela aplicação dos direitos fundamentais em suas relações com outros indivíduos (por exemplo, quando atuam em “função pública”), refletem um receio diante do Estado, em um compromisso com o ideário liberal clássico. Justifica-se na necessidade de preservar uma zona de autonomia individual diante do aparato governamental, fazendo com que o privado e o público, ao invés de se complementarem, excluam-se reciprocamente, o que acaba abrindo espaço para a exteriorização, legalmente protegida, dos tipos mais extremistas de linguagens de ódio, já que a defesa de interesses privados é interpretada como afirmação de direitos individuais.

Saindo da esfera da liberdade de imprensa e retornando ao escopo mais estrito da liberdade de expressão, a decisão de *R. A. V. vs. St. Paul* (1992)⁴² apenas confirma a regra da Suprema Corte escorar seus fundamentos no liberalismo clássico quando se tratar de matéria de liberdade de expressão. Tal decisão julgou como inconstitucional uma lei que proibia a exposição de qualquer símbolo que “causasse raiva, alarme ou ressentimento” em outros indivíduos com base em raça, cor, crença, religião ou gênero, porquanto a impossibilidade constitucional de se restringir a liberdade de expressão tendo como referência apenas o conteúdo desta. O objeto da disputa em questão foi a queima de uma cruz, simbólico ato da organização supremacista branca Ku Klux Klan, no quintal de uma família negra da cidade de St. Paul, estado de Minnessota.

A vedação do exercício da liberdade de expressão com base em seu conteúdo é chamada pelos juristas norte-americanos de “discriminação de ponto-de-vista” (*viewpoint discrimination*), tendo como exemplos a proibição de se dizer que “o aborto é um crime, que a invasão ao Iraque foi injustificada e que negros são geneticamente inferiores aos brancos (WEINSTEIN, 2009b, p. 82). Nesse contexto, no que diz respeito à decisão do caso *R. A. V. vs. St. Paul* (1992), também comenta o autor que tal julgamento traz duas importantes lições. A primeira dessas lições seria a de que a proibição da discriminação de ponto-de-vista é extremamente importante para a estrutura da doutrina do livre discurso norte-americana,

⁴² 505 U.S. 377 (1992).

aplicando-se não somente ao discurso político ou qualquer outras forma de expressão, mas até mesmo também para discursos fora do escopo protetivo da Primeira Emenda Já a segunda dessas lições é a de que a igualdade no campo do livre mercado de ideias se estende inclusive às expressões virulentas de ódio, para que, nas palavras de James Weinstein, “as mais ofensivas expressões de ideologia racial estejam em igualdade com os argumentos para e contra maiores tributos ou a legitimidade da guerra no Iraque” (WEINSTEIN, 2009b, p. 86).

Percebe-se claramente na argumentação de Weinstein um pano de fundo eminentemente liberal clássico, na qual a liberdade seria apenas a liberdade formal, a liberdade de o Estado se abster de interferir na esfera privada expressiva de seus membros para que, ao menos teoricamente, todos estes tenham o mesmo acesso ao campo de debate de ideias. Cabem diversas críticas ao pensamento de James Weinstein quanto a este ponto e que serão melhor trabalhadas quando o discurso de ódio for tratado de maneira específica neste trabalho, mas não é possível se esquivar de criticar a comparação feita pelo autor entre o discurso de ódio (ofensiva expressão de ideologia racial) e outras formas de expressão, tais como a discussão a respeito do aumento ou redução de tributos, citada pelo autor. Dever-se-ia permitir que o discurso de ódio participe sem qualquer restrição do debate público, pois, segundo o autor, as expressões de ódio racial deveriam participar de maneira igual à que expressões contrárias ao ódio e à supremacia racial participam, em uma plena igualdade formal. Todavia, ao contrário do que Weinstein supõe, o discurso de ódio tem o condão de produzir um efeito silenciador às suas vítimas e, tendo em vista que as opiniões contrárias às expressões raciais extremas, apesar de que não em sua totalidade, terem adesão das vítimas das respectivas expressões odiosas, resta-se evidente que tal posicionamento tende a perder força⁴³ no “livre-mercado das ideias”. Seja assim, a teoria de Weinstein entra em contradição: deve-se permitir que discurso de ódio participe do debate público em plena igualdade com as opiniões a ele contrárias, mas a sua própria participação silencia as vítimas e faz diminuir seu engajamento para com o debate.

Ainda nesse contexto, aponta-se a crítica de Herbert Marcuse à tolerância ilimitada, tal como o modelo norte-americano atinente à liberdade de expressão apregoa. Segundo o autor, uma “benevolente neutralidade” (MARCUSE, 1985, p. 88) do Estado diante de todas as formas de expressão pode ser “paradoxalmente, destrutiva, ou seja, a tolerância descontextualizada, sem história, pode ser um efetivo ‘instrumento para a continuidade da servidão’.” (MARCUSE,

⁴³ O sentido de “perder força” no debate público é, neste caso, quantitativo, e não qualitativo. A perda de força em sentido qualitativo seria a prevalência do argumento contrário tendo em vista a sua melhor qualidade, que não é o que ocorre neste tipo de situação. A perda de força ocorre em sentido quantitativo, na medida em que pessoas que poderiam participar do debate público têm seu envolvimento limitado ou impedido.

1965, p. 88 apud PRATES, 2015, p. 95). Uma tolerância excessiva ao *hate speech*, por exemplo, seria perigosa ao impedir a emancipação no debate político das minorias politicamente deficitárias. Weinstein, apesar de em muito contribuir para o estudo da liberdade de expressão, negligencia este vital aspecto quando trata do assunto.

Em adendo a esse silenciamento, mister destacar a observação que Charles Lawrence III faz sobre o caso *R. A. V. vs. St. Paul* (1992). Conforme este autor destaca, a própria Suprema Corte trata as decisões tangentes à liberdade de expressão de maneira apenas abstrata, o que resultou na ignorância da discussão acerca do direito constitucional das vítimas de serem participantes valorosos na comunidade política, mas que, em contrapartida, considerou tão somente o dito direito constitucional de se queimar cruzes na frente da casa de uma família composta por indivíduos negros (LAWRENCE III, 1992, p. 788-789).

Todavia, mesmo com a maioria dos autores norte-americanos serem defensores de um direito à liberdade de expressão amplo e muito inspirado pela ideia de liberdade negativa oriunda do liberalismo clássico, há autores desse país que caminham em uma direção diferente. Sendo assim, há uma iminente tensão entre a maioria, cujo pensamento acerca da liberdade de expressão é amparado pela doutrina liberal clássica, e alguns autores dissonantes, que procuram “colocar o estabelecido e o *establishment* entre parêntesis, tentando incorporar a dimensão da igualdade, dos sofrimentos e humilhações, das vitrines quebradas e das cruzes em chamas” (PRATES, 2015, p. 175).

Um dos grandes exemplares dessa última corrente é o já mencionado Owen Fiss, que traça outras críticas ao modelo norte-americano que, como exaustivamente dito, é muito influenciado pela concepção de liberdade negativa com matriz no pensamento liberal clássico. Fiss desenvolve seu pensamento acerca de assunto por meio de uma relação não de conflito e embate entre a liberdade e a igualdade, mas sim por uma relação de complementariedade. Segundo o autor, deve-se, necessariamente, estabelecer-se um caminho principiológico que relacione a igualdade com a liberdade para que se possa lidar com a regulação estatal da liberdade de expressão (FISS, 2005, p. 45-56)

Para Fiss, ainda, os “advogados da Primeira Emenda” ainda não trouxeram à tona nenhuma razão convincente para que se prefira a Primeira Emenda (liberdade) em desfavor da Décima Quarta Emenda (igualdade), sendo tal preferência, na opinião de Fiss, meramente um slogan propagado por esta linha de juristas. Alguns dos árdios defensores da Primeira Emenda vão além deste slogan, evocando as manifestações por direitos civis de minorias que ocorreram

no país durante a década de 1960 para tentar justificar que a liberdade deveria prevalecer neste suposto embate com a igualdade, sendo aquela é um meio consideravelmente eficaz de se garantir esta. Entretanto, Fiss responde tal afirmação considerando-a apenas mais um caso de preferência pela liberdade sem uma justificativa plausível, visto que não há nada que possa negar uma afirmação oposta, no sentido de o exercício da igualdade garantir a liberdade (FISS, 2005, p. 42).

Apesar das ressalvas que faz inicialmente à ideia, Owen Fiss propõe que as discussões sobre regulação estatal da liberdade de expressão não como um embate entre “liberdade” e “igualdade”, mas sim em um conflito entre “liberdade” e “liberdade” (FISS, 2005, p. 46). Esta formulação acabaria com a discussão, a qual o autor chama de “infrutífera”, entre a prevalência da Primeira e da Décima-Quarta Emenda Constitucional, com esta última cedendo lugar a um debate unicamente sobre a liberdade de expressão. Essa compreensão do que o Estado está buscando realizar transformaria aquilo que primeiramente pareceu ser um conflito entre a liberdade e a igualdade entre um conflito entre liberdade e liberdade. Essa formulação não resolveria todas as discordâncias, nem obviaria a necessidade de escolhas difíceis, mas colocaria tais escolhas dentro de uma matriz comum. Ela tornaria a controvérsia acerca da regulação menos uma batalha sobre valores últimos – uma infrutífera inquisição sobre se a Décima Quarta ou a Primeira Emenda vem em primeiro lugar – e mais uma discordância entre pessoas bem esclarecidas trabalhando para alcançar um propósito comum: a liberdade de expressão. Noutro giro, por mais que Ronald Dworkin também entenda que os direitos de liberdade e igualdade não estão em colisão neste tipo de situação, este mesmo autor defende a preponderância da liberdade, caso estivesse (DWORKIN, 2006b, 379).

Possivelmente os Estados Unidos sejam o país cuja Corte Constitucional mais tocou o assunto “liberdade de expressão”, sendo várias decisões sobre o tema proferidas nos últimos séculos e reverberando nas discussões teóricas e práticas do Direito. Devido a este vasto debate no direito norte-americano, algumas considerações podem ser tomadas. A primeira e mais óbvia delas é a clara influência da filosofia liberal clássica no direito norte-americano, o que, inevitavelmente, ressoa na Suprema Corte do país. Em suas decisões sobre a liberdade de expressão, esta é sempre vista como uma liberdade negativa, uma abstenção do Estado. Também se verifica a matriz liberal do pensamento da Corte quando se analisa a igualdade estritamente formal na qual ela ancora boa parte de suas decisões que versam sobre o tema, frequentemente evocando o “livre-mercado de ideias”. Ambas as ideias não admitem a possibilidade de regulação da liberdade de expressão para sanar eventuais “vícios” que o debate

público pode ter, como o discurso de ódio, que tem o condão de silenciar e impedir a participação de suas vítimas no debate público, ou a vantagem financeira que os mais abastados da sociedade têm em fazer propagar as suas mensagens e pontos de vista.

Ademais, outra consideração relevante a se fazer é a mencionada por Charles Lawrence neste capítulo, qual seja a que as decisões da Suprema Corte são tomadas de maneira abstrata, tangenciando somente a liberdade de expressão de quem pratica, por exemplo, discurso de ódio, enquanto negligencia os aspectos concretos do caso, como no caso de *R. A. V. vs. St. Paul* (1992) em que se ignorou o direito constitucional das vítimas de serem membros valorosos da comunidade política.

Todavia, conforme será apresentado a seguir, apesar das árduas discussões sobre a liberdade de expressão nos Estados Unidos, pode-se dizer que o modelo norte-americano atinente a este direito é minoritário em comparação com o resto das ordens jurídicas do planeta. Na maioria dos ordenamentos nacionais e no âmbito do direito internacional prevalece o que chamaremos de “modelo do direito internacional dos direitos humanos”, uma concepção desapegada do liberalismo clássico e que não considera como o Estado como o único possível violador da liberdade individual, podendo esta também vir a ser violada por agentes particulares, mas também o considera como um potencial garantidor da liberdade⁴⁴.

1.3 O modelo do direito internacional dos direitos humanos

A concepção norte-americana concernente ao direito à liberdade de expressão, apesar de consideravelmente desenvolvida no âmbito de seu país de origem, não é a única concepção atinente a este direito a estar em vigor e ser relevante para o mundo do Direito. Destarte, a

⁴⁴ Apesar de (ainda) não ter sido judicializada, permeia em âmbito norte-americano ávidas questões a respeito da incitação à invasão ao Capitólio (Washington, Estados Unidos) promovida pelo então candidato derrotado, mas ainda presidente do país, Donald Trump, realizada em sua conta pessoal na rede social *twitter*. Um primeiro debate atinente ao tema é a respeito do banimento da conta pessoal de Trump da rede ser ou não uma violação da Primeira Emenda, enquanto um segundo debate seria referente ao limite entre o exercício da liberdade de expressão garantido pela Primeira Emenda e o processo de *impeachment* contra ele instaurado tendo como base suas declarações naquela rede social. A título de lembrança, este não foi o primeiro embate da carreira política de Donald Trump envolvendo sua conta pessoal no *twitter* e a Primeira Emenda Constitucional. Quando do julgamento do caso *Knight First Amendment Institute v. Trump* (2017), a Corte de Apelação do Segundo Circuito, confirmando a decisão da Corte Distrital do Distrito Sul de Nova Iorque, decidiu que, enquanto Presidente da República, autoridade pública máxima do país, Trump não poderia bloquear usuários com posições políticas opostas a ele em sua conta na mesma rede social *twitter*.

concepção norte-americana sequer é a concepção mais difundida ao redor do planeta, cabendo tal lugar à concepção do direito internacional dos direitos humanos.

Esta segunda concepção não ignora os fundamentos clássicos do liberalismo que fundam o modelo norte-americano de liberdade de expressão, quais sejam, ser oponível somente contra o Estado (liberdade negativa) e a ideia de igualdade formal. Ao contrário, o modelo do direito internacional dos direitos humanos vai além dessa concepção liberal clássica, considerando-a insuficiente, porém não a rechaçando e sim a complementando, ao admitir que o Estado é também um potencial garantidor deste direito e uma perspectiva pautada por uma igualdade material. É nesse sentido que o jurista norte-americano Owen Fiss, contrário a doutrina majoritária presente em seu país, afirma (FISS, 2005, p. 38):

Enquanto o liberalismo do Século XIX foi definido pelas reivindicações por liberdade individual e resultou numa inequívoca demanda por governo limitado, o liberalismo de hoje acolhe o valor igualdade assim como a liberdade. Ademais, o liberalismo contemporâneo reconhece o papel que o Estado pode desempenhar assegurando igualdade e por vezes mesmo a liberdade

Cabe ressaltar que a análise que Fiss faz da relação entre liberdade e igualdade é referente, em um primeiro plano, somente à atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, que, ainda muito inspirada pelo liberalismo, tende a privilegiar de certa forma o direito à liberdade em detrimento do direito à igualdade. Uma das principais críticas de Fiss ao modelo norte-americano resta nesse sentido, de que o debate no que diz respeito à liberdade de expressão também possui uma dimensão de igualdade, tendo esta um aspecto material, em contraposição à igualdade formal adotada tradicionalmente pelo modelo norte-americano. Conquanto estes escritos de Fiss tenham como foco o direito norte-americano, a ideia de um liberalismo mais voltado à noção de igualdade do que sua concepção mais clássica também se aplica ao modelo do direito internacional dos direitos humanos.

Inicialmente, pode-se entender que esta nova concepção do direito à liberdade de expressão tem primordial influência da justificativa com base na democracia, conforme classificação apresentada por Michel Rosenfeld (ROSENFELD, 2005, p. 163). Nesse sentido, o Estado não seria o único violador possível desse direito, conforme o liberalismo clássico preconiza, mas ele também seria um potencial assegurador da liberdade de expressão e, conseqüentemente, da democracia. Assim sendo, a igualdade formal do liberalismo clássico seria superada por uma igualdade material, na medida em que o Estado poderia promover regulações e alocações para que todos consigam ter a mesma participação no debate político-

democrático. Dentro dessa perspectiva, haveria razões para o Estado poder alocar recursos das mídias a fim de se promover a liberdade de imprensa ou até mesmo regular a expressão para se coibir o discurso de ódio e, assim, aumentar a participação democrática.

Sob uma ótica limitada pelo liberalismo clássico, tal afirmação pareceria contraditória, visto que, em uma primeira análise, a proibição ou a limitação de uma forma de expressão implicaria uma diminuição da liberdade de expressão. Tal visão não deve ser sustentada. Em situações como o *hate speech*, percebe-se que esta é uma forma de expressão revestida de ódio e que visa atingir determinados tipos de vítima que já são marginalizados na sociedade. Esta prática teria o condão de constrangê-los de participar do debate público de sua comunidade, ou seja, o *hate speech* seria uma forma de expressão que agiria de forma a limitar ou impedir a expressão de outros agentes que já sofrem com a marginalização social, silenciando-os. Owen Fiss conceitua essa ideia chamando-a de “efeito silenciador do discurso” (FISS, 2005, p. 33). Em suma, deve-se reconhecer o outro como igual, não havendo, portanto, uma liberdade fundamental de ofender, humilhar e propagar ódios derivada do exercício da liberdade de expressão (PRATES, 2018, p. 97-98)

Esta concepção também não deve ser considerada censura, dado que esta é aquela que ocorre *prima facie*, previamente à expressão. O que decorre do Estado como garantidor da liberdade de expressão ao restringi-la ou alocá-la em determinados momentos, apenas quando houver uma razão que tenha forças suficientes para justificar tal ação, é uma responsabilização por seus atos. O indivíduo ainda é livre para dizer o que quiser e expressar da maneira como gostaria, entretanto, quando suas falas e expressões forem prejudiciais à sociedade e a seus indivíduos, o Estado estaria autorizado a puni-lo por isso. Sendo assim, a atuação do Estado é sempre posterior à expressão, nunca anterior de modo a se configurar censura. Conforme Francisco Prates afirma, o Estado agir desta maneira é tratar seus indivíduos como “cidadãos maiores e responsáveis”, imputáveis pelos atos por eles praticados (PRATES, 2015, p. 172-173).

Sendo uma concepção que se lastreia na ideia de democracia, o modelo internacional dos direitos humanos compreende a liberdade de expressão mais como um instrumento para a sua melhor realização do que um fim em si mesmo, tal como autores inspirados pelo pensamento liberal clássico preconizam. Esta teorização responde um problema muito caro aos teóricos da liberdade de expressão, qual seja, o questionamento a respeito de que se deva ou não regular formas de expressão.

Pautando-se na fundação democrática, o referido modelo refuta a ideia quantitativa representada pelo mote de que “quanto mais discurso, melhor”, muito presente no modelo norte-americano. Consequentemente, adota uma ideia qualitativa de discurso, o que implica que os indivíduos pertencentes a minorias estigmatizadas e que tenham menos acesso à arena pública de debates devam ter sua participação ampliada, talvez totalmente incluída, no debate público. Em razão destes indivíduos não serem dotados dos recursos necessários para se incluírem neste debate, inevitável a atuação estatal nesse sentido a fim de se conseguir corporificar o objetivo democrático. Nesse sentido, o Estado deve atuar para combater expressões de ódio, em razão de que tais expressões tem o condão de silenciar essas minorias e afastá-las ainda mais do debate público, e também de forma a democratizar o acesso a esta esfera, visto que os indivíduos e grupos empresariais dotados de mais recursos tendem a ocupá-la substancialmente caso deixados ao alvedrio do livre mercado comunicacional.

Como discutido no tópico anterior, nos Estados Unidos a visão é exatamente a contrária à do modelo do direito internacional dos direitos humanos, entendendo-se a participação na esfera pública de debates de maneira mais quantitativa do que qualitativa, sob a égide da igualdade formal na qual todos os indivíduos tem a livre iniciativa para participar (ou não) do debate público, devendo o Estado somente se abster de interferir. Disso decorre que o modelo norte-americano também não admite que individuais podem silenciar outros de maneira a impedi-los de participar da esfera pública. Noutra giro, no modelo do direito internacional dos direitos humanos, tendo em vista o valor da democracia, concebe-se a ideia de que indivíduos podem atrapalhar a participação de outros indivíduos na esfera pública, o que autorizaria o Estado a intervir nesse tipo de situação.

Em nenhum momento é negado os perigos de um Estado inflado com mais atribuições, conforme a própria história moderna nos trata de mostrar. Todavia, no modelo do direito internacional dos direitos humanos, não se verifica uma atribuição exacerbada de poder ao Estado. Primeiramente, porque este modelo é fundamentado em uma noção de democracia, qualitativa e deliberativa, noção esta que, apesar de não ser dotada de infalibilidade, tende a incentivar a melhor participação do povo no debate público, o que seria uma repulsão aos regimes autocráticos e tirânicos nos quais o Estado age como opressor de seu próprio povo. Ademais, esta noção democrática também permite ao Estado que atue de modo a regular a liberdade de expressão a fim de garantir essa mesma participação no debate público e o acesso à informação da melhor maneira possível. Por fim, também há correntes teóricas que defendem que abusos na liberdade de expressão, destacando-se o discurso de ódio, causa danos aos

indivíduos vítimas diretas deste e também a sociedade como um todo, autorizando-se, portanto, o Estado a atuar para evitar lesões aos direitos de seus cidadãos (WALDRON, 2012).

Pode-se dizer que este segundo modelo apresentado é mais recente do que a concepção norte-americana, tendo sua origem destacada a partir da 2ª Guerra Mundial. É de saber comum o contexto europeu daquela época, um continente devastado não somente social e economicamente pela guerra, mas também traumatizado pelas políticas militaristas e de cunho de superioridade racial perpetradas pelo nazifascismo, que deixam sequelas na sociedade até os presentes dias.

O movimento pelo direito internacional dos direitos humanos teve seu início nesse contexto. Após estes trágicos eventos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe um novo conceito de sujeito de direito no âmbito internacional, sendo agora indivíduos portadores de direitos em âmbito extraterritorial (HARE, 2009, p. 62-63).

Já no que tange a liberdade de expressão, a maioria dos Estados Nacionais e, também, as organizações internacionais se atentaram para a nocividade do preconceito e do discurso de ódio, buscando instrumentos para coibi-los. Não obstante a liberdade de expressão ser um valor entendido como de vital importância para a sociedade moderna, estando inclusive prevista no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e vários outros tratados e convenções, surgiram também instrumentos legais no direito internacional com aquele intuito como, por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Esta Convenção entrou em vigor no ano de 1969 e foi ratificada por 173 Estados, incluindo o Brasil. Sob o seu véu, condena-se todas formas de discriminação racial, procura-se meio de combate-las e também busca assegurar direitos civis, políticos, sociais e econômicos para todos aqueles que sofrem preconceito racial (HARE, 2009, p. 64-65). A referida convenção também estabeleceu um comitê para receber relatórios periódicos de seus Estados signatários e dar recomendações a eles. Entretanto, apesar de também serem dela signatários, os Estados Unidos ressaltaram que as disposições tangentes à liberdade de expressão e ao combate ao discurso de ódio previstas na Convenção eram constitucionalmente incompatíveis com a ordem constitucional do país.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) é outro documento de direito internacional que manifesta este modelo. Em seu artigo 10⁴⁵, esta Convenção consagra a fundamentalidade da liberdade de expressão no contexto europeu, mas, por outro lado, também dispõe sobre eventuais responsabilizações e limites acerca do exercício deste mesmo direito. Seu artigo 14⁴⁶ também veda a discriminação com base no sexo, na raça, na cor, na língua, na religião, na opinião política, na nacionalidade, na origem social, além de diversas outras vedações expressas a formas de discriminação. A proteção aos direitos humanos em nível europeu oferece mais um nível de proteção. Todavia, neste contexto, a liberdade de expressão é um direito que tende a ser relativizado, ao contrário de outros direitos como a vedação da tortura e o tratamento degradante. Nesse contexto, discorre criticamente Ivan Hare (2009, p. 69):

Instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos providenciam diferentes nível de proteção para diferentes direitos. Por exemplo, sob o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o direito de estar livre de tortura ou tratamento e punições desumanas ou degradantes é um direito absoluto. Isto quer dizer que não há limitações ou qualificações para estes direitos serem aplicados em face destes documentos e os Estados não detêm poderes para restringi-los até mesmo em épocas de emergência. Em contraste, o direito à liberdade de expressão é um direito qualificado: o Estado pode, legalmente, interferir no direito à liberdade de expressão em circunstâncias certas e limitados. Um Estado pode também o restringir em épocas de emergência⁴⁷.

No âmbito normativo da CEDH, ocorreram relevantes julgamentos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no que toca ao direito à liberdade de expressão. Tratar-

⁴⁵Art. 10: 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 07/09/2020.

⁴⁶ Art. 14: O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 07/09/2020.

⁴⁷ No original: “*International and regional human rights instruments provide different levels of protection for different rights. For example, under both the ICCPR and the ECHR, the right to be free from torture or inhuman and degrading treatment or punishment is an absolute right. This means that there are no limitations or qualifications to the right set out on the face of the document and that states have no power to derogate from it even in times of emergency. By contrast, the right to freedom of expression is a qualified right: that is, the state may lawfully interfere with the right to freedom of expression in certain defined and limited circumstances. A state may also derogate from the right to freedom of expression in times of emergency*”.

se-á, inicialmente, do caso *Féret v. Bélgica* (2009), no qual o Poder Judiciário belga condenou por incitação ao ódio e discriminação líder político que produziu folhetos com discurso de ódio direcionados a muçulmanos e não-europeus. No TEDH, a defesa de Féret se apoiou na parte do art. 10 da CEDH que garante o direito à livre expressão para tentar reverter a sua condenação. O Tribunal, porém, manteve a condenação promovida pelo Judiciário belga ao afirmar que era legítima a responsabilização pelo exercício da liberdade de expressão, bem como que tal responsabilização seria conforme as disposições jurídicas do direito europeu sobre o tema.

Este primeiro caso exemplifica perfeitamente o modelo do direito internacional dos direitos humanos, em voga no sistema europeu. A liberdade de expressão é um direito de suma importância no contexto europeu e no contexto internacional, devendo ser resguardada. Porém, a liberdade de expressão não é dotada de um caráter absoluto que a faça prevalecer sempre que em colisões com outros direitos fundamentais ou que seja oponente somente perante ao Estado. Ao contrário do que ocorre no modelo norte-americano, ela pode ser preterida quando em confronto com outro direito de um indivíduo e não é oponente somente perante o Estado. Todavia, a argumentação de Féret muito provavelmente sairia vencedora caso o pleito estivesse sob a jurisdição norte-americana. Além disso, não se pode dizer que houve censura, visto que Féret foi responsabilizado por seu discurso de ódio sem que houvesse limitação prévia aos folhetos nos quais o *hate speech* estava contido.

Da mesma forma anteriormente decidiu o TEDH quando do caso *Norwood v. Reino Unido* (2003), no qual um membro de um partido nacionalista britânico colocou em sua casa uma bandeira com caráter islamofóbico. O Tribunal decidiu de maneira com que a discriminação era expressamente vedada pela CEDH e não estava englobada no âmbito protetivo da liberdade de expressão, ou seja, o direito à liberdade de expressão não autorizaria em seu escopo expressões discriminatórias.

Um caso mais recente sobre limites da liberdade de expressão e *free speech*, também de considerável importância para o desenvolvimento do referido modelo do direito internacional dos direitos humanos, é *Vejdland v. Suécia* (2012). Neste caso, a Corte sueca condenou um grupo de religiosos por estarem distribuindo, em ambiente escolar, folhetos com discurso de ódio voltado a homossexuais. O grupo condenado recorreu ao TEDH para tentar reverter a condenação, sendo esta, porém, posteriormente confirmada pelo Tribunal. A decisão do TEDH destacou a importância do livre exercício da liberdade de expressão, conquanto salientando que tal liberdade comunicativa não abrangia um “direito à discriminação”, como entendeu que ocorreu quando da distribuição dos folhetos pelo grupo. Dessa maneira, não houve violação ao

direito à liberdade de expressão, sendo a restrição necessária para o pluralismo social e democrático no qual a União Europeia e seus países signatários se pautam.

Pelos julgados paradigmáticos realizados pelo TEDH sobre a liberdade de expressão pode-se, a princípio, entender que a valoração da liberdade de expressão prima pela restrição deste direito individual, ainda se comparando ao modelo norte-americano atinente a este direito. Todavia, a restrição à liberdade de expressão somente deve se dar quando ocorrer abusos ou em situações excepcionais. Nesse sentido, destaca-se a recente decisão de *Mladina D.D. Ljubljana v. Eslovênia* (2014). Nela, a Corte eslovena condenou a revista política Mladina por suas críticas contra um político esloveno por suas posições homofóbicas, confirmando decisões dos tribunais inferiores locais que consideraram que a revista exerceu sua liberdade de expressão de forma abusiva. Todavia, o TEDH reverteu a condenação ao entender que a crítica política possui um espectro protetivo mais amplo do que a expressão regular individual e, por isso, entendeu como não configurado o abuso de direito por parte da revista.

Há outros casos emblemáticos envolvendo a liberdade de expressão em âmbito jurisdicional europeu. Contudo, não há de se olvidar que o Tribunal mantém sua jurisprudência sobre o tema estável no sentido de seguir o direito internacional dos direitos humanos. A liberdade de expressão é, como deve ser em um ambiente que se pretende democrático e plural, um direito de imprescindível relevância. Porém, mesmo dotado de tamanha importância, a liberdade de expressão não pode ser considerada como um direito de caráter absoluto, ao qual não se comporta restrições. Por meio do exercício deste direito, é possível ocorrerem abusos que implicam em lesão em direitos de outros indivíduos. Nesse sentido, também se encontram as decisões referentes aos casos *Garaudy v. França* (2003), no qual se proibiu a publicação de um livro revisionista e negacionista do holocausto por entender que este possuía um substrato de ódio racial, e *Erbakan v. Turquia* (2006), no qual um político turco incitava ódio e até comportamento dito hostil contra uma minoria local. Ressalta-se que, neste último caso, por conter incitamento a comportamento potencialmente beligerante, até mesmo a adoção do modelo norte-americano concernente à liberdade de expressão poderia ensejar a condenação.

Nas Américas também se adota posicionamento semelhante ao da Europa, posicionamentos estes filiados ao modelo do direito internacional dos direitos humanos. A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos admite, por disposição em seu artigo 13⁴⁸, a

⁴⁸ Art. 13. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

responsabilização proveniente de abusos decorrentes exercício da liberdade de expressão quando: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; e b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Conforme afirma Catalina Botero Marino (2009, p. 23-29), a jurisprudência interamericana desenvolveu a interpretação do art. 13 da Convenção Americana para a averiguação da justeza da restrição à liberdade de expressão por meio de um teste tripartite envolvendo análises de se: a) a restrição é definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material; b) a restrição se orienta à consecução de objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana; e c) a restrição é necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos imperiosos fins buscados; estritamente proporcional à finalidade buscada; e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar.

Determinadas decisões da Corte Internamericana também devem ser destacadas a fim de melhor ilustrar o contexto interamericano do direito à liberdade de expressão. Primeiramente, no que tange outra liberdade comunicativa fundamental à democracia, a liberdade de imprensa, houve o caso da lei argentina conhecida como “*Ley de Medios*”, a qual permitia uma maior interferência estatal no âmbito das mídias e da imprensa. Tal interferência era vista por seus apoiadores como positiva, visto que a questão central da lei era justamente buscar democratizar o acesso à informação, enquanto seus críticos a enxergavam como uma potencial ferramenta do Estado para restringir críticas a ele direcionadas. Por meio Opinião Consultiva 05/1985, a Corte Interamericana pacificou a questão ao permitir a gerência estatal no sentido de ser um “instrumento dessa liberdade”, devendo o Estado promover a democratização do acesso à informação e, dessa forma, ampliar a liberdade de expressão.

O caso *Tristán Donoso v. Panamá* (2009), julgado pela Corte Interamericana, guarda íntimas semelhanças com o caso decidido pela Suprema Corte Norte-Americana *New York Times Co. v. Sullivan* (1964). No primeiro caso, um procurador público entrou na justiça contra

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

o advogado Tristán Donoso, após críticas por este realizadas, por crime contra a honra. Ambas as Cortes decidiram no sentido do servidor público ou autoridade terem maiores restrições no que tange seus direitos à honra, intimidade e a privacidade enquanto agem no exercício dessas funções, devido a questões de interesse público e, por isto, deveriam estar mais sujeitas a críticas da sociedade.

A razão de se comparar estes dois casos é demonstrar que há semelhanças entre os dois modelos atinentes à liberdade de expressão, sendo a principal delas a que ambos buscam a melhor realização deste direito na prática. Difere-se a justificação, conforme a classificação proposta por Michel Rosenfeld e aqui já apresentada, na medida em que o modelo do direito internacional dos direitos humanos se pauta por razões democráticas, enquanto no modelo norte-americano se baseia, primordialmente, na busca pela verdade. Além disso, os dois modelos também diferem no que concebem ser o papel do Estado: enquanto no modelo internacional o Estado atua positivamente para garantir a liberdade de expressão, no norte-americano ele deve atuar negativamente, abstendo-se de qualquer interferência. Contudo, apesar das diferenças, há pontos comuns nos entendimentos de ambos os modelos, tal como a prevalência do interesse público que faz a liberdade de expressão prevalecer em relação a direitos tais como a honra individual quando o indivíduo for lesado no âmbito de suas funções públicas. Apesar disto, vale salientar que injúrias enquanto o indivíduo estiver no exercício de sua função públicas, quando direcionadas ao indivíduo como pessoa e não ao indivíduo como agente do Estado, não deverão ser preteridas em detrimento da proteção à liberdade de expressão.

Por fim, percebe-se que em decisões importantes sobre o tema tomadas pela Corte Interamericana as concepções da liberdade de expressão se aproximaram do modelo do direito internacional dos direitos humanos, sempre valorando esta liberdade como base fundante da democracia e não somente um fim em si mesmo, mas também um meio de se fazer realizar outros direitos individuais. Conforme bem asseverado por Catalina Botero Marino (2009, p. 22-23):

Em termos gerais, a jurisprudência interamericana tem explicado que “as restrições à liberdade de expressão devem incorporar as exigências justas de uma sociedade democrática”; que “as normas a cujo amparo estas restrições são interpretadas devem ser compatíveis com a preservação e o desenvolvimento de sociedades democráticas conforme estipulam os artigos 29 e 32 da Convenção [Americana]”; e que “a interpretação das restrições à liberdade de expressão (artigo 13(2)) deve ‘ser julgada em referência às necessidades legítimas das sociedades e das instituições democráticas’, visto que a liberdade de expressão é essencial para toda forma de governo democrática

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos são, como se notam por suas decisões, coerentes em suas linhas de entendimento acerca do direito à liberdade de expressão, bem adaptadas da se convencionou denominar de “modelo do direito internacional dos direitos humanos”. Dentre as principais características desse modelo, destacam-se a justificação com base na democracia, a igualdade material e o papel do Estado como assegurador desta liberdade.

Conjugando tais características, verifica-se um outro atributo definidor deste modelo: a possibilidade de responsabilização decorrente de abusos do direito à liberdade de expressão. Ao contrário do modelo norte-americano, o qual considera que a “a atuação estatal no discurso público nos transformaria em menores de idade que não sabem o que ler, ver ou ouvir” (PRATES, 2015, p. 172), o modelo internacional dos direitos humanos, em consonância com a posição minoritária do direito norte-americano, argumenta que (PRATES, 2015, p. 172-173):

se somos maiores, podemos ser responsabilizados, haja vista que o que nos torna responsáveis por nossas escolhas não é somente um Estado que nada faz, abstendo-se de agir perante as pretensões levantadas, mas um Estado que também não nos imuniza, pois tal imunização é que pode nos tornar menores impúberes, já que sem limites ou restrições. A questão é que estes limites ou restrições podem se apresentar como condições de possibilidade do nosso amadurecimento, haja vista que, do contrário, seríamos como seres além da igualdade, superiores, livres para dominar, não para compartilhar.

À luz de todas as decisões e documentos de direito internacional aqui expostos, bem como da base teórica de autores que coadunam com essa visão, percebe-se que a liberdade de expressão é entendida pelo modelo do direito internacional dos direitos humanos como uma liberdade que ocorre em espaços democráticos, uma autonomia entre outras autonomias (PRATES, 2015, p. 264-265). Não obstante a sua importância, este direito deve ser entendido, portanto, não somente por uma ótica que privilegia seu exercício individual, mas sim por meio de um contexto através do qual se busque a potencialização do diálogo por meio da inclusão dos membros da sociedade no debate público.

Entretanto, sobre este tema, deve-se ser feito ainda um último questionamento: qual o limite com que o Estado pode atuar em defesa da democracia sem vir a minar ela própria? Esta é uma questão de suma relevância e, como a maioria de tais questões, apresenta uma dificuldade intrínseca de se obter uma resposta plenamente conclusiva.

O modelo norte-americano não se fundamenta na justificativa democrática, mas também apresenta problema de natureza semelhante, apesar de, paradoxalmente, estar no extremo oposto dessa discussão: os limites da tolerância. Já o modelo do direito internacional dos direitos humanos deve se preocupar em até que ponto a atuação estatal continuará sendo devida. Algumas respostas foram apresentadas: determinados casos em que direitos forem lesados, quando a participação democrática vir a ser reduzida, dentre outros.

A jurisprudência da Corte Interamericana, a princípio acertadamente, foi a que deu a melhor resposta a esse problema, desenvolvendo um “teste” para averiguar se a restrição à liberdade de expressão é justa ou não, observando critérios como a existência de lei prévia, o que já implica uma participação popular, ao menos em teoria, ao eleger seus representantes que elaboraram a lei; estar de acordo com os objetivos da Convenção Americana, documento de direito internacional assinado por Estados das Américas a fim de se melhor proteger os direitos humanos, ao menos em âmbito regional; e se a restrição é realmente necessária para se atingir fins democráticas, o que, por si só, é demasiadamente abstrata, mas que por estar em consonância com os outros dois critérios, pode se tornar uma ferramenta adequada para desenvolver o direito à liberdade de expressão no âmbito interamericano.

Por fim, dentre esses dois grandes modelos, a concepção do direito internacional dos direitos humanos aparenta ser a adequada a um regime democrático, pelos motivos já apresentados. Além de não ser um direito absoluto, em posição privilegiada perante os demais, este modelo também se preocupa com a atuação positiva do Estado para que possa regular e/ou alocar a expressão de modo a tornar o debate público também mais democrático, em consonância com os princípios da moderna democracia em que os países que adotam este modelo costumam viver.

Porém, uma afirmação final ainda deve ser feita: o modelo do direito internacional dos direitos humanos não é algo estanque, com regras pré-definidas que devam ser aplicadas da mesma maneira em todos os países afetos a este modelo. Por mais que a cooperação entre países e a presença de organismos regionais e internacionais sejam uma forma eficaz, além de legítima, para a proteção de direitos humanos, tal como é a liberdade de expressão, este modelo deve servir como um molde, uma inspiração, dando uma base geral para que o ordenamento jurídico de cada país trabalhe com as singularidades locais da sociedade a qual está adstrito. A liberdade de expressão é, como direito fundamental, dotada de historicidade. Isto implica, no âmbito constitucional brasileiro, que este direito não chegou à nossa constituição vigente por única e exclusiva vontade dos constituintes. Muito ao contrário disto, ela é um direito concebido em

um processo histórico que a considerou e consolidou como sendo fundamental. Sendo assim, a liberdade de expressão no Brasil é dotada de uma complexidade e de peculiaridades que uma adoção genérica do modelo do direito internacional dos direitos humanos não conseguiria compreender em sua inteireza, o que, por si só, já é uma árdua tarefa.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO CLÁUSULA GERAL NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1 A liberdade de expressão no ordenamento constitucional brasileiro

A expressão humana é, antes de mais nada, uma forma de o indivíduo exercer sua autonomia, seja esta a privada ou a pública, considerando-se ambas como equiprimordiais, não mais excludentes entre si, conforme a descrição habermasiana (HABERMAS, 1997, p. 331). O ser humano deve poder externar seus pensamentos e opiniões, exercendo sua autonomia privada, mas também interagindo com o mundo que vai além de sua própria pessoa, exercendo assim, também, a sua autonomia pública.

Sendo, portanto, um elemento fundamental à vida humana, não é extraordinário o fato de o direito englobar a expressão humana dentro de sua ciência. Dessa feita, a liberdade de expressão é consagrada em ordenamentos jurídicos ao redor do planeta como um direito constitucionalmente garantido, não sendo diferente na Constituição Brasileira de 1988.

Constante de maneira expressa em dispositivos constitucionais como o art. 5º, IV e IX⁴⁹ e o art. 220, caput⁵⁰, pode-se definir o direito constitucional à liberdade de expressão no ordenamento pátrio como (BRANCO; MENDES, 2009, p. 350-351):

A garantia da liberdade de expressão tutelada envolve toda a opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não.

Apesar da cristalina definição proposta por Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco, cabem algumas breves considerações sobre os dispositivos constitucionais que versam sobre a liberdade de expressão.

⁴⁹ 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;

⁵⁰ 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.

Primeiramente, atenta-se para a leitura do Art. 5º, caput, no qual se prevê direito à liberdade constitucionalmente garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Nesse sentido, rememora-se a linha classificatória de Ronald Dworkin⁵¹ (1978, p. 266) a qual não se entende um único direito geral de liberdade, mas sim um direito a liberdades. Entende-se que, por uma leitura da constituição por meio deste referencial, a liberdade é gênero, enquanto a liberdade de expressão (Art. 5º, IV e IX), liberdade religiosa (Art. 5º, VI), liberdade de locomoção (Art. 5º, XV), liberdade de reunião (Art. 5º, XVI), liberdade de associação (Art. 5º, XVII), dentre outras, são suas espécies. Um direito geral de liberdade, conforme Dworkin afirma, poderia ensejar situações nas quais o indivíduo poderia exercitar a liberdade de maneira plena e sem amarras, como poder dirigir na contramão de uma rua movimentada, tal qual o exemplo proposto pelo próprio autor.

Outro ponto que, além de corroborar a inexistência de um direito geral de liberdade em nossa Constituição, também demonstra a adoção de uma concepção relativista da liberdade de expressão é o art. 5º, IV, no qual se impõe uma vedação textual a seu exercício, qual seja, o anonimato. Ainda nesse âmbito, o art. 220, 3º, I, dispõe, textualmente, o dever do Poder Legislativo Federal de legislar no sentido de “regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”, implicando, expressamente, a vedação de determinados conteúdos a indivíduos que ainda não atingiram a maturidade adequada para o seu consumo.

Consonantemente a essas considerações, escreve Daniel Sarmento (2006, p. 98):

Sem embargo, a liberdade de expressão não foi concebida na ordem constitucional de 1988 como um direito absoluto. O próprio texto constitucional consagrou direitos fundamentais que lhe impõem restrições e limites, como a indenização por dano moral ou à imagem (art. 5º, inciso V) e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X). E há, ademais, outros bens e valores constitucionais com que a liberdade de expressão pode colidir em casos concretos, como o devido processo legal, a proteção à saúde e a própria igualdade. Nada no sistema constitucional brasileiro autoriza a conclusão de que a liberdade de expressão deva sempre prevalecer nestes conflitos. Por outro lado, a Constituição de 88 tem um firme e profundo compromisso com a construção da igualdade e com a luta contra o preconceito. Este compromisso visceral se evidencia na leitura dos objetivos fundamentais da República, estabelecidos no art. 3º do texto magno: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais” (inciso III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). O constituinte, portanto, não quis atribuir ao Estado o papel de espectador neutro e imparcial dos conflitos travados na esfera social. Pelo contrário, partindo da premissa empírica de que a sociedade brasileira

⁵¹ A ver: Capítulo 1.

é injusta e desigual, e de que nela vicejam a intolerância e o preconceito, ele impôs aos três poderes do Estado tarefas ativas, ligadas à inclusão social e à transformação de práticas opressivas voltadas contra grupos estigmatizados.

Há, portanto, possibilidades textualmente expressas de limites à liberdade de expressão na CR/88, evidenciando ainda mais o caráter não absoluto deste direito no ordenamento jurídico brasileiro. Posto isto, destaca-se da mesma forma que este direito também pode vir a ser restringido quando for necessário à proteção de determinado bem jurídico, devendo ainda tal restrição ser proporcional para tanto. Em outras palavras, mesmo sendo um direito de tal forma consagrado, isto não significa que o direito à liberdade de expressão deva ser encarado de maneira absoluta, podendo ser exercido sem qualquer restrição.

Ademais, conforme a fala de Daniel Sarmento acima disposta salienta, há a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, adotada pelo ordenamento constitucional brasileiro. Em contraposição a ordenamentos jurídicos, a exemplo do norte-americano, nos quais, devido à forte influência do liberalismo clássico, o Estado é considerado o único potencial violador dos direitos fundamentais, o ordenamento pátrio admite a possibilidade de que estes direitos possam vir a ser lesados por particulares. Influenciado por uma noção de constitucionalismo social, os direitos fundamentais seriam dotados, além de uma dimensão objetiva, também de uma dimensão subjetiva, o que autorizaria o Estado a intervir no caso concreto de modo a garantir o direito fundamental de um indivíduo quando lesado por outro. Dessa feita, irradiar-se-ia a eficácia dos direitos fundamentais também de maneira horizontal, em oposição à eficácia vertical, ocorrida quando da aplicabilidade dos direitos fundamentais somente na relação entre Estado e indivíduo.

Em âmbito infraconstitucional, também existem inúmeros exemplos de restrições, tendo como relevantes exemplos os crimes contra a honra (quais sejam a calúnia, a injúria e a difamação) e a discriminação racial, conforme a Lei 7.716/1989. Quando alguém se expressa de modo a praticar conduta enquadrada em algum desses tipos penais, a sua liberdade de expressão pode validamente ser limitada em virtude da proteção de outro bem: a honra (que se subdivide em objetiva e subjetiva), bem como a igualdade e a solidariedade (quando da prática de discriminação racial). No caso do exercício da liberdade expressão de maneira ilegítima, quando da discriminação racial, vale-se salientar também a lesão direta a dispositivos constitucionais, a exemplo do objetivo constitucional de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV CR/88).

Uma característica comum aos direitos fundamentais que deve ser destacada para a melhor compreensão da liberdade de expressão dentro de um ordenamento jurídico é a historicidade. Nenhum direito fundamental é ahistórico, ou seja, nenhum direito surge na Constituição sem que tenha havido anteriormente toda uma disputa em torno de seu sentido e de seu âmbito de incidência, reflexo do sempre aberto processo histórico de construção normativa. Tampouco isto ocorre com o direito à liberdade de expressão. Sendo assim, inevitável a busca pela construção deste direito no passado para que se tente compreendê-lo no presente.

Na primeira constituição brasileira, a chamada “Constituição do Império” (1824), já havia em seu texto previsão do direito à liberdade⁵² aos cidadãos brasileiros, a despeito do contexto social da época, no qual a escravidão ainda não era só permitida, como parte cabal da economia brasileira, e do regime monárquico com existência do Poder Moderador. Seu art. 179⁵³ apenas previa a liberdade como inicialmente concebida na primeira dimensão de direitos fundamentais, formal, genérica e tendo como inspiração o liberalismo clássico, sem sequer seu texto adentrar às espécies de liberdades comunicativas, tal como a CR/88 analiticamente o faz. A própria palavra “liberdade” aparece em seu texto apenas duas vezes, ao longo dos cento e setenta e nove artigos que o compunham. Isso demonstra como este direito ainda não havia alcançado o patamar de inserção constitucional que hoje possui não somente no Brasil, mas na maioria dos estados democráticos de direito.

A primeira constituição republicana, promulgada em 1891, apenas dois anos após a Proclamação da República e três após a abolição da escravidão, possuía mais disposições tangentes à liberdade, inclusive tratando de espécies de liberdade, e não de uma maneira genérica como a constituição anterior havia tratado. Em seu texto⁵⁴, especifica-se como direitos

⁵² Ressalta-se, apesar da generalidade do dispositivo constitucional, não seria um “direito geral de liberdade”, nas dimensões em que Ronald Dworkin expõe.

⁵³ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte
I - Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei.

(...)

⁵⁴ Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Ninguém pôde ser obrigado a fazer, ou deixar fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

(...)

§ 3º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum.

(...)

§ 8º A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a policia senão para manter a ordem publica.

(...)

fundamentais espécies de liberdades comunicativas como a liberdade religiosa, de reunião, de imprensa e, de certa forma, até mesmo a liberdade de expressão, apesar de sua previsão no art. 72, § 12 confundi-la até certo ponto com a liberdade de imprensa, visto que a liberdade de expressão estaria limitada a livre manifestação do pensamento por meio da imprensa ou da tribuna. Não obstante tal previsão limitada em seus meios, assim como na Carta Constitucional atual, era vedado o anonimato.

A Constituição de 1934 manteve em seu texto⁵⁵ as liberdades comunicativas previstas na Constituição de 1891, trazendo expressamente outras espécies de liberdades que ainda não constavam escritas nos textos constitucionais brasileiros anteriores, como a liberdade de associação (Art. 113, 12) e a liberdade acadêmica, também conhecida como “liberdade de cátedra” (Art. 155). Todavia, seguindo esta linha de haver mais disposições textuais acerca das liberdades, há agora explicitamente a vedação de censura e a possibilidade de vedação de conteúdos quando dos espetáculos e diversões públicas. Além disso, também consta expressa a vedação da liberdade de reunião em caso de decretação de Estado de Sítio (Art. 175, 2, d).

O aumento de disposições enunciando vedações e possibilidades de vedações às liberdades comunicativas da Constituição de 1934 foi, até certo ponto, um prenúncio para a

§ 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fôrma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato.

(...)

§ 26. Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gosarão desse direito pelo tempo que a lei determinar

(...)

⁵⁵Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

4) Por motivo de convicções filosóficas, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra b.

5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.

(...)

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

(...)

11) A todos é lícito se reunirem sem armas, não podendo intervir a autoridade senão para assegurar ou restabelecer a ordem pública. Com este fim, poderá designar o local onde a reunião se deva realizar, contanto que isso não o impossibilite ou frustre.

12) É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária.

(...)

Constituição de 1937. Em seu art. 122, ao qual foi atribuído a inauguração da seção “Dos direitos e das garantias individuais” da respectiva Carta, menos liberdades constitucionais estavam previstas, sendo estas a liberdade religiosa (Art. 122, 4º), de associação e reunião (Art. 122, 10º e 11º), sendo que estas duas últimas liberdades comunicativas foram suspensas pelo Decreto nº 10.358/1942. Além de menos disposições atinentes às liberdades comunicativas como garantias, a Constituição de 1937, apelidada de “Constituição Polaca”⁵⁶, trouxe variadas restrições quanto a seus exercícios, como uma constituição típica de um regime autoritário. A título de exemplo, o próprio artigo 122, donde estavam sendo tratados os direitos fundamentais, permitia a censura estatal prévia da “imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação”.

Consoante ao art. 175, 2, d da Constituição de 1934, a nova constituição permitia a suspensão das garantias concernentes à liberdade dos cidadãos brasileiros⁵⁷ e também dos estrangeiros⁵⁸ quando estiver sido instaurado o estado de emergência. Contudo, o que era para ser um momento excepcional do Estado brasileiro, acabou por virar a regra durante praticamente toda a vigência desta constituição: em seu art. 186 estava prevista a decretação do estado de emergência no território de todo o país e, em seu artigo seguinte, determinava-se que esta Constituição já entraria em vigor na sua data, permanecendo o país em estado de emergência até a sua revogação por meio da Lei Constitucional nº16, de 1945.

Ainda sobre a Carta Constitucional de 1937, há na doutrina algumas assumpções que relativizam seu caráter constitucional, considerando-a meramente um simulacro de constituição. As principais razões que lastreiam esta visão residem no fato de seu derradeiro artigo prever que a

⁵⁶ Em razão da influência da Constituição da Polônia de 1935, de cunho fascista.

⁵⁷ Art 168 - Durante o estado de emergência as medidas que o Presidente da República é autorizado a tomar serão limitadas às seguintes:

(...)

c) suspensão da liberdade de reunião;

(...)

⁵⁸ Art 166 - Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas, ou existência de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçada, o estado de emergência.

(...)

§ 2º - Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no País

Constituição seria submetida a plebiscito⁵⁹ a ser regulado pelo Presidente da República e também o fato de suas disposições acerca de algumas características de organização do Estado, tais como o federalismo praticamente inexistente em detrimento do centralismo na figura do Poder Executivo Federal, não corresponderem à prática.

No ano seguinte à revogação do estado de emergência imposto pela Constituição de 1937 foi promulgada a quinta constituição brasileira. A Constituição de 1946, ao menos no âmbito das liberdades comunicativas, recuperou as disposições expressas das diversas liberdades desta espécie que haviam sido previstas na Constituição de 1934, antes de serem suprimidas pela Constituição seguinte. Não obstante ao retorno desses direitos, também retornou a possibilidade de decretação de proibição da liberdade de reunião quando houver sido decretado o Estado de Sítio.

Conforme Francisco Prates destaca (2015, p. 270-271), durante a vigência da Constituição de 1946 o STF decidiu dois casos ditos paradigmáticos para o entendimento constitucional acerca da liberdade de expressão. O primeiro destes casos foi a Apelação Criminal 1.456/DF (1951), na qual um indivíduo havia sido condenado pelas instâncias inferiores da Justiça Brasileira por ter distribuído folhetos propagandistas de Joseph Stalin e de cunho comunista. Já o segundo destes casos foi o Habeas Corpus 40.910/PE (1964), lastreado em um cerceamento da liberdade acadêmica (ou de cátedra) de um professor universitário pernambucano que utilizou um pedaço de sua aula para tecer críticas negativas ao recém instaurado Regime Militar.

No primeiro caso citado, o STF entendeu por manter a condenação do ativista político, sendo de Nelson Hungria o único voto vencido na decisão. O argumento principal para a manutenção da condenação foi exposto pelo relator Hahnemann Rodrigues, que entendeu como indissociável a propaganda comunista de atos de violência. Já o voto vencido do Ministro Nelson Hungria, muito inspirado por sua especialização direcionada ao Direito Penal, atrelou-se a questão do princípio da legalidade na esfera penal, na medida em que não haveria crime algum no ordenamento jurídico brasileiro da época relacionado à propaganda de credos políticos e também não se verificaria atos de violência na mera divulgação de ideais.

⁵⁹ Neste caso, entende-se que seria um plebiscito em sentido amplo, uma “consulta ao povo”. Tendo em vista seu caráter posterior à elaboração da Constituição, seu caráter seria de referendo.

Inevitável a comparação desta decisão do STF com a da Suprema Corte norte-americana no caso *Schenck vs. United States* (1919)⁶⁰. Neste último caso, a corte constitucional daquele país entendeu que distribuir folhetos antiguerra enquanto o país estivesse em guerra (então a Primeira Guerra Mundial) seria um ato equiparável a gritar “fogo!” em um teatro lotado, nas palavras do *Chief Justice* Oliver Wendell Holmes, e por isso seria um ato inerentemente perigoso. Nesse sentido, ao pressupor a existência de incitação à violência em um ato que não fazia qualquer menção à sua prática, restringindo-se apenas à propaganda ideológica, o Supremo Tribunal Federal seguiu os passos da Suprema Corte e, porque não dizer, silenciou uma posição política minoritária apenas por ser contrária ao status quo.

Já no segundo dos casos, o Habeas Corpus 40.910/PE (1964), o Supremo Tribunal Federal decidiu de modo diverso da decisão acima citada. O contexto político-social brasileiro àquela época estava repleto de tensões políticas com a tomada de poder dos militares e os primeiros passos autoritários que a recém-instaurada ditadura já dava, resultando no cerceamento da liberdade de expressão de um professor universitário por se opor em aula ao novo governo do país. Diferentemente da decisão da Apelação Criminal 1.456/DF (1951), a corte constitucional não entendeu o posicionamento político do professor contra o “novo” status quo como intrinsecamente conclamador da violência, pautando-se, destacadamente, na expressa disposição permissiva da liberdade de cátedra existente na Constituição de 1946⁶¹.

As Constituições brasileiras seguintes foram elaboradas no período da ditadura militar brasileira, em 1967 e em 1969. Para a corrente majoritária⁶², a Emenda Constitucional nº 1/1969, outorgada pelos militares no poder, trouxe tantas mudanças no texto da Constituição de 1967 que pode ser considerada uma nova constituição. Apesar de ter sido outorgada por um governo ditatorial, o texto da Constituição de 1967 era consideravelmente garantista quanto às liberdades comunicativas, mantendo as previsões das Constituições de 1934 e 1946, incluindo até mesmo a possibilidade de suspensão do direito à liberdade de associação e à liberdade de reunião (Art. 152, § 2º, d) quando o Estado de Sítio estiver decretado, porém acrescentando a esse rol a censura da correspondência, imprensa, telecomunicações e diversões públicas (Art. 152, § 2º, e). Isto se deve ao fato de o regime ditatorial militar ser afeito a uma espécie de

⁶⁰ A ver: Capítulo 1.2

⁶¹ Art 168 - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:

(...)

VII - é garantida a liberdade de cátedra.

⁶² FERNANDES, 2020, p. 315.

formalidade, de uma legalidade “no papel”, a fim de legitimar o golpe de estado que havia dado em 1964 (GOMES; MATOS, 2017, p. 1774).

Não obstante a manutenção textual dos direitos às liberdades no texto constitucional, o período militar foi palco de diversos atos institucionais e demais instrumentos legais para, sob uma aparência de suposta legalidade, cassar direitos políticos, inflar o Poder Executivo e “proteger” o regime a qualquer custo, além das incontáveis torturas a opositores, obviamente, ao arrepio da lei. Em outras palavras, as previsões teoricamente garantistas da Constituição então vigente ficavam apenas no âmbito teórico, não tendo eficácia prática, tendo em vista a ocorrência de censura e diversas outras afrontas à liberdade de expressão.

Alguns anos após o final da Ditadura Militar brasileira, foi promulgada a Constituição de 1988, comumente chamada de “Constituição Cidadã”, assim adjetivada muito em virtude de uma espécie de sentimento social de superação do período ditatorial anterior. Nessa constituição, as espécies de liberdades comunicativas estão analiticamente expressas ao longo de todo o texto constitucional, bem como algumas limitações a elas passíveis de serem impostas, mas que têm como base, ao contrário do autoritarismo, a melhor consecução dos valores democráticos.

Em observância de como o ordenamento constitucional concebe o direito à liberdade de expressão atualmente, inegável observar a sua construção ao longo das constituições brasileiras: as disposições expressas de direitos a liberdades comunicativas foram se ampliando conforme a evolução constitucional das constituições de cunho democrático, apesar de também sempre haver disposições expressas quanto às possibilidades de se ocorrer a limitação destas, porém sempre em conformidade com um ideal democrático. Contudo, no que diz respeito às constituições autoritárias do Período Vargas e da Ditadura Militar, verificou-se uma vasta gama de possibilidades de suspensão das liberdades comunicativas e demais direitos e garantias individuais.

Diante de todo o exposto, percebe-se que, ao menos no âmbito normativo da Constituição e da legislação infraconstitucional, a concepção de liberdade de expressão presente no direito brasileiro se aproxima muito mais do modelo do direito internacional dos direitos humanos do que do modelo norte-americano. Não obstante essa aproximação, para não dizer inspiração, constitucional e infraconstitucional, que à primeira vista nos parece evidente, deve-se observar também a forma com que o Poder Judiciário lida com este direito fundamental, observando, em especial, a corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal. Para

tanto, assim como foi feito no capítulo anterior no qual foram analisados casos paradigmáticos que tratavam de liberdade de expressão e que foram julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos e pelas cortes regionais de proteção aos direitos humanos (Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Corte Interamericana), também serão analisadas e debatidas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca deste direito e que são consideradas pela doutrina constitucional do país como *leading cases* nacionais sobre o tema⁶³.

2.2 HC 83.996/RJ: a possibilidade de regulação estatal do conteúdo com base no modo, tempo e lugar

O primeiro caso a ser discutido será o HC 83.996/RJ, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2004, cujo relatores foram o Ministro Carlos Velloso (inicialmente) e o Ministro Gilmar Mendes (posteriormente). Resumidamente, tratou-se de habeas corpus impetrado pelo diretor de peças teatrais Gerald Thomas contra acusação penal a ele feita por conduta tipificada no art. 233⁶⁴ do Código Penal (ato obsceno) ao simular um ato de masturbação e exibir suas partes íntimas à plateia de uma peça teatral, de sua própria autoria, após essa demonstrar desaprovação à sua arte por meio de atos como vaias e ofensas.

A relevância deste caso se encontra na discussão sobre a possibilidade de restrição do conteúdo do ato expressivo com base no modo, tempo e lugar. O voto do posterior relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, foi no sentido de que, por mais que a conduta do impetrante seja realmente típica, dever-se-ia observar o contexto no qual a expressão foi proferida: uma peça teatral adulta (ressalta-se a existência de nudez no conteúdo da própria peça), às duas horas da manhã. Dessa feita, não poderia se inferir que o pudor do público estivesse sido atacado, dado que, ainda que não fizesse parte da peça em si, era condizente com o teor artístico desta, com o qual o público anuiu. Não havendo ato atentatório ao pudor do público, não pode se dizer que o bem jurídico da dignidade sexual foi lesado ou ameaçado e, portanto, não foi uma conduta dotada de culpabilidade a ponto de ensejar condenação.

Primeiramente, a decisão do STF está plenamente em concordância com o ordenamento jurídico brasileiro. Por uma ótica constitucional, a liberdade de expressão é um direito fundamental constitucionalmente resguardado e garantido em diversos dispositivos do texto da

⁶³ Decisões do STF com foco na questão do discurso de ódio serão analisadas somente no capítulo seguinte.

⁶⁴ Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

CR/88. Todavia, conforme a maioria da doutrina pátria afirma, os direitos fundamentais têm como característica a relatividade, podendo ser restringidos, conforme a teoria externa (limites ao direito fundamental são externos a este mesmo direito) e a teoria dos limites dos limites (devem ser respeitados certos limites ao se limitar/restringir direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, previsão expressa, generalidade, abstração e proporcionalidade). Nesse sentido, é constitucional a restrição da liberdade de expressão em detrimento da dignidade sexual, bem jurídico tutelado pela criminalização de atos obscenos. Porém, na observância do caso concreto do HC 83.996/RJ não houve lesão ou ameaça ao bem jurídico protegido. Sendo assim, se nesse caso houvesse limitação da liberdade de expressão, esta limitação seria pura e simplesmente uma restrição vazia de significado, não servindo então para o exercício e/ou proteção de nenhum outro direito fundamental.

Diante disto, observa-se também que há a permissão constitucional para regular o conteúdo da liberdade de expressão conforme o modo, tempo e lugar em que ela é proferida e alcança o mundo material. Se caso a expressão do impetrante fosse proferida, hipoteticamente, em um ambiente escolar repleto de crianças durante um dia letivo, por exemplo, a dignidade sexual dos presentes teria sido lesada de modo a ensejar a tutela penal, favorecendo a proteção deste bem jurídico em detrimento da liberdade de expressão do sujeito ativo do delito. Complementando o assunto, ainda há a previsão constitucional de competência da União para regular a classificação indicativa de diversões públicas⁶⁵

No âmbito do direito comparado, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso *Roth v. United States* (1957)⁶⁶, no qual foi estabelecido um parâmetro objetivo para a averiguação se uma expressão, material ou ato seria ou não obscena. Este parâmetro corresponde a um teste baseado em três critérios: a) se o ponto central do objeto analisado tem apelo sexual; b) se o material é ofensivo ao homem médio; c) se o material não contiver nenhum valor social. Apesar de toda a construção extremamente protetiva à liberdade de expressão que a Suprema Corte dos EUA faz, a vedação à expressão dita obscena é mais uma possibilidade, das poucas, de restrição a este direito permitida pelo direito norte-americano.

No que tange à regulação da liberdade de expressão conforme o modo, o lugar e o tempo em que ela é feita, também se nota permissibilidade no direito norte-americano, como, por

⁶⁵ Art. 21. Compete à União:

(...)

XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;

(...)

⁶⁶ 354 U.S. 476 (1957).

exemplo, classificação etária e determinados conteúdos só poderem ser exibidos na televisão após determinado horário. Até mesmo autores como C. Edwin Baker, proponente de uma teoria extremamente abrangente e protetiva da liberdade de expressão, admitem a possibilidade de uma leitura da Primeira Emenda Constitucional neste sentido (BAKER, 1989, p. 125):

A constitucionalidade de se regular o tempo, o lugar e o modo de plateias e regular os componentes físicos da conduta expressiva depende da “razoabilidade” de uma restrição em particular. Esta conclusão, com a evidente aceitação do balanceamento da liberdade de expressão contra outros interesses, é possivelmente o princípio mais universalmente aceito da doutrina da Primeira Emenda⁶⁷.

Utilizando-se como base o modelo do direito internacional dos direitos humanos, a conclusão que se chegará será a mesma. O conteúdo da liberdade de expressão pode vir a ser restringido quando se tratar da garantia dos princípios democráticos, mas também, devido à sua relatividade neste sistema, vir a ser restringida diante de um caso concreto para que seja salvaguardado outro direito nesta situação específica. Não obstante, consectário lógico deste desenvolvimento é também ser permitida a restrição do conteúdo com base no modo, tempo e lugar da expressão.

Sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal neste caso e também sobre o questionamento se a corte constitucional brasileira segue algum dos modelos conceituais de liberdade de expressão, pode-se concluir que ela está em consonância com ambos os modelos apresentados. Não importa qual o referencial adotado, tanto o modelo norte-americano, quanto o modelo do direito internacional dos direitos humanos, admitem, sob condições específicas, a restrição do conteúdo da liberdade de expressão com base no seu modo, tempo e lugar. Para isto ocorrer, entretanto, há todo um ônus argumentativo atribuído ao Estado para que justifique a restrição.

2.3 ADPF 130: A construção do conceito constitucional de liberdade de imprensa

Durante o período militar, foi editada a chamada “Lei de Imprensa” (Lei 5.250/1967), lei que regulava a atividade de imprensa em âmbito nacional. No ano de 2009, por meio da ADPF 130, sob relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, tal diploma legal foi julgado como

⁶⁷ No original: “*The constitutionality of regulating the time, place, and manner of assemblies and regulating the physical components of expressive conduct depends on the “reasonableness” of a particular restriction. This conclusion, with its overt acceptance of balancing expressive freedom against other interests, is possibly the most universally accepted tenet of first amendment doctrine.*”.

não recepcionado pela nova ordem constitucional. Não obstante a decisão acerca da não recepção desta lei, pode-se dizer que, concomitantemente, o Supremo Tribunal Federal teceu consideráveis avanços no que tange à conceituação e aos limites da liberdade de imprensa.

Em uma observação inicial, cumpre ressaltar que será adotada uma concepção diferenciadora entre liberdade de expressão (ou liberdade de expressão *stricto sensu*, conforme Canotilho define⁶⁸) e liberdade de imprensa. Apesar de ambas estarem dentro do bojo das “liberdades comunicativas”, ou “liberdade de expressão *latu sensu*” (nomenclatura também proposta por Canotilho), estas duas liberdades se contrapõem em diversos pontos, pontos estes suficientes para, apesar das várias semelhanças, configurarem dois direitos fundamentais distintos ou, como Ronald Dworkin afirma, dois diferentes “direitos a liberdades”.

A liberdade de expressão, conforme já conceituado por Paulo Gustavo Branco e Gilmar Mendes, envolve a tutela da expressão ou manifestação de qualquer ideia, envolvendo ou não o interesse público. Enquanto isso, a liberdade de imprensa (Art. 220, § 1º)⁶⁹ teria um caráter um pouco mais restrito e também instrumental, posta a necessidade de estar em conformidade, nem que minimamente, com o interesse público. Porém, como Judith Lichtenberg ressalta, parte dos estudiosos ainda tendem a confundir ambas estas liberdades (1990, p. 102):

Toqueville e Liebling, no entanto, consideram liberdade de imprensa em sociedades democráticas como se fosse um dogma que praticamente não pode ser desafiado – essencial para a autonomia e auto-expressão e um elemento indispensável para a democracia e para que se alcance a verdade. Tanto os eloquentes teóricos quanto os seus defensores contemporâneos defendem que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa estão na mesma categoria, implicando que elas são inseparáveis, provavelmente equivalentes e igualmente fundamentais⁷⁰.

A origem da liberdade de imprensa remonta aos idos do Século XVII, quando John Milton, na já citada obra “Areopagítica”⁷¹, quando este autor defendia a existência de uma liberdade de se imprimir quaisquer conteúdos, sem a necessidade de uma autorização prévia da Igreja ou do Estado. Todavia, o direito natural defendido por Milton se restringia apenas à

⁶⁸ CANOTILHO et al, 2017, p. 29.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ No original: “*Tocqueville and Liebling notwithstanding, consider freedom of the press in democratic societies is a nearly unchallengeable dogma - essential, it is thought, to individual autonomy and self-expression, and an indispensable element in democracy and the attainment of truth. Both its eloquent theoreticians and its contemporary popular advocates defend freedom of speech and freedom of the press in the same stroke, with the implication that they are inseparable, probably equivalent, and equally fundamental*”.

⁷¹ A ver: capítulo 1.1

impressão, não abrangendo a publicação. Não obstante, o autor também pugnava a possibilidade de se destruir após a impressão obras consideradas “maliciosas” ou “ofensivas”. Sendo assim, percebe-se que a ideia de Milton não corresponderia exatamente ao que se entende hoje por “liberdade de imprensa” (*freedom of press*), mas sim a uma “liberdade de prensa” (*freedom of printing*). Conquanto existente esta diferença conceitual, inegável que os escritos de Milton tiveram influência para se formar a base do que entendemos hoje por “liberdade de imprensa”.

No sentido do aqui exposto até então, com o intuito de se diferenciar a liberdade de imprensa da liberdade de expressão, o professor Venício Lima destaca uma discrepância quanto ao momento de “nascimento” dessas duas liberdades como direitos subjetivos (LIMA, 2010, p. 27):

Existe uma preliminar básica que diferencia as liberdades de expressão e de imprensa que, todavia, muitas vezes não é lembrada. Enquanto a primeira nasce com o indivíduo, a segunda, para existir, implica não só a disponibilidade de material impresso – tecnologia/máquina e ‘papel’ – mas, também, a capacidade dos indivíduos de lerem, vale dizer, implica a existência de um público leitor.

A despeito de tal definição ser deficitária tecnologicamente, visto que atualmente muitos dos veículos de mídia e comunicação não se utilizam mais de papel impresso ou priorizam a publicação digital, pode-se retirar dela uma importante noção para a liberdade de imprensa: a necessidade intrínseca de um meio para que esta liberdade comunicativa seja efetivamente exercida. Além disso, também se verifica a necessidade de existência de um público ao qual a liberdade de imprensa é direcionada, contrariamente à liberdade de expressão, que não necessita de meio ou de público, bastando-se em si mesma, posto o aspecto de sua natureza concernente a ser uma forma de exercício da autonomia.

Ainda no que tange às diferenças entre estas duas liberdades comunicativas, há a relevante discussão doutrinária acerca de quem seriam os sujeitos de direito da liberdade de imprensa. Substancial parcela dos estudiosos do Direito entende que estes seriam diferentes dos da liberdade de expressão. Nesse sentido, apesar de todos os indivíduos poderem exercer constitucionalmente sua liberdade de expressão, não obstante eventuais limitações e restrições, a determinação de quem seria sujeito da liberdade de imprensa é considerada mais complexa.

Pode-se considerar que a sociedade, entendida como um todo, é um sujeito mediato da liberdade de imprensa, posto seu caráter instrumental de atender o interesse público e servir como instrumento de garantia da democracia. Os indivíduos, sejam pessoas físicas ou jurídicas,

também seriam sujeitos da liberdade de imprensa, mas por um aspecto imediato e subjetivo, visto que tal direito também é considerado uma condição para que se exerça a liberdade individual.

Em contrapartida, há uma corrente minoritária formada por autores como o professor comunicólogo Kaarle Nordenstreng (2007, p. 15), que não concebem a sociedade generalizada como sendo o sujeito da liberdade de imprensa, mas sim os próprios indivíduos pessoas físicas, não podendo, para este autor, pessoas jurídicas exercerem este direito.

A despeito deste entendimento considerado minoritário, decidiu o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 (ADPF 130) em sentido contrário. No exercício de jurisdição constitucional, definiu-se a possibilidade de uma pessoa jurídica poder vir a ser sujeito do direito fundamental à liberdade de imprensa, em consonância com o entendimento geral do Tribunal acerca da matéria, levando-se em consideração que diversos outros direitos fundamentais já foram atribuídos a pessoas jurídicas. As pessoas jurídicas, modernamente, são igualmente consideradas como sendo destinatárias de alguns direitos fundamentais. O STF reconhece, por exemplo, o direito à indenização por danos morais, o direito à imagem, o direito de propriedade. Assim sendo, não haveria impedimento para exercício de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas.

Na direção da decisão do STF, Paulo Gustavo Branco e Gilmar Mendes escrevem que empresas jornalísticas podem exercer seu direito à liberdade de imprensa, por exemplo, de modo a manter uma linha editorial própria (BRANCO; MENDES, 2010, p. 453). Também nessa linha, Judith Lichtenberg afirma que há um direito individual e subjetivo de se “tentar a publicação”, mas não um direito absoluto à publicação que possa suprimir o direito à linha editorial de algum veículo comunicacional (LICHTENBERG, 1990, p. 119):

O caso da publicação, central para a nossa discussão sobre liberdade de imprensa, apresenta outras complicações. O que é óbvio é que ninguém tem um direito de publicação no sentido de um direito de publicar onde quiser. Eu posso enviar meus escritos para vários livros ou jornais, o que quer dizer que eu tenho um direito de tentar a publicação, mas eu conseguir publicar depende das escolhas que eles [livros e jornais] têm direito de fazer⁷²

⁷² No original: “The case of publishing, central to our discussion of freedom of the press, raises further complications. What is obvious is that no one has a right to publish, if that means a right to succeed in publishing where one chooses. I may send off my writings to any number of book or journal publishers – that is to say, I have the right to try to publish - but whether I succeed typically depends on choices that they are entitled to make”.

Ademais, Lichtenberg também traz a metáfora de um leitor que quer ler seu livro favorito, mas este somente existe dentro da biblioteca de um terceiro, sendo, portanto, inacessível sem a autorização deste último indivíduo, não podendo o leitor invadir a biblioteca privada de um terceiro para ler o livro sob a alegação de estar exercendo seu direito fundamental à leitura. Caberia ao Estado, portanto, incentivar locais que facilitem o acesso do indivíduo a este livro, tais como bibliotecas públicas (LICHTENBERG, 1990, p. 112-113).

Por meio desta metáfora de Judith Lichtenberg, destaca-se que a liberdade de imprensa traduz ao indivíduo um direito subjetivo de se tentar a publicação, traduzindo também à pessoa jurídica o direito subjetivo de manter uma linha editorial que poderia recusar publicações. Entretanto, devido a intrínseca relação entre a liberdade de imprensa e o interesse público, também se pode dizer que a sociedade, coletivamente, é sujeito da liberdade de imprensa, devendo o Estado promover e incentivar sempre novas possibilidades e veículos comunicacionais para que diferentes ideias, muitas vezes minoritárias, possam ter sua vez no debate público.

Além dos avanços conceituais no que diz respeito à definição dos sujeitos da liberdade de imprensa, o STF também erigiu considerações de extrema relevância no que toca à participação estatal na garantia de tal direito. Ao mesmo tempo em que o Estado pode violar tal liberdade comunicativa, ele também pode garanti-la. Consequentemente, percebe-se a não adoção da concepção clássica liberal que considera o Estado como único potencial violador das liberdades individuais, visto que o STF considera como compatível com a ordem constitucional brasileira a possibilidade de particulares virem a lesar este direito (CATTONI DE OLIVEIRA; PRATES; REPOLÊS, 2018, p. 71):

Em certo sentido, lendo de modo conjunto os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, encontramos passagens que argumentam nessa linha mais crítica, quando, por exemplo, afirma-se que o que há é uma “reserva legal qualificada”, pois o constituinte não pretendeu erigir um direito absoluto, imunizado contra todo tipo de intervenção, podendo existir regulações sobre a referida matéria. Os referidos ministros também destacaram o fato de que possíveis ofensas aos direitos fundamentais, não se originam somente do Estado. Poderes privados são capazes de cometer tais abusos. E por isso salientaram que o Estado pode não ser apenas uma ameaça às liberdades comunicativas, indagando sobre a configuração democrática da liberdade de imprensa, sobretudo diante da pluralidade de atores sociais que se movem por cenários marcados por profundas distorções em termos de poder de influência nos centros decisórios.

Outro ponto importante levantado pela ADPF 130 foi a possibilidade de indenizações exageradamente vultuosas ou desproporcionadas também poderem configurar uma forma de violação à liberdade de imprensa, conforme se vê em trecho da decisão (*in verbis*):

Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade.

Observando-se a íntima correlação entre liberdade de imprensa e o pluralismo democrático, uma responsabilização excessiva e desproporcional que recaísse sobre o profissional poderia “sufocar” o exercício deste direito e, conseqüentemente, prejudicar a experiência democrática. Conseqüentemente, deve então o Estado atuar positivamente na direção de também promover o pluralismo democrático, pluralismo este que é aberto e volátil, estando sempre em constante mudança (CATTONI DE OLIVEIRA; PRATES; REPOLÊS, 2018, p. 92):

Em suma, assumimos que qualquer liberdade fundamental é carregada de historicidade, em que o texto constitucional é tomado como intrinsecamente aberto, sempre em disputa marcado por exigências de um pluralismo cada vez mais complexo, fazendo com que o Estado, agora traduzido a partir de uma Teoria da Constituição altamente problematizante, não possa mais ser restringido ao papel de protetor de uma esfera privada que se autorregularia, pois, do contrário, correremos o risco de continuarmos “garantindo a liberdade de imprensa somente para aqueles que já a possuem.

Conforme relatório elaborado pela organização não-governamental Artigo 19 (Article 19), que tem como objetivo organizacional proteger a liberdade de imprensa e garantir o acesso à informação, um dos mais preocupantes problemas em relação à liberdade de imprensa no Brasil era “uso abusivo de indenizações por dano moral contra jornalistas e veículos de comunicação social com base em alegadas práticas difamatórias, inclusive com a utilização de decisões liminares que podem caracterizar censura prévia” (ARTICLE 19, 2007). Contudo, a despeito deste problema de suma relevância, não se pode olvidar de se dizer que, ainda assim, a liberdade de imprensa é concebida pela ordem constitucional brasileira como um direito relativo, podendo ensejar responsabilização em caso de comprovado abuso.

Agora em uma perspectiva constitucional comparativa, conforme já demonstrado, os Estados Unidos, movidos por uma concepção eminentemente liberal clássica, tendem a adotar uma postura que pouco restringe a liberdade de expressão. Porém, no que diz respeito à liberdade de imprensa, a visão central deste direito é a de que ele seria uma condição necessária para que a liberdade individual de expressão fosse exercida, como se pode verificar na Declaração de Virgínia: “As pessoas não deverão ser privadas ou abreviadas de seu direito de falar, ou escrever, ou de publicar seus sentimentos; e a liberdade de imprensa, sendo um dos grandes pilares da liberdade, deverá ser inviolável”. Na classificação de Ronald Dworkin, ao contrário da justificação moral da liberdade de expressão, a liberdade de imprensa se encontra justificada instrumentalmente. Um grande exemplo dessa dualidade justificativa entre tais liberdades comunicativas é a divisão que C. Edwin Baker (1998) faz em sua teoria: enquanto propõe e defende uma liberdade de expressão praticamente irrestrita, justificada principalmente por meio de uma autonomia formal, também defende a regulação estatal da liberdade de imprensa a fim de combater monopólios midiáticos. Ainda, para este autor, conceber a liberdade de imprensa apenas como uma liberdade negativa é insuficiente para a real garantia deste direito (BAKER, 1989, p. 15):

Este é o motivo pelo qual um entendimento puramente negativo do direito à liberdade de mídia⁷³, focando apenas nas ameaças emanadas do Estado, não é suficiente para assegurar o serviço de mídia necessário à uma sociedade livre e democrática. Liberdade de mídia é uma liberdade compreensiva que as protege [sociedades livres e democráticas] de qualquer instrumentalização de interesses externos, sejam eles políticos ou comerciais. Diferentemente da liberdade de expressão, a liberdade de mídia é mais do que apenas um direito individual. Ela diz respeito à uma função social de interesse vital para a autodeterminação e o autogoverno coletivos, mas esta função apenas pode ser adequadamente exercida se ela praticada livremente⁷⁴.

A jurisprudência da Suprema Corte deste país também é consideravelmente vasta. Serão trabalhados aqui dois grandes eixos jurisprudenciais, quais sejam: a) possibilidade de indenização decorrente do exercício da liberdade de imprensa; b) a ideia de “ação estatal” (*state action*).

⁷³ A expressão “liberdade de mídia” (“*freedom of the media*”) é um sinônimo de liberdade de imprensa utilizado por C. Edwin Baker.

⁷⁴ No original: “*This is why a purely negative understanding of the right to free media, focusing only on the menaces emanating from the state, is not sufficient to secure the service the media owe to a free and democratic society. Freedom of the media is a comprehensive freedom that protects them against any instrumentalization for external purposes, be they political or commercial. Unlike freedom of speech, freedom of the media is more than an individual right. It refers to a social function of vital interest for individual self-determination and collective self-government. But this function can only be fulfilled adequately if it is rendered freely*”.

Sobre o primeiro destes eixos, o *leading case* norte-americano que até a atualidade prevalece na doutrina e na jurisprudência do país é o já citado *New York Times Co. v. Sullivan (1964)*⁷⁵. Em suma, a importância deste caso se deu por causa do desenvolvimento da doutrina da *actual malice* e da corroboração do interesse público como cerne do direito à liberdade de imprensa. Dessa feita, no que tange à atuação de agentes estatais e demais figuras sobre as quais recaem certo interesse público, caso a liberdade de imprensa não fosse exercida de forma mal intencionada ou negligente, não há o que se falar em abuso deste direito.

Em certo sentido, a decisão do STF acerca da ADPF 130 está em consonância com o caso Sullivan da Suprema Corte Norte-Americana. Ambas as decisões, cada uma à sua maneira, tratam da questão de que indenizações desproporcionadas poderiam comprometer a liberdade de imprensa, o que afetaria o interesse público e a própria democracia. Nessa linha, porém, cabe ressaltar que a decisão da Suprema Corte não tratou expressamente da lesão à própria democracia, mas sim do prejuízo que seria causado ao interesse público e, concomitantemente, à toda a sociedade.

O segundo eixo da jurisprudência constitucional norte-americana sobre o assunto a ser aqui analisado é a ideia de ação estatal (*state action*), que também pode ser ligada a questões concernentes à propriedade dos meios de comunicação no que tange a liberdade de imprensa. A primeira decisão deste eixo jurisprudencial a ser analisada será a de *Marsh v. Alabama (1946)*⁷⁶, na qual ocorreu a relativização da doutrina da *state action*, tão cara ao liberalismo norte-americano, para entender que um particular estaria violando a liberdade de expressão (e de imprensa) de um outro particular.

Na década seguinte, a Suprema Corte norte-americana veio novamente a tratar da tensão entre ações estatais e direito de propriedade, mas agora entendendo em sentido oposto ao que anteriormente havia decidido em *Marsh v. Alabama (1946)*. Nesta decisão, o particular possuía ruas de sua propriedade, não podendo impedir a expressão de quem por ela passava, sendo, para tanto, equiparado ao Estado por meio da *state action doctrine*. Entretanto, no caso *NLRB v. Babcock & Wilcox (1956)*⁷⁷, trabalhadores foram tolhidos de seu direito ao exercício da liberdade de imprensa ao serem impedidos de distribuírem folhetos de cunho sindical dentro do estabelecimento empresarial onde trabalhavam. A Suprema Corte não superou o entendimento do caso Marsh, mas realizou o procedimento de *distinguishing* ao dizer que os casos tratavam

⁷⁵ A ver: capítulo 1.2

⁷⁶ A ver: capítulo 1.2

⁷⁷ 351 U.S. 105 (1956).

de situações diferentes, na medida em que os trabalhadores poderiam entregar os folhetos fora das dependências da empresa e, por isso, esta estaria legitimada a proibir a manifestação dentro de seu estabelecimento.

Por fim, passados alguns anos, a Suprema Corte voltou a equiparar lugares particulares a lugares públicos quando do julgamento de *Amalgamated Food Employees v. Logan Valley Plaza (1968)*⁷⁸, relativizando a *state action* contra um *shopping center* que, por meio de uma argumentação baseada no direito de propriedade, impediu protestos de trabalhadores dentro de suas dependências. Nesse sentido, a Suprema Corte entendeu o direito de propriedade não prevaleceria neste embate, equiparando novamente o lócus de um estabelecimento privado ao lócus público, assim como em *Marsh v. Alabama (1946)*.

Sobre este segundo eixo, há um ponto central que deve ser discutido, qual seja este, a própria ideia de ação estatal (*state action*). Muito cara ao direito norte-americano, ela normalmente é invocada em questões constitucionais atinentes à liberdade de expressão *lato sensu* em um sentido que ainda mantém o Estado como único potencial violador das liberdades individuais, apesar de que, eventualmente, um particular também poder ser este violador, desde que pratique “ações estatais”. Esta é uma figura inexistente no direito brasileiro. A própria ADPF 130 prevê expressamente a possibilidade de um particular vir a lesar à liberdade de imprensa, não precisando se recorrer à *state action doctrine*.

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos não há nenhuma grande decisão que conceitue o direito à liberdade de imprensa. Todavia, a existência de diversos diplomas internacionais versando sobre liberdade de expressão e também sobre a própria liberdade de imprensa já permitem compreender a linha adotada por este modelo no que diz respeito a esta última liberdade comunicativa. Casos como *Féret v. Bélgica (2009)* e *Vejdland v. Suécia (2012)*⁷⁹ envolveram a distribuição de panfletos contendo discurso de ódio, uma evidente colisão entre a liberdade de imprensa e de expressão contra a proteção de minorias consideradas vulneráveis, sendo tais casos decididos de modo a não conceber a existência do discurso de ódio dentro de uma ordem democrática, devendo o Estado atuar de modo a impedir e coibir este tipo de manifestação. Considera-se, portanto, que se utilizar da liberdade de imprensa para promover discurso de ódio é um exercício ilegítimo desta liberdade comunicativa. Reafirmando o pluralismo democrático, fundamento e objetivo da União

⁷⁸ 391 U.S. 308 (1968).

⁷⁹ Para ambos os casos: ver capítulo 1.3

Europeia, há disposição no art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁸⁰ que ressalta a relatividade das liberdades comunicativas, implicando em deveres e devendo seu exercício ocorrer sempre com responsabilidade.

Além disso, há dois julgamentos⁸¹ cuja *ratio decidendi* vai ao encontro da ADPF 130 e também do caso *New York Times Co. v. Sullivan (1964)*, no que diz respeito à questão da prevalência do interesse público. Um destes casos é *Mladina D.D. Ljubljana v. Eslovênia (2014)*, quando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu a favor da liberdade de imprensa ao considerar legítima a crítica feita por uma revista eslovena a um determinado político. O outro caso é a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento de *Tristán Donoso v. Panamá (2009)*, na qual foi decidido que a denúncia contrária a um servidor público, quando devidamente apurada, não configuraria crime contra a honra. Ambas as decisões se pautaram, primordialmente, na questão do interesse público.

Cabe-se ainda a citação de um outro relevante pronunciamento sobre liberdade de imprensa que ocorreu quando da Opinião Consultiva 05/1985⁸², por meio da qual a Corte Interamericana entendeu como legítima e necessária a atuação estatal nos meios comunicacionais a fim de garantir e promover a liberdade de imprensa. Neste documento, a Corte entendeu que a regulação estatal não seria um limite à liberdade de imprensa, mas sim uma forma de democratizá-la e, dessa maneira, ampliar as liberdades comunicativas como um todo.

Depreende-se dessa análise constitucional comparativa que há semelhanças entre a forma com que o direito brasileiro concebe a liberdade de imprensa e as formas com as quais o direito norte-americano e o direito internacional dos direitos humanos também a concebem. Todavia, há também divergências, como a responsabilização de particulares no direito norte-americano não ocorrer horizontalmente, mas sim por meio de uma equiparação do particular ao Estado em determinados casos (*state action doctrine*).

Conclui-se, portanto, que o conceito de liberdade de imprensa desenvolvido quando do julgamento da ADPF 130 possui similitudes com ambos os modelos, mas se aproxima mais do

⁸⁰ Art. 10 (...) .2 O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

⁸¹ Para ambos os casos: ver capítulo 1.3

⁸² Ver: capítulo 1.3

modelo do direito internacional dos direitos humanos, principalmente nos aspectos da horizontalidade deste direito fundamental e na possibilidade de regulação estatal de seu exercício.

2.4 ADI 4.451 e ADPF 548: “Período eleitoral não é estado de sítio”

Nesse item, serão trabalhados duas decisões de jurisdição constitucional que, embora distintas e temporalmente distanciadas em nove anos (decisões da ADI 4.451 e ADPF 548 são, respectivamente, dos anos de 2011 e 2020), versão sobre a mesma Lei 9.504/1997. Embora sobre diferentes aspectos, ambas as decisões tocam a temática da liberdade de expressão e sua relevância democrática, em especial quanto ao instrumento da perpetuação da democracia no Brasil, qual seja, o pleito eleitoral.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451 teve como objeto os incisos II e III (somente a parte final deste) do art. 45 da Lei 9.504/1997, dispositivos estes que legislavam no sentido de vedar-se que políticos fossem objeto de trucagem, ridicularização e outras formas de humor durante o período eleitoral. O Supremo Tribunal Federal entendeu que tais dispositivos eram inconstitucionais, em virtude de que, como o próprio relator da ação constitucional, Ministro Carlos Ayres Britto, afirmou em seu voto: “período eleitoral não é Estado de Sítio”.

Esta decisão do STF em controle de constitucionalidade concentrado tratou, primordialmente, da questão do interesse público envolvendo os candidatos à eleição. No voto do relator, estabeleceu-se como legítimas as críticas que jornalistas fizessem a qualquer pessoa, mas, em especial, às direcionadas a autoridades públicas (*in verbis*):

o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado.

Discorrendo brevemente, verifica que esta decisão apenas assentou o que já se vinha sendo desenvolvido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange à liberdade de imprensa e à liberdade de expressão: o alto peso atribuído ao interesse público e aos valores democráticos quando se fosse analisar no caso concreto a incidência do direito relativo à uma liberdade comunicativa. Além disso, verifica-se que a previsão legal objeto da ADI era uma clara forma de censura, visto que vedava ilegitimamente e *prima facie* a liberdade de imprensa.

A crítica às autoridades públicas, seja ela feita com um viés humorístico, tal como os dispositivos julgados inconstitucionais tencionavam repreendem, ou de qualquer outra forma, está diretamente ligada ao interesse público. Isto, todavia, não enseja uma liberdade plena ao se tocar na vida de um candidato, podendo a crítica vier a gerar uma posterior responsabilização se, por exemplo, exceder o âmbito da atuação política e atingir questões cobertas pelos direitos constitucionais à privacidade e à intimidade, bem como trate de questões inverídicas ou realizadas de maneira excessivamente negligente, em consonância com a doutrina da *actual malice*, desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Nesse sentido, evocar-se-á mais uma vez o precedente norte-americano *New York Times Co. v. Sullivan (1964)*, bem como também as decisões de *Tristán Donoso v. Panamá (2009)* e *Mladina D.D. Ljubljana v. Eslovênia (2014)*, para entender que todas estas decisões, somadas à da ADI 4.451, tem *ratio decidendi* semelhante, salvo algumas exceções, já explicitadas ao longo deste trabalho⁸³, o interesse público concernente à uma autoridade pública ou candidato a cargo público deve, observados certos limites, sobrepor-se a questões pessoais desta mesma autoridade, salvo se não estivesse atuando assim revestida.

Além desses casos, na jurisprudência constitucional norte-americana também há a decisão atinente a *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell (1988)*⁸⁴, no qual um político foi satirizado em uma revista norte-americana. A Suprema Corte dos EUA expandiu por meio dessa decisão e baseada em similar *ratio decidendi*, a ideia central de *New York Times Co. v. Sullivan (1964)*, entendendo como objetos de interesse público não somente a atuação de autoridades públicas, mas também figuras públicas de um modo geral, como políticos sem cargo ou celebridades.

Por meio do julgamento da ADI 4.451, o Supremo Tribunal Federal seguiu a linha que já estava adotando nas decisões anteriormente analisadas, sempre admitindo a importância das liberdades comunicativas e da consecução dos interesses públicos, importâncias estas que, entretanto, podem vir a colidir. Complementa-se que a jurisprudência dos modelos norte-americano e do direito internacional dos direitos humanos em muito se assemelha à esta decisão do STF.

⁸³ A ver: Capítulos 1.2, 1.3 e 2.3.

⁸⁴ 485 U.S. 46 (1988).

No que concerne a ADPF 548, os artigos da Lei 9.504/1997 que tiveram sua constitucionalidade arguida pela via constitucional foram os dispositivos de nº 24⁸⁵ e 37⁸⁶, os quais estavam permitindo margem a decisões judiciais e administrativas que impediam manifestações de cunho político em universidades públicas e recolhimento de material de campanha durante o período eleitoral.

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

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

7. Quando alguém acha que pode invadir universidade, instituição plural em seu nome mesmo – universitas – e ainda assim alega estar a interpretar o direito, impõe-se sinal de alerta. Porque a prática é, sob qualquer modo e meio pelo qual se a examine, contrário à dignidade livre da pessoa, à autonomia dos espaços de ensinar e aprender, do espaço social e político (no sentido clássico da polis) e ao princípio democrático, guardador da liberdade de pensar, manifestar-se, expressar-se, opinar e escolher o modelo de vida, de Estado, enfim de sociedade que se pretenda construir com Justiça.

⁸⁵ Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de:

(...)

II - órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público

(...)

⁸⁶ Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados.

(...)

§ 2º Não é permitida a veiculação de material de propaganda eleitoral em bens públicos ou particulares, exceto de:

I - bandeiras ao longo de vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos;

II - adesivo plástico em automóveis, caminhões, bicicletas, motocicletas e janelas residenciais, desde que não exceda a 0,5 m² (meio metro quadrado)

(...)

De resto, a Justiça mesma é um conceito aberto. E na fórmula de Castoriadis, quanto mais em aberto estiver a ideia de Justiça numa sociedade, para que as gerações e grupos que a formam possam reinventá-la, mais democrática será a sociedade”.

A ideia de liberdade acadêmica e a autonomia universitária normalmente se atrelam a questões como a “liberdade vocacional de ensinar, investigar, pesquisar e publicar qualquer assunto como uma questão de interesse profissional, sem qual risco vocacional ou ameaça de outra sanção⁸⁷” (VAN ALSTYNE, 1972, p. 146), porém, não há impeditivos lógicos para não se incluir o debate público no rol de práticas abrangidas pela liberdade acadêmica, tendo em consideração a universidade como ambiente propício ao debate político. Outro ponto que se faz ressaltar, também destacado pela definição conceitual proposta por Van Alstyne, é a de possibilidade de responsabilização, demonstrando-se “inescusável falta de ética profissional” (VAN ALSTYNE, 1972, p. 146) ou outra conduta inadequada a ser verificada perante o caso concreto.

O contexto constitucional brasileiro após a CR/88, no qual se desenvolveu a liberdade de expressão como um direito intrinsecamente conexo à própria ideia de democracia, já permitiria apontar razões favoráveis à inconstitucionalidade das referidas interpretações dos dispositivos legais da Lei 9.504/1997, mas não se deve olvidar da decisão do HC 40.910/PE, decisão do STF proferida em 1964. Ainda que tal decisão tenha ocorrido sob a égide de uma diferente constituição, as *ratio decidendis* do HC supramencionado e da ADPF 548 tiveram pontos em comum: a liberdade acadêmica e a autonomia universitária.

Considera-se que o direito norte-americano comunga desta visão quanto à liberdade acadêmica, a exemplo da citação do relevante precedente da Suprema Corte norte-americana *Sweezy v. New Hampshire* (1957)⁸⁸ pelo Ministro Victor Nunes Leal. Assim como a liberdade de imprensa e contrariamente à forma com que comumente o ordenamento constitucional norte-americano concebe a liberdade de expressão como cláusula geral, a Suprema Corte dos EUA relacionou diretamente à liberdade acadêmica com o ideal democrático do país. Todavia, importante mencionar a decisão proferida pela mesma corte cinco anos antes, no caso *Adler vs. Board of Education of City of New York* (1952)⁸⁹, na qual foi-se decidido como constitucionais regulações civis que impediam membros de organizações consideradas subversivas

⁸⁷ No original: “(...)a set of vocational liberties: to teach, to investigate, to do research, and to publish on any subject as a matter of professional interest, without any vocational jeopardy or threat of other sanctions”.

⁸⁸ 354 U.S. 234 (1957).

⁸⁹ 342 U.S. 485 (1952)

(principalmente o Partido Comunista dos EUA) de ensinarem em escolas públicas. O contexto político desta decisão foi o chamado *Macarthismo*, época de perseguição política aos opositores ideológicos do sistema político norte-americano. Entretanto, não pode se negar que esta decisão foi de certa forma incoerente com a visão principal quanto às liberdades comunicativas que a Suprema Corte almejava ter.

Assim como no que tange ao modelo norte-americano, também se verifica íntimas semelhanças quando se compara a decisão da ADPF 548 com as do modelo do direito internacional dos direitos humanos.

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

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

2.5 ADI 4.815: Liberdade de expressão e direitos de personalidade no caso das biografias não-autorizadas

De todos os casos aqui analisados, o que foi decidido mais proximamente dos dias atuais é a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, julgada em 2015 sob a relatoria da Ministra Carmem Lúcia, cujo objeto de controle foi a (in)constitucionalidade da aplicação dos art. 20 e 21⁹⁰ do atual Código Civil (2002) no tocante às biografias não-autorizadas. A ADI foi julgada

⁹⁰ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma

procedente, realizando-se, neste caso, interpretação conforme a constituição, sem redução de texto, para tornar inexigível autorização para que uma biografia seja publicada ou divulgada. A interpretação conforme a constituição é uma decisão de jurisdição constitucional na qual se declara a constitucionalidade de uma interpretação de uma norma jurídica, tendo efeitos *erga omnes* e vinculantes.

A fundamentação desta interpretação conforme a constituição não implicou na inconstitucionalidade *per se* do dispositivo legal, tampouco em redução do seu texto, mas sim em uma leitura coesa da lei infraconstitucional (Código Civil) com a norma maior, a Constituição. Esta decisão, porém, não significa uma prevalência absoluta do direito à liberdade de expressão ou de imprensa em detrimento dos direitos de personalidade, da mesma maneira com que não seria capaz de dirimir todos os eventuais conflitos entre tais espécies de direito. Adicionalmente, a lei infraconstitucional também pode vir a, em alguns casos, regular direito fundamental, cabendo um ônus argumentativo a esta restrição e também a promoção ou garantia reflexa de um outro direito fundamental (CANOTILHO et al, 2017, p. 19):

Bem vistas as coisas, a lei civil categorizadora, especificadora e definitiva é uma lei restritiva de liberdades comunicativas, quer seja na sua dimensão objetivo-constitucional quer na sua dimensão objetivo-institucional. Mas não é pelo fato de a lei civil considerar, de forma definitiva e abstrata, uma proibição com reserva de autorização, que o direito à biografia é intrinsecamente limitado nos exatos termos em que ela o define. Numa sociedade pluralista os conflitos são reais, as restrições implicam a respectiva justificação, e há que descobrir, nos casos concretos, como proceder ao balanceamento. A Constituição não resolveu, em abstrato, os inúmeros conflitos que podem surgir quando se confrontam as liberdades comunicativas com proteção da vida privada, a honra, a boa fama e a respeitabilidade.

Ainda segundo Canotilho et al (2017, p. 30), restrições a direitos fundamentais devem cumprir determinados requisitos para serem consideradas legítimas em um regime constitucional democrático, tais como a necessidade de lei formal, a justificativa da restrição ser encontrada na própria constituição, ser excepcional e estar sujeita a um regime de ponderação entre os direitos constitucionalmente protegidos. Este rol de requisitos propostos por José Gomes Canotilho e outros autores guarda perfeita associação com os requisitos

peessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

considerados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁹¹ quando analisados casos em que é envolvida alguma restrição à liberdade de expressão (BOTERO, 2009, p. 23-29).

Assim como o foi na decisão referente à ADPF 130, a ADI 4.815 também reforçou a importância da liberdade de expressão (*lato sensu*) para a perpetuação da democracia e asseguramento dos valores a ela inerentes, inclusive fazendo menção àquela ação constitucional (Supremo Tribunal Federal, 2015, p.78). Nesse sentido, a aplicação dos arts. 20 e 21 do Código Civil para impedir a divulgação de biografias não autorizadas, uma forma de censura *ex ante*, visto que, no ordenamento constitucional brasileiro é admissível a possibilidade de censura por parte de particulares, seria uma afronta ao “sistema constitucional de direitos fundamentais integrado pela liberdade de expressão” (CANOTILHO et al, 2017, p. 26) , percebendo-se que “a liberdade de expressão é estruturalmente incompatível com regimes de censura, licença ou autorização prévias” (CANOTILHO et al, 2017, p. 26).

Além do que já foi exposto, também se nota que, via de regra, uma biografia não autorizada tenderia a conter informações mais fiáveis do que uma biografia autorizada. Nesta, por óbvio, o biografado poderia requisitar ao biógrafo que omita certas partes de sua história que considere prejudicial à sua imagem, a título de exemplo. Isto em muito afetaria o interesse público, na medida que informações essenciais a melhor realização do debate público nunca chegariam ao fórum público caso fossem danosas à imagem que o biografado construiu. Sendo assim, as biografias seriam mais hagiografias do que uma biografia propriamente dita.

Caso prevalecesse uma interpretação favorável ao disposto na lei infraconstitucional, ocorreria uma inevitável lesão à democracia. Os indivíduos pertencentes à sociedade brasileira devem idealmente poder participar do debate público de forma livre e esclarecida, não devendo haver “guardiões de portões” (*gatekeepers*), sejam eles particulares (pessoas físicas ou jurídicas) ou o próprio Estado. Há, por óbvio, condições materiais que atrapalham a participação desta forma, sejam estas questões de natureza econômica, cultural ou de qualquer outra natureza. Entretanto, apegar-se a estes impeditivos materiais para considerar impossível a participação livre e esclarecida dos indivíduos no debate público, sendo então as restrições

⁹¹ : 1) a restrição foi ter sido definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material; 2) a restrição deve se orientar à consecução de objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana; e 3) a restrição é necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos imperiosos fins buscados; estritamente proporcional à finalidade buscada; e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar.

constantes nos arts. 20 e 21 do Código Civil constitucionais, parece se escorar demasiadamente no argumento da “ladeira escorregadia” (*slippery slope argument*)⁹².

Passados os prolegômenos conceituais, adentrar-se-á na própria questão da relação entre as biografias não autorizadas e o legítimo exercício da liberdade de expressão lato sensu, englobando-se aqui a liberdade de expressão *strictu sensu*, a liberdade de imprensa, de informação, dentre outras liberdades comunicativas. Metodologicamente, é essencial que se defina o que é uma biografia não autorizada para o Direito. Sobre o que seria este instituto, Canotilho et al traz considerações extremamente relevantes (CANOTILHO et al, 2017, p. 35-36):

A definição mais generalizada de biografia não autorizada aponta, desde logo, para o carácter biográfico da obra que, como o nome indica, abrange textos onde se pretende narrar, total ou parcialmente, com um grau razoável de sistematicidade e completude, a vida de uma pessoa e aspectos específicos da mesma, do ponto de vista espacial ou temporal. Diz não autorizada a biografia que não conta com a autorização expressa ou tácita do visado, prescindindo da sua colaboração e pretendendo subtrair-se aos seus pedidos ou ditames. De um modo geral, estas biografias incidem sobre figuras públicas, tendo por isso interesse público e suscitando o interesse do público. No entanto, como veremos adiante, não está excluída a possibilidade de versarem mesmo sobre figuras privadas.

Após esta definição conceitual do que seria uma biografia não autorizada, cabe analisar os potenciais sujeitos passivos desta forma biográfica, cujas vidas e/ou atuação profissional serão objetos daquela. Como Canotilho sustenta, o mais comum é de que os biografados sejam pessoas públicas⁹³, dado o presumido interesse público coletivo sobre suas vidas ou atuação profissional. Porém, há toda uma gama classificatória de potenciais biografados, desenvolvida pelo próprio constitucionalista português (CANOTILHO et al, 2017, p. 50-54): figura pública voluntária e involuntária, permanente ou temporária, ilimitada ou limitada, bem como figuras particulares que, por meio de inferência lógica, tornar-se-iam então figuras públicas. Contudo, o próprio autor salienta que, quanto mais discreta for a vida do particular, maior tem de ser a justificação do interesse público coletivo na divulgação de sua biografia, podendo, caso não ocorra esta justificação, gerar uma responsabilização posterior do biógrafo e de seus colaboradores, incidindo somente então o art. 21 do Código Civil que, como novamente deve

⁹² SCHAUER, 1985.

⁹³ Pessoas de grande relevo na história contemporânea ou na história do tempo em sentido amplo (CANOTILHO et al, 2017, p. 52).

ser ressaltado, não foi extirpado do ordenamento jurídico brasileiro com a decisão da ADI 4.815.

Levando-se em consideração que os arts. 20 e 21 não foram extirpados do ordenamento pátrio, visto que a ADI 4.451 decidiu de modo a dar uma interpretação conforme a constituição e sem restrição de texto aos referidos dispositivos legais do Código Civil, também não está excluída *prima facie* a possibilidade de eventual responsabilização posterior decorrente da publicação de uma biografia não autorizada, feita de maneira excepcional. Nesse sentido, Canotilho realça que (CANOTILHO et al, 2017, p. 65):

quanto mais lesiva da honra, do crédito e do bom nome for uma determinada afirmação, maiores devem ser os cuidados a adotar pelo autor da biografia, na audição do biografado (se possível) e na diversificação das fontes na respectiva confirmação. Uma acusação formulada sem fundamento factual suficiente não será protegida pela liberdade de expressão.

Percebe-se que esta proposição não somente encontra perfeito amparo no ordenamento constitucional pátrio, como também está em consonância com a multicitada decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *New York Times Co. v. Sullivan (1964)* e a ideia nela contida de *actual malice*, por meio da qual, mesmo uma figura pública, cuja atuação se reveste de interesse público, pode ter sua honra e demais direitos de personalidade lesados quando for feita uma afirmação maliciosa ou negligente. No Brasil, semelhante concepção é inteiramente plausível, na medida em que uma biografia não autorizada (e em alguns casos até mesmo uma biografia autorizada) que seja feita com o único intuito de lesar o biografado ou conter informações que não foram devidamente checadas ensejariam, teoricamente, responsabilização de seus responsáveis.

Também seria possível uma eventual tutela inibitória que impedisse a publicação, a divulgação ou a comercialização de uma biografia não autorizada. Porém, como ressaltado por José Gomes Canotilho e outros autores (CANOTILHO, 2017, p. 83-84), não basta somente alegar a existência de interesse econômico ou que biografado não gostou do estilo com que o biógrafo fez a sua biografia, cabendo-lhe todo um ônus argumentativo que efetivamente justifique, com fatos incontrovertidos, a existência de um dano grave, imediato e irreparável (*periculum in mora*) e considerável probabilidade de se sagrar vitorioso na questão central da lide (*fumus boni iuris*).

A Suprema Corte dos Estados Unidos já tratou diversas vezes deste embate entre os direitos de personalidade e as liberdades de expressão e de imprensa. Diante dessa história constitucional jurisprudencial, deve-se fazer algumas considerações sobre o tema.

O *leading case* sobre liberdade de imprensa é *New York Times Co. v. Sullivan (1964)*, onde se entendeu pela prevalência do interesse público da coletividade em detrimento da honra de uma autoridade pública. Todavia, há alguns óbices a esta consideração, não sendo ela plena. Por exemplo, o interesse público estaria intimamente ligado à atuação da pessoa enquanto autoridade pública, não abrangendo a vida pessoal desta se não se verificar nenhuma ligação com a sua atuação pública. Além disso, haveria a *actual malice doctrine*, que justificaria indenização em virtude de lesão à honra ou à privacidade quando a divulgação fosse feita deliberadamente com más intenções ou que tivesse havido negligência na apuração da veracidade dos fatos.

Décadas antes de *New York Times Co. v. Sullivan (1964)* um outro importante caso envolvendo liberdade de expressão e de imprensa em tensão com direitos de personalidade, mais especificamente o direito à privacidade, foi decidido não pela Suprema Corte norte-americana, mas sim pelo Corte de Apelações do 2º Circuito, órgão de instância recursal em âmbito federal do país. Em *Sidis v. FR Pub. Corporation (1940)*⁹⁴, uma revista fez uma charge satirizando uma antiga criança prodígio que não obteve o sucesso esperado quando se tornou adulto. Este indivíduo alegou que a publicação feria sua honra e privacidade e teve seu pedido acatado em algumas instâncias estaduais. Porém, a instância recursal reverteu estas decisões arrazoando que haveria interesse público em sua vítima e, portanto, a charge da qual foi objeto era constitucionalmente adequada.

Posteriormente a *New York Times Co. v. Sullivan (1964)*, a Suprema Corte dos EUA decidiu outros casos que ampliaram as ideias contidas no *leading case* e que também apresentam pontos de reflexão no que tange à permissão de biografias não autorizadas no âmbito do direito brasileiro. Em *Gertz v. Robert Welch (1974)*⁹⁵, definiu-se que o precedente do caso *Sullivan* não se aplicaria a indivíduos particulares, sendo sua vida privada não concernente ao interesse público, devendo o Estado “assegurar uma latitude substancial a fim de se fazer cumprir os remédios legais contra difamação feita contrariamente a uma pessoa privada”. No caso brasileiro, como Canotilho e outros autores afirmam, não é absoluta a regra

⁹⁴ 113 F.2d 806 (1940).

⁹⁵ 418 U.S. 323 (1974).

de que a vida de um indivíduo particular não é despida de interesse público. Porém, quando mais “discreta” ou “privada” a vida deste indivíduo, maior deve ser a justificativa de existência de interesse público, sob risco de ensejar uma futura indenização por violação a seus direitos de personalidade.

Esta decisão está em íntima consonância com o artigo “*The Right to Privacy*”, publicado por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, ainda no final do Século XIX. Este artigo jurídico defende um direito à privacidade no sentido de o indivíduo particular ter um “direito a ser deixado em paz”⁹⁶. Não obstante esta publicação ser considerada um marco para o desenvolvimento do direito à privacidade nos Estados Unidos, a sociedade evoluiu⁹⁷ não somente tecnologicamente, mas também em outros aspectos, como o jurídico. Quando o artigo foi publicado, a Suprema Corte dos Estados Unidos ainda não havia concebido precedentes constitucionais como *New York Times Co. v. Sullivan (1964)* e *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell (1988)*, que de certa forma relativizariam o direito à privacidade conforme inicialmente proposto por Warren e Brandeis em razão da existência do interesse público. A decisão de *Gertz v. Robert Welch (1974)*, porém, guardaria compatibilidade com este conceito inicial, visto que permitiria ao indivíduo particular ter sua privacidade garantida em caso de exposição deficitária de interesse público.

Em continuação à exposição de decisões versando sobre a matéria, na década seguinte, a Suprema Corte dos EUA lidou com outro relevante caso sobre este embate de direitos fundamentais para tratar novamente do tema. No já citado *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell (1988)*, expandiu-se oficialmente a influência do interesse público no que tange às atuações de figuras públicas que não sejam autoridades. Conforme a classificação de Canotilho sobre os tipos de figuras públicas (CANOTILHO et al, 2017, p. 50-54), adequada é esta conceituação, pois reside sobre a vida e a atuação das figuras públicas, de maneira geral, interesse público.

Em relação ao modelo do direito internacional dos direitos humanos, primeiramente no âmbito latino-americano, rememora-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos adota requisitos para a aplicação de restrições à liberdade de expressão semelhantes aos adotados pelo Brasil, conforme já citado neste mesmo capítulo. Ainda cabe ressaltar o julgado de *Tristán Donoso v. Panamá (2009)*, quando, assim como em *New York Times Co. v. Sullivan (1964)*,

⁹⁶ Em uma tradução não literal da expressão “*right to be alone*”, utilizada por Brandeis e Warren (1890).

⁹⁷ Expressão de sentido meramente temporal, sem valoração a respeito de a “evolução” dever ser considerada positiva ou negativamente.

foi-se decidido que a atuação de autoridades públicas era intrinsecamente revestida de interesse público.

No âmbito do direito europeu, assim como no âmbito do direito norte-americano, há considerável quantidade de decisões versando sobre o tema. Preliminarmente, cita-se mais uma vez a decisão de *Mladina D.D. Ljubljana v. Eslovênia (2014)*, na qual o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que prevaleceria a liberdade de imprensa em detrimento da honra de um político que foi criticado por uma revista eslovena, dado que seu caráter de figura e autoridade pública deveria estar sujeito a críticas legítimas, tendo em consideração, mais uma vez, o ideal de interesse público da sociedade.

A Ministra Carmem Lúcia, relatora da ADI 4.815, citou em seu voto outro precedente europeu sobre o tema, a decisão *Von Hannover v. Alemanha (2012)*, quando a herdeira do trono do principado de Monaco foi alvo de fotos do *paparazzi* quando estava na Alemanha. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu no sentido de que as fotos guardavam relação com o interesse público, visto que ela era uma figura pública e o seu pai, príncipe Rainier, estava enfermo quando naquela ocasião. Adotando-se o modelo do direito internacional dos direitos humanos, a liberdade de expressão não é absoluta, porém esta é beneficiada de um sopesamento em relação aos direitos de personalidade quando houver nela ou por meio dela a realização do interesse público. Na análise do caso concreto, o TEDH entendeu que haveria interesse público, mas isto não impediria o fato de que outras fotos e em outros casos pudessem justificar uma indenização lastreada na violação de seus direitos de personalidade.

Relacionando a ADPF 4.815 com os modelos norte-americano e do direito internacional dos direitos humanos no tocante às biografias não autorizadas, verifica-se uma certa convergência entre todas estas acepções. Primeiramente, a atuação e a vida de figuras públicas, aqui amplamente consideradas, têm presumidamente um interesse público a elas inerente, principalmente no que tange a sua atuação pública. Isto, todavia, não resulta em uma completa supressão dos direitos de personalidade desta figura pública em detrimento da liberdade de expressão ou da liberdade de imprensa. Cabe a este indivíduo “público” justificar o porquê de se estar requerendo a limitação da liberdade de expressão (*lato sensu*) por meio da inibição da circulação de sua biografia não autorizada. Apesar de ser uma criação do direito norte-americano, a doutrina da *actual malice* está em perfeita conformidade com o direito brasileiro para servir como base teórica de tal justificação, cabendo indenização se a biografia não autorizada conter fatos falsos imputados ao biografado, uma clara intenção difamatória (apesar

da dificuldade de sua comprovação fática) ou negligência por parte dos responsáveis pela biografia.

3. O DISCURSO DE ÓDIO NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

3.1 Discurso de ódio: conceituação e considerações teóricas

Iniciando-se esta segunda parte da análise da jurisprudência constitucional brasileira concernente à liberdade de expressão, será esmiuçada a questão do discurso de ódio, evidenciando-se sua importância para se compreender a extensão do direito à liberdade de expressão no ordenamento constitucional pátrio. Sendo assim, primeiro caberá delinear a definição do que seria o discurso de ódio, bem como expor os argumentos prós e contra em relação a esta figura, para assim se estabelecer qual a noção desta prática que será adotada neste presente trabalho.

A fim de bem se limitar o conceito de discurso de ódio para que este não seja aberto de maneira a se desvirtuar, propor-se-á dois requisitos para a sua configuração, um formal e outro material. Em um plano inicial, será esmiuçado o critério formal a partir do estudo do que seria “discurso” e o que seria “ódio”.

Aqui se considerará que qualquer forma de expressão tem potencialidade de enquadramento dentro do conceito de “discurso de ódio”. Será, portanto, adotada uma concepção ampla de “discurso”, sem se adentrar nos meandres da teoria da análise do discurso, utilizando-o quase que como um sinônimo de “expressão humana”. Porém, ainda nesse contexto, ressalta-se a possibilidade de que, caso adotada como referencial a teoria discursiva de Jürgen Habermas, o discurso de ódio sequer poderia ser considerado discurso, visto que quem o profere não estaria considerando o outro em sua dignidade e suas pretensões de validade como uma verdade possível.

O dicionário de língua inglesa *Oxford English Dictionary*, respeitado léxico do idioma anglófono, define discurso de ódio (*hate speech*) como: “fala ou escrita que ataca ou ameaça um grupo particular de pessoas, especialmente com base em raça, religião ou orientação sexual”⁹⁸. A despeito de tal obra não ter subsídio jurídico, sendo apenas uma compilação de palavras e verbetes da língua inglesa, a definição apresenta pontos interessantes, tais como não

⁹⁸ No original: “*speech or writing that attacks or threatens a particular group of people, especially on the basis of race, religion or sexual orientation*”. Disponível em: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/hate-speech>. Acesso em: 04/11/2020.

se limitar a definição à oralidade e citar situações nas quais ele ocorre, com o fito de se ilustrar o conceito.

Semelhantemente, a definição *Humans Right Watch*, organização não-governamental que pesquisa e defende os direitos humanos, o discurso de ódio poderia ser definido como: “qual forma de expressão considerada como ofensiva a grupos raciais, étnicos e religiosos, assim como a outras minorias destacadas e mulheres⁹⁹”. Percebe-se nesta definição a presença de um requisito material para a sua configuração, qual sejam: grupos raciais, étnicos, religiosos, mulheres e demais minorias destacadas.

Referenciando agora definições mais doutrinárias, feitas por acadêmicos do Direito, acerca do que seria o discurso de ódio, temos Robert Post, professor norte-americano da Universidade de Yale, define a prática como “o discurso que expressa ódio ou intolerância contra grupos sociais, baseado, sobretudo, na raça ou na sexualidade” (POST, 2009, p. 123). Esta primeira definição acadêmica guarda grande semelhança com as anteriormente aqui descritas, exemplificando as questões de raça e sexualidade, porém não menciona expressamente que este “discurso” não precisa se limitar à oralidade, como nos casos anteriores, que expressamente mencionam “fala ou escrita” ou “qualquer forma de expressão”.

Jeremy Waldron, por sua vez, define o discurso de ódio em três principais aspectos. Em primeiro lugar, o *hate speech* toma o aspecto de uma declaração factual. Já o segundo é relacionado com a questão de a referida declaração envolver uma caracterização vexatória da pessoa ou do grupo, utilizando-se de uma ótica negativa a uma característica comum (e possivelmente identitária) do grupo estigmatizado. Por fim, o discurso de ódio, ofensivo à minoria estigmatizada em questão, atinge diretamente as bases igualitárias da sociedade, atribuindo aos membros desta minoria uma caracterização que os diminui e os bestializa. O autor também adiciona às características do discurso de ódio a sua objetividade, tendo a intenção do agente perpetrador do *hate speech* diminuta importância, e o fato de o discurso de ódio, apesar de uma aparência de “verdade”, é apenas a manifestação de uma opinião preconceituosa (WALDRON, 2012, p 56-61).

Mari Matsuda (MATSUDA, 1993, p. 35-36) propõe uma definição para o discurso racista, sem a pretensão de expandir a definição para as outras vertentes do discurso de ódio. A autora norte-americana propõe critérios objetivos para a sua averiguação: a) a expressão trazer

⁹⁹ No original: “[...] any form of expression regarded as offensive to racial, ethnic and religious groups and other discrete minorities, and to women”. Disponível em: <<http://www.hrw.org/>>. Acesso e: 04/11/2020.

consigo uma mensagem de inferioridade racial; b) ser uma mensagem direcionada a um grupo historicamente marginalizado, ou a algum membro deste; c) a mensagem ser persecutória, odiosa ou degradante. Importante ponto levantado Matsuda quando propostos tais critérios é a imprescindibilidade do discurso de ódio ser direcionado a uma minoria historicamente estigmatizada, como será melhor visto a seguir.

Caleb Young (2011, p. 386) vai além de meramente definir discurso de ódio, para categorizá-lo em quatro diferentes espécies: a) difamação direcionada (*target vilification*); b) difamação difusa (*diffuse vilification*); c) política organizada para fins exclusão e/ou extermínio (*organised political advocacy for exclusionary and/or eliminationist policies*); e d) outras declarações de fatos ou de valores que constituem uma reprovação a um grupo racial ou religioso identificável (*other assertions of fact or value which constitute na adverse judgment on an identifiable racial or religious group*). Para Young, dentro do ambiente jurídico norte-americano, a primeira espécie não configuraria um legítimo exercício do direito à liberdade de expressão, enquanto a última espécie sim. A segunda e terceira espécies de discurso de ódio categorizadas pelo autor, entretanto, estão em um limiar de estarem cobertas pelo princípio do livre discurso (*free speech principle*)¹⁰⁰, porém desprotegidas. Isto quer dizer que enquanto a espécie “a” está claramente em desacordo com o direito norte-americano, as espécies “b” e “c” poderiam vir a ser reguladas, caso haja um motivo forte o suficiente para autorizar a regulação. Por fim, a última das espécies não seria passível de ser regulada, estando plenamente em consonância com o ordenamento jurídico norte-americano.

Na academia brasileira o assunto “discurso de ódio” também é discutido com veemência, como podemos ver pela definição atribuída à prática pelos professores Cattoni de Oliveira, Francisco Prates e Maria Fernanda Salcedo Repolês (2017, p. 5):

Por seu turno, discursos de ódio são monológicos e, não obstante, toda uma série de conceituações existentes sobre o seu sentido e alcance, podem ser definidos a partir de um ponto em comum a qualquer dessas definições, qual seja, a radical ojeriza e aversão ao - outro, resultado de uma injustificável - mixofobia (BAUMAN, 2007, p. 92¹⁰¹), operando como uma resposta de extrema violência, de odiosa exclusão, silenciamento e invisibilização, buscando manter tudo como sempre foi, em que cidadania é tão somente para pessoas como nós. Essas imagens, ainda que sintéticas, visam ressaltar que os discursos de ódio refletem preconceituosas aversões, como a xenofobia, o antissemitismo ou a homofobia, conformando não interações de

¹⁰⁰ “Sob o princípio do livre discurso, qualquer ação governamental que vise atingir um objetivo... deve ser provida com uma forte justificativa quando a consecução deste objetivo requerer a restrição de um discurso. Esta justificativa deve ser mais forte do que quando nenhuma limitação a discursos são empregadas”. (SCHAUER, 1982, p. 7-8). No original: “*Under a Free Speech Principle, any governmental action to achieve a goal... must provide a stronger justification when the attainment of that goal requires the restriction of speech than when no limitations on speech are employed*”.

¹⁰¹ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

reconhecimento e abertura ao —outro, mas, sim, uma patológica procura de uma suposta unidade substancial e indiscutível, em que a alteridade deve ser excluída, tornada invisível, procurando fazer prevalecer persistências que ocultam vínculos de servidão e subordinação social.

Esta definição é complementar às anteriores. Nela se conceitua o discurso de ódio de modo a expor todo o efeito silenciador e excludente da prática, o qual tende a se operar sobre minorias estigmatizadas e/ou de menor poder político, contrariando uma pretensa neutralidade que definições eminentemente influenciadas pelo ideal liberal de igualdade formal tendem a considerar.

Utilizando-se de este paradigma do discurso de ódio com potencial efeito silenciador e excludente como referencial, deve-se também definir quem poderão ser as vítimas desta prática, configurando-se assim um requisito material do discurso de ódio. Para auxiliar neste ponto da conceituação do que seria discurso de ódio, retomar-se-á proposições a respeito do princípio da antidiscriminação (KARST apud LAWRENCE III, 1993, p. 59)¹⁰² e seu aspecto da antissubordinação, que “*admite tratamentos diferenciados, desde que estes objetivem superar situações de discriminação, assim como considera discriminatórios tratamentos neutros que reforcem a subordinação de quem quer que seja*” (RIOS, 2008, p. 36). Nesse contexto, admite-se que uma posição contrária à presença de discursos de ódio no debate público, permitindo ao Estado a regulação da liberdade de expressão, estaria amparada neste referencial teórico, tendo em vista que o *hate speech* implica discriminação e, conseqüentemente, um tratamento neutro por parte do Estado manteria (e eventualmente poderia até mesmo piorar) a situação das minorias consideradas estigmatizadas. Portanto, para se averiguar se uma expressão pode ser enquadrada como “discurso de ódio”, imprescindível se considerar o contexto histórico ou relações desiguais de poder (MATSUDA et al, 1993, p. 14).

Ainda nesse sentido, Matsuda continua sua proposição da necessidade de o discurso de ódio (no caso da autora, especificamente o discurso de ódio racial) ser direcionado diretamente à uma minoria racial estigmatizada. Caso o discurso de ódio não seja direcionado a algum grupo que se enquadre na proposição de Matsuda, a expressão seria apenas uma ofensa (MATSUDA, 1993, p. 38-39):

Expressões de ódio, repulsa e raiva dirigidas a membros de grupos historicamente dominantes por membros de grupos subordinados não são criminalizadas pela definição de mensagens de ódio racistas aqui utilizada. As declarações de “diabo branco” proferidas por Malcolm X – as quais posteriormente ele retratou – são um exemplo. Algumas pessoas podem achar problemático afirmar que qualquer ataque

¹⁰² A ver: capítulo 1.1

a etnicidade de qualquer pessoa é danoso. No caso do “diabo branco”, houve dano e sofrimento, mas em um grau diferente. Isto porque o ataque não está vinculado à perpetuação de relações verticais racistas, não é o paradigma de propaganda de ódio. O membro de um grupo dominante lesionado em conflito contra nacionalistas raivosos tem mais chances de encontrar um porto seguro em interações exclusivamente deste grupo dominante¹⁰³.

Ainda nesse sentido, Francisco Prates (2015, p. 179) complementa o excerto acima adicionando novas ponderações que revolvem a ideia eminentemente liberal do discurso de ódio, no sentido de o silêncio da minoria estigmatizada poder consolidar as “permanências estabilizadoras:

Sendo assim, se nos colocamos a tarefa de analisar, em democracias constitucionais, as fronteiras da liberdade de expressão diante dos discursos de ódio, precisamos visualizar que as exclusões sociais não surgem por geração espontânea, não tendo nada de naturais, mas que refletem um pano de fundo não problematizado, onde o silêncio é compartilhado, para nos apropriarmos, novamente, da ideia gadameriana, em que tensões são ocultadas em nome de permanências estabilizadoras. Precisamos colocar o denominado “mundo da vida” e seus sentidos pré-reflexivos entre parêntesis, procurando desestabilizar a dimensão do não dito, do não explicitado das neutralidades existentes nas práticas sócias sedimentadas.

Diante destas proposições, parece quase que automática a crítica atinente a como se determinar qual grupo pode ser considerado estigmatizado e qual não pode. Este capcioso questionamento é respondido por Mari Matsuda (1993, p. 39), ao afirmar a autora que:

Nós podemos determinar quando existe subordinação observando indicadores sociais: riqueza, mobilidade, conforto, saúde e sobrevivência – ou a falta destes – tendem a ser o marco da ascensão ao topo e queda às profundezas. A ascensão e a queda do status de um grupo é relevante quando o indivíduo é um contraexemplo, visto que, quando o grupo é subordinado, até mesmo o sortudo contraexemplo se sente sendo puxado para baixo. Sorte não é o mesmo que privilégio¹⁰⁴.

Esta questão também é intimamente ligada ao chamado “livre mercado de ideias” (*free marketplace of ideas*), uma concepção adaptada do livre mercado econômico a qual se objetiva

¹⁰³ No original: “Expressions of hatred, revulsion, and anger directed against members of historically dominant groups by subordinated-group members are not criminalized by the definition of racist hate messages used here. Malcolm X’s “white devil” statements—which he later retracted—are an example. Some would find this troublesome, arguing that any attack on any person’s ethnicity is harmful. In the case of the white devil, there is harm and hurt, but it is of a different degree. Because the attack is not tied to the perpetuation of racist vertical relationships, it is not the paradigm worst example of hate propaganda. The dominant-group member hurt by conflict with the angry nationalist is more likely to have access to a safe harbor of exclusive dominant-group interactions”.

¹⁰⁴ No original: “We can determine when subordination exists by looking at social indicators: Wealth, mobility, comfort, health, and survival—or the absence of these—tend to mark the rise to the top and the fall to the depths. The rise and fall of group status is relevant even when an individual is a counterexample, because when the group is subordinated, even the lucky counterexample feels the downward tug. Luck is not the same as privilege”.

na busca pela verdade, devendo todas as ideias possíveis participarem do debate público a fim de as melhores se sobrepujarem perante às demais e, portanto, tornar a verdade mais próxima de ser alcançada. Conforme já debatido¹⁰⁵, esta concepção apresenta inúmeros problemas: a dificuldade de se identificar qual era essa “verdade” que seria visada e se esta sequer existiria, bem como que não há qualquer razão para crer que as melhores ideias tenderão a vencer o debate público. Há variáveis que o livre mercado de ideias não considera, como, por exemplo o efeito silenciador do discurso de ódio (FISS, 2005, p. 47):

O argumento não é o de que o discurso convencerá os outros ouvintes a agirem de uma certa forma – por exemplo, criando uma nova forma de ditadura ou subjugando vários grupos desfavorecidos na sociedade. Ao revés, o medo é que o discurso tornará impossível para esses grupos desfavorecidos até mesmo participarem da discussão. Nesse contexto, o remédio clássico de mais discurso soa vazio. Aqueles que supostamente responderiam não podem fazê-lo.

Ao se permitir que discursos de ódio estejam englobados no direito regular a livre expressão, minorias serão silenciadas e ficarão afastadas da participação do debate político de sua comunidade. Uma preferência pelo *free marketplace of ideas* inevitavelmente implica em uma visão mais quantitativa do que qualitativa de deliberação democrática, no qual se permite todas as formas possíveis de manifestação e expressão, mas sem qualquer filtro, preenchendo todo o debate público sem que se preocupe com o valor intrínseco ao direito internacional dos direitos humanos correspondente ao pluralismo democrático.

Diante de um conceito com definição ainda não tão densificada, far-se-á uma proposta conceitual, atribuindo, para a verificação de sua ocorrência, um requisito formal e outro material, estes intrínsecos à expressão humana, e um requisito extrínseco, externo à expressão

Quanto aos requisitos intrínsecos da configuração do discurso de ódio, considerar-se-á o requisito formal na necessidade de ser uma expressão de ódio¹⁰⁶, enquanto será considerado como requisito material o direcionamento dessa manifestação odiosa para grupos e minorias estigmatizadas e de menor força política. Contudo, vale ressaltar que não deverão ser liberadas todas as expressões realizadas por membros dessas minorias contra um membro de uma maioria sem qualquer consequência jurídica, podendo aquele responder eventualmente por crimes contra a honra, por exemplo.

¹⁰⁵ A ver: capítulo 1.1

¹⁰⁶ Que, diga-se de passagem, não há qualquer necessidade de possuir um “tom agressivo”, como se pode pensar inicialmente.

Já o requisito extrínseco à expressão humana diz respeito ao contexto em que ela foi externalizada. Uma manifestação que, por mais que explicitamente não pareça ser *hate speech*, pode assim se caracterizar, a depender do contexto. Considerando-se o requisito formal como uma manifestação odiosa, verifica-se uma possível relação de interdependência entre este requisito e o requisito extrínseco quando a manifestação de discurso de ódio não tiver o seu caráter odioso facilmente identificável, devendo-se analisar, portanto, o contexto de proferimento desta manifestação.

Outras breves considerações sobre o conceito devem ser feitas. Em um primeiro plano, parece evidente que o discurso de ódio abarcará apenas manifestações concretas, seja de atos de fala ou até mesmo manifestações que perdurem mais em seus meios, como a escrita. Disso decorre a lógica inferência que o conceito não é capaz de compreender os pensamentos dos seres humanos, posta a necessidade conceitual de se haver uma expressão, uma externalização do pensamento, para então poder ser caracterizado.

Um outro ponto importante é que um membro de uma minoria estigmatizada pode praticar discurso de ódio contra o membro de uma outra minoria estigmatizada. Caso os requisitos formais e materiais do discurso de ódio estejam presentes em uma determinada expressão humana, tendo em vista também a ideia de objetividade do discurso odioso, este estaria configurado de fato mesmo sendo um membro de um grupo estigmatizado o seu sujeito ativo. O fato de ser uma potencial vítima de *hate speech* não implica na impossibilidade de vir a ser um perpetrador de tal prática em outras situações.

Diante de todo o exposto sobre o tema, questiona-se se o discurso de ódio deve ou não ser proibido pelo Direito. Este é um embate jurídico dos mais vívidos, apresentando fortes proposições de ambos os lados. Primeiramente serão analisadas teorias favoráveis à intervenção estatal para coibir a prática. Posteriormente, para fins de se estabelecer um debate sobre a questão, serão também apresentadas e analisadas as principais teorias contrárias à intervenção estatal no domínio da liberdade de expressão para a proibição do *hate speech*.

Para Jeremy Waldron, o discurso de ódio deve ser proibido devido a seu caráter danoso que ataca em duas frentes distintas, causando danos à sociedade e à vítima. No que tange o dano social causado, Waldron se baseia na existência de um bem público¹⁰⁷ chamado de

¹⁰⁷ Sentido econômico de bem público, qual seja, um bem não-rival e não-excludente (MANKIW, 2005, p. 224-225).

“*assurance*”¹⁰⁸, que seria um senso de segurança e pertencimento à sociedade. Este conceito não guarda relação com uma concepção de justiça em específico, mas com os fundamentos básicos de uma vida digna em sociedade, quais sejam a consideração mútua de igualdade, detentores de dignidade humana e que têm direito de serem protegidos contra violações a seus direitos (WALDRON, 2012, p. 82). O discurso de ódio atacaria este bem público da *assurance* e também criaria um bem público rival¹⁰⁹ a ela que tentaria substituí-la, alçando ao debate público o ódio e intolerância, “poluindo o ambiente democrático” (CONSANI, 2015, p. 187), implicando que expressões odiosas não devem apenas ser consideradas individualmente, visto que o fim último do discurso de ódio é a sua completa penetração no ambiente social (LAWRENCE III, 1993, p. 61).

Ainda segundo a teoria do autor neozelandês, entende-se que o Direito deve estar envolvido na proteção deste bem público (WALDRON, 2012, p. 81):

Uma sociedade bem-ordenada, pelo o que me parece, tem um interesse sistêmico e estrutural em prover esse bem (‘assurance’) – ou seja, no fornecimento geral e difuso desta segurança e deste reconhecimento, além de preservar a dignidade básica na qual é predicada. Ela tem o poderoso interesse em cada pessoa poder confiar em tal segurança. Este bem público da ‘assurance’ tem um aspecto coletivo, como de uma sociedade culta e tolerante. Mas, como iluminação pública (um exemplo comum e mundano), a segurança da qual eu estou falando é um bem público que resulta em vantagens para indivíduos – milhões deles – especificamente aqueles cuja dignidade é afirmada quando sua sustentação social pode em outro caso estar em questão e cuja confiança é justificada por um sentido que não guarda relação em o que confiar¹¹⁰.

O dano direto às vítimas causado pelo discurso de ódio é direcionado à sua dignidade humana, conforme preconiza Waldron. O conceito de dignidade humana é complexo e passou por toda uma evolução, ou transformação, histórica. Pode-se dizer que a base teórica do entendimento atual é o teorizado por Immanuel Kant, ao conceber o ser humano como um fim

¹⁰⁸ A tradução literal do termo “*assurance*” seria “segurança”, afastando-se do sentido original da palavra. Por isso, será utilizado o termo anglófono para se referir a este bem público.

¹⁰⁹ Há discussão se o que seria criado pelo discurso de ódio seria de fato um bem público rival à “*assurance*” ou apenas uma ideia oposta. Contudo, devido ao espaço reduzido e o fato desta discussão se distanciar do foco deste trabalho, destacaremos que, independentemente da sua conceituação, há um dano verificável a este senso de segurança e pertencimento à sociedade e esta noção é que deterá maior importância para o desenvolvimento da argumentação aqui apresentada.

¹¹⁰ No original: “*A Well-Ordered Society, it seems to me, has a systemic and structural interest in provision of this goods (assurance) – that is, in the general and diffusing furnishing of this assurance and the recognition and upholding of the basic dignity on which it was predicated. It has a powerful interest in each person’s having the ability to rely on such an assurance. This public good of assurance certainly has a collective aspect, like the good of a cultured or tolerant society. But like street lightning (a common and mundane example), the assurance I am talking about this a public good that redounds to the advantage of individuals – millions of them – namely, those whose dignity is affirmed when its social underpinnings might be otherwise in question and those whose reliance is vindicated by a sense that there doesn’t have to be anything explicit on which to rely*”.

em si mesmo, não podendo vir a ser instrumentalizado para ser transformado em “meio” para algo (KANT, 2007, p. 68). Conquanto a importância basilar da teoria kantiana de dignidade humana, Waldron busca ir além para defender uma abrangência maior do que a mera não instrumentalização do ser humano. Ela deve abranger também a reputação, o status e a posição de alguém na sociedade, considerando-os em todos os aspectos sociais e legais, além de pensar em formas de mantê-los em uma boa posição dentro da sociedade em que estão inseridos (WALDRON, 2012, p. 141-142):

O uso da noção de dignidade na contemporânea filosofia moral e política indica uma vontade de se perceber novas concepções de valores e princípios, além de novas formas de preocupação(...) Eu acredito que ‘dignidade’ é um termo de status e o meu uso dele indica a importância de se prestar atenção à maneira a qual o status de uma pessoa como membro da sociedade em uma boa posição é mantido e sustentado. Esta preocupação é mais difusa do que preocupações sobre sua segurança e liberdades negativas em diversos modos¹¹¹

Diante do exposto, fica claro o posicionamento favorável de Jeremy Waldron à proibição do discurso de ódio. Tal posicionamento é consonante com os escritos de Owen Fiss, que propõe uma concepção de liberdade de expressão que ultrapasse a noção do liberalismo clássico de que o Estado pode ser o único violador dos direitos individuais, bem como a dicotomia entre igualdade e liberdade. Segundo este autor, o Estado tem legitimidade e poder para ir além de uma mera atuação negativa, podendo vir a ser regulador e alocador. Além disso, toda a discussão sobre a liberdade de expressão no direito norte-americano não seria um confronto entre liberdade e igualdade, mas sim um confronto entre liberdades. Nesse sentido, cita-se o autor (FISS, 2005, p. 48-49):

Em cada um desses casos, a agência que ameaça o discurso não é o próprio Estado. Nem precisa ser. O chamado à intervenção estatal é baseado não na teoria de que a atividade a ser regulada é intrinsecamente violadora da Primeira Emenda (um argumento que exigiria, como questão puramente técnica, uma demonstração de ação estatal), mas apenas na teoria de que a promoção do debate aberto e integral – assegurando que o público ouça a todos que deveria – é um fim permitido ao Estado. Mesmo se a dinâmica silenciadora é empreendida apenas por mãos privadas – por exemplo, pela pessoa que lança epítetos raciais, publica pornografia ou usa recursos econômicos superiores para dominar as campanhas políticas – há uma ampla base para intervenção. O Estado está meramente exercendo seu poder de polícia para promover um fim público legítimo, como ele faz quando edita uma lei de trânsito. Nesse caso, o fim calha ser uma concepção de democracia que exige que o discurso dos poderosos não soterre ou comprometa o discurso dos menos poderosos. (...) Se nada mais estivesse envolvido além dos interesses expressivos de cada grupo, vale dizer, o desejo do racista e o interesse da potencial vítima de cada qual expressar o

¹¹¹ No original: “The use of the notion of dignity in contemporary moral and political philosophy does indicate a willingness to notice new conceptions of value and principle, and new sources of concern. (...) I believe ‘dignity’ is a status term, and my use of it indicates the importance of paying attention to the way in which a person’s status as a member of society in good standing is affirmed and sustained. This concern is more diffuse than concerns about their safety or negative liberty in several ways”.

seu pensamento, então haveria de fato algo arbitrário na escolha do Estado de um grupo em detrimento do outro. Eu acredito que algo mais está envolvido, todavia. O Estado não está tentando arbitrar entre os interesses discursivos dos vários grupos, mas, ao contrário, está tentando estabelecer condições essenciais para a auto governança global, assegurando que todos os lados sejam apresentados ao público. Se isso pudesse ser realizado simplesmente pelo fortalecimento dos grupos desfavorecidos, o objetivo do Estado seria alcançado. Mas nossa experiência com programas de ação afirmativa e outros similares nos ensinou que a questão não é tão simples. Algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros.

Ou seja, Fiss expressamente admite que o Estado pode exercer seu poder de política para regular o exercício da liberdade de expressão com o intuito legítimo de se alcançar o interesse público de promoção da democracia.

As teorias desses autores convergem no sentido de possibilidade de a regulação estatal recair sobre o discurso de ódio. Por outro lado, há autores como Ronald Dworkin e C. Edwin Baker que, cada um com uma justificativa própria, são contrários à intervenção estatal na liberdade de expressão para se coibir o *hate speech*.

Tratando em um primeiro plano a teoria de Ronald Dworkin, preconiza-se que uma lei que vede discursos de ódio seja ilegítima perante o ordenamento jurídico. Segundo o autor, a liberdade de expressão é um direito universal e por isso a sua restrição ensejaria um vício de legitimidade em todo o procedimento democrático. Para isso, o autor se baseia em sua ideia de dignidade humana, cujos pressupostos essenciais são o reconhecimento da igual importância de todos os projetos de vida individuais e a proteção da autonomia individual para que o indivíduo possa então buscar realizar seu projeto de vida. Disto decorre que, quando o Estado impede alguém de se manifestar, mesmo que esta manifestação se enquadre no conceito de discurso de ódio, estar-se-ia considerando este indivíduo de maneira inferior aos demais. E não é somente a autonomia deste indivíduo que seria lesada, mas também a de todas as outras pessoas que não puderam ouvir as ideias restringidas (DWORKIN, 2006b, p. 200).

Em referência à teoria dworkiniana, proibindo-se determinadas pessoas, no caso os perpetradores de discurso de ódio, de externarem a sua opinião, estas pessoas estariam sendo tolhidas do debate público e, portanto, a legitimidade da lei proibitiva ou limitadora da liberdade de expressão estaria prejudicada. Nesse sentido, expõe Cristina Consani (2015, p. 176)

O autor [Ronald Dworkin] considera que as pessoas se submetem às leis e às medidas coercitivas do Estado por acreditarem que tais normas são resultado de procedimentos democráticos que expressam a vontade da maioria. Procedimentos democráticos, todavia, embora sejam uma das condições necessárias da legitimidade política, não são condição suficiente. Uma sociedade democrática requer, além de

procedimentos democráticos, também um “fundo democrático” a partir do qual cada cidadão tenha o direito de voto e voz nas decisões.

Apesar de uma posição, ao menos inicialmente, favorável à presença de discurso de ódio no ambiente democrático, Dworkin também defende a integração das minorias estigmatizadas no seio da sociedade. Nisto, ele distingue dois diferentes tipos de lei, as *upstream laws*, que seriam as que interviriam na liberdade de expressão ao proibir o discurso de ódio, e as *downstream laws*, que seriam leis que buscassem a igualdade e a inserção das minorias estigmatizadas. Ao limitar que os cidadãos perpetradores de discurso de ódio participem do procedimento público de tomada de decisão, a *upstream law* estaria privada de legitimidade e esta mesma legitimidade desembocaria na *downstream law*, tal qual um rio poluído em sua nascente cuja correnteza arrasta a poluição à jusante.

Esta proposição de Ronald Dworkin trouxe à baila críticas diretas de Jeremy Waldron, que se utiliza de uma afirmação do próprio Dworkin de que legitimidade é uma questão de grau (DWORKIN, 2006a, p. 97), não sendo, portanto, uma questão maniqueísta de “tudo ou nada”. Waldron, a seu modo, aborda utilitariamente a questão, pugnando pela aceitação de uma lei que não seja plenamente legítima, mas que proteja por meio da vedação do discurso de ódio o bem público da “*assurance*” e a dignidade humana. Para Waldron, portanto, a proteção destes institutos teria uma maior importância social do que um suposto pequeno déficit na legitimidade de uma lei. Além disso, os que praticam discurso de ódio não teriam sua participação no processo de elaboração das *upstream laws* restringida. Eles poderiam participar normalmente neste processo democrático de construção legal, não tendo a vedação de uso de determinados termos e práticas consideradas ofensivas força suficiente para impedir a participação destes indivíduos no debate político (MARTINS, 2018, p. 105-106). Porém, ainda cabe ressaltar que Dworkin não é partidário de uma ideia unicamente quantitativa do livre mercado de ideias, considerando que uma interpretação que permita investigar o conteúdo das afirmações propostas no debate público (DWORKIN, 2011, p. 536).

Além desse apontamento feito por Waldron, há outros problemas internos na teoria de Dworkin acerca do discurso de ódio. Por exemplo, ele não considera, ou aparenta considerar como parte do “jogo democrático”, a possibilidade dos grupos perpetradores do discurso de ódio e de ideologia segregacionista virem a se tornar maioria no processo democrático e normatizarem a retirada de direitos das minorias. Caso se admita que Dworkin considere que estes grupos de ódio participarão de maneira saudável do debate público, Waldron

permaneceria cético quanto a este ponto, crendo que, se a discussão já está preenchida por *hate speech*, há a indicação de que qualquer possibilidade de um debate político saudável já se esvaiu (WALDRON, 2012, p. 95). Porém, caso se considere que essa possibilidade faz parte do “jogo democrático”, também se consideraria a possibilidade de a maioria dos cidadãos participantes do debate político acreditem que seria benéfico à sociedade a proibição do discurso de ódio e então autorizariam os legisladores a elaborarem uma norma jurídica nesse sentido.

Baseando-se na concepção de democracia proposta por Dworkin, uma concepção distinta da democracia estritamente majoritária, visto que para o autor este modelo de democracia, por tomar uma decisão baseada somente na vontade da maioria, poderia vir a deixar desprotegidos determinados direitos fundamentais. A proposta de democracia comunitária de Dworkin, entretanto, consideraria a democracia não unicamente como a vontade da maioria, mas sim como uma comunidade na qual todos se reflexionam com igual respeito e consideração. Sendo assim, seria legítimo, se não devido, o Poder Judiciário atuar integrando o direito e fazendo uma leitura moral da Constituição. Nesse sentido, permite-se a interpretação de que Dworkin confiaria nas cortes constitucionais para impedir leis elaboradas com o fito de se limar direitos de minorias estigmatizadas, mas que não seriam capazes de corrigir o vício decorrente do impedimento de um determinado grupo de fazer parte do procedimento democrático (CONSANI, 2015, p. 180-181).

Outra relevante crítica ser feita a este aspecto da teoria dworkiniana é proposta por João Victor Nascimento Martins (2018), a ser feita retomando a ideia de obrigações associativas e políticas que o autor fez em sua obra “O Império do Direito” (2014). As primeiras seriam as obrigações decorrentes do pertencimento do indivíduo a determinado grupo. As obrigações políticas, obrigações estas dos indivíduos perante à comunidade, tal como a obrigação de obedecer ao direito, seria também uma forma de obrigação associativa (DWORKIN, 2014, p. 249). Nesse sentido, Dworkin enumera quatro requisitos para que a obrigação associativa se torne viável de se assumir (DWORKIN, 2014, p. 242): a) obrigações especiais derivadas do caráter distintivo do grupo; b) devem ser adotadas de modo a serem dirigidas a um membro deste grupo, não devendo ser dirigida generalizadamente; c) devem ser um aspecto decorrente de uma obrigação geral de zelar pelo bem-estar dos outros membros do grupo; e d) o indivíduo membro do grupo deve agir de modo a demonstrar igual interesse para com todos os membros do grupo. Diante desta exposição, propõe Martins a inferência lógica de que, se obedecer ao Direito é uma obrigação política (perante a comunidade), e as obrigações políticas são formas

de obrigações associativas, conseqüentemente os praticantes de discurso de ódio não estariam demonstrando igual interesse para com todos os membros do grupo.

Noutro giro, C. Edwin Baker não defendia a sua teoria da liberdade de expressão calcado em argumentos de legitimidade democrática. Contrariamente aos escritos de Ronald Dworkin, o cerne da teoria de Baker não era a democracia, por mais que a legitimidade estatal estivesse em cena, mas sim a autonomia pessoal.

Uma vez mais evocando a teoria de Baker acerca deste direito, tem-se duas premissas básicas sobre as quais ela se ancora: : a) a legitimidade do Estado depende de seu respeito pela igualdade entre as pessoas e sua autonomia; b) esta questão é puramente formal, o Estado somente respeita sua autonomia se permite que a pessoa expresse seus próprios valores (*self-disclosure*), não tendo qualquer importância o conteúdo desses valores, mesmo que venham a causar danos a outras pessoas (BAKER, 2009, p. 142). É necessário o adendo de que Baker considera a existência de uma autonomia material, dizendo respeito às oportunidades de uma pessoa para que tenha a melhor e mais significativa vida possível. Não obstante, ela, ao contrário da autonomia formal, não seria um requisito para a legitimidade estatal.

A teoria de Baker possui problemas evidentes, que já foram expostos neste trabalho¹¹², tais como a excessiva consideração da autonomia privada em detrimento da pública e a ideia de que os cidadãos de um Estado podem escolher respeitar ou não o direito deste mesmo Estado. Além destas questões problemáticas já debatidas, as afirmações de Baker atinentes ao discurso de ódio também são passíveis de críticas.

Segundo o respectivo autor, o potencial danoso do discurso de ódio não reside na expressão humana com conteúdo ofensivo. A expressão proferida seria, de certa forma, neutra quanto à possibilidade de causar danos e/ou violar direitos, existindo estes somente após a vítima “mediar mentalmente” a expressão contra ela proferida e então a considerar como odiosa (BAKER, 1996, p. 991). Dessa feita, para Baker, todo o problema do discurso de ódio estaria na reação da vítima, não em sua estrutura ofensiva ou em seu efeito silenciador.

No paradigma atual de Estado Democrático de Direito não se deve assumir a liberdade de expressão desta forma, como um direito absoluto e concebido unicamente em sua esfera individual. Parece mais coerente deslocar a liberdade de expressão para que vá além do “orador” (*speaker*), não se retirando deste, mas também considerando a sua audiência. Ademais,

¹¹² A ver: Capítulo 1.1

limitar a liberdade de expressão a somente um exercício da autonomia pessoal é adotar uma perspectiva perigosamente redutora, em razão de assim se ignorar todo o aspecto danoso do discurso de ódio, silenciando suas vítimas e, também, lesando a autonomia destes. Neste sentido (ALLEN apud PRATES, 2015, p. 112):

[...] por que os direitos dos falantes são mais importantes do que os direitos dos ouvintes, ou da comunidade dos ouvintes. Devemos perguntar por que a resposta apropriada a um insulto é mais expressão, ao invés de menos. E precisamos entender por que a Primeira Emenda tem sido interpretada como a articulação de um sistema para proteger a liberdade de expressão que tem tão pouco a dizer sobre a igualdade dos falantes, especialmente quando se trata do uso de recursos. (...) E, mais importante, precisamos perguntar que tipo de sociedade estamos a tentar criar, e que papel a liberdade de expressão pode desempenhar nesse processo.

A ideia de Baker acerca de uma mediação mental pode vir a ser adotada quanto a expressão se tratar de uma ofensa, porém o discurso de ódio em muito ultrapassa a noção de uma mera ofensa. Podem se fazer quatro relevantes distinções entre estes conceitos. Primeiramente, a ofensa é lesiva somente no âmbito pessoal, possivelmente sequer atingindo a dignidade humana de quem a recebe, lesando-se apenas a honra (subjéctiva ou objectiva), enquanto o discurso de ódio carrega consigo todo um efeito silenciador que afeta as bases democráticas ou, adotando-se a ideia de Waldron, o bem público da “*assurance*”. Uma segunda diferenciação é feita com base na subjéctividade da ofensa, em contraste com a objectividade do discurso de ódio (WALDRON, 2012, p. 56-61). Em terceiro lugar, a ofensa não apresenta o requisito material do discurso de ódio, qual seja, o obrigatório direcionamento deste a um grupo ou minoria estigmatizada. Em contrapartida, a ofensa é dotada de generalidade, na medida em que todos os seres humanos detêm o bem jurídico “honra”. Por fim, também deve se ressaltar o conteúdo do discurso de ódio, correspondente ao seu requisito formal. O espectro para a configuração das ofensas à honra é bem mais amplo do que o dos discursos de ódio.

Considerando toda a questão do discurso de ódio, a restrição da liberdade de expressão para coibir esta prática não seria uma afronta à democracia. Esta restrição atuaria de modo a buscar melhorar a democracia, promovendo o debate público e alcançando à esta discussão minorias estigmatizadas que estariam silenciadas pelo *hate speech*. Diante disto, a vedação legal do discurso de ódio seria plenamente legítima. Por mais que alguns autores também argumentem a favor da impossibilidade de se regular o ódio, em razão de este ser um sentimento intrínseco da pessoa humana (POST, 2009, p. 123), o que se tenta regular é a expressão humana que se enquadre no conceito de discurso de ódio. Ou seja, é uma externalização do ódio, não o próprio sentimento de ódio, o que, de fato, seria impossível de regular.

Em vista da possibilidade de proibição do discurso de ódio, Waldron, após definir as bases teóricas justificativas desta proibição, avança para definir alguns aspectos da própria proibição. Primeiramente, tendo em vista de sua ideia de dignidade da legislação (WALDRON, 1999), Waldron manifesta oposição à questão de se proibir o discurso de ódio ser deslocada para o Judiciário, visto que a democracia é indissociável de um inevitável desacordo político causado pela variada gama de posições políticas em uma sociedade plural e, para o autor, o local de discussão dessas questões políticas (tais como o Direito), é o Poder Legislativo (WALDRON, 1999, p. 103).

Um reflexo desta posição pró-Legislativo de Waldron é retratado na sua afirmação de que se deva definir previamente as categorias de expressões que se enquadrariam como discurso de ódio, não devendo esta definição ser caso a caso (WALDRON, 2012, p. 113). Uma das características da legislação é seu caráter geral, mas isto não impede que a própria lei defina a possibilidade de o juiz definir, diante do caso concreto, se uma determinada expressão deveria ou não ser classificada como “discurso de ódio”. Ao contrário da proposição de Waldron, parece ser uma opção mais efetiva do que estabelecer um rol taxativo de formas de *hate speech* dispostas estaticamente em um diploma legal. O direito não é capaz de regular situações futuras, porém o estabelecimento de diretrizes gerais e/ou um rol apenas exemplificativo de discursos de ódio poderia auxiliar a lei a ficar tão atualizada quanto for possível, somando-se também com o fato de que muitas vezes a ocorrência do discurso de ódio poder ser auferida somente tendo em observação determinado contexto, ou seja, diante da análise do caso concreto.

O modelo norte-americano atinente à liberdade de expressão, com a sua evidente influência do pensamento liberal clássico, é extremamente permissivo quanto ao exercício deste direito. Esta posição permanece em relação à possibilidade de restrição com base no conteúdo da expressão por causa de discurso de ódio. Como se pode notar, a maior parte de seus acadêmicos e a Suprema Corte do país, mantêm o este posicionamento deveras permissivo, a exemplo de juristas como Ronald Dworkin e C. Edwin Baker, assim como os precedentes ainda em vigor da Suprema Corte de *Brandenburg v. Ohio* (1969)¹¹³ e *R. A. V. v. St. Paul* (1992)¹¹⁴.

Por outro lado, o modelo do direito internacional dos direitos humanos admite haver maiores restrições sobre o direito à liberdade de expressão quando o seu exercício, de alguma forma, atingir negativamente a pluralidade democrática e demais princípios fundamentais da

¹¹³ 395 U.S. 444 (1969).

¹¹⁴ 505 U.S. 377 (1992).

democracia. Diversos documentos de direito internacional preveem expressamente a vedação de discursos de ódio¹¹⁵, havendo também significativa jurisprudência neste sentido, a exemplo das decisões do Tribunal Europeu de Direito Humanos (TEDH) nos casos *Féret v. Bélgica* (2009) e *Vejdeland et al. v. Suécia* (2012), dentre outras.

Tendo em vista todo o disposto, percebe-se o caráter prejudicial do discurso de ódio, atacando não somente a vítima direta da prática, mas também todo o grupo estigmatizado a qual pertence, bem como à toda sociedade e à própria democracia. Neste sentido, a opção adequada aos valores democráticos de um Estado Democrático de Direito seria a restrição à liberdade de expressão quando esta fosse exercida com fins de proferir *hate speech*. Superando a clássica perspectiva liberal de que o Estado é apenas o potencial violador de liberdades individuais, em um Estado Democrático de Direito, o Estado não estaria somente legitimado, mas também incumbido no dever de atuar de modo a proteger os valores e a pluralidade democrática. Se para isto for necessária à regulação de determinadas formas de expressão humana, tal como o discurso de ódio, o Estado poderia atuar convergentemente à proibição daquela prática. Sobre esta atuação estatal, escreve Francisco Prates (2015, p. 172-173):

Deste modo, ao contrário do pensamento liberal que entende que a atuação estatal no discurso público nos transformaria em menores de idade que não sabem o que ler, ver ou ouvir, a posição outsider argumentaria que, se somos maiores, podemos ser responsabilizados, haja vista que o que nos torna responsáveis por nossas escolhas não é somente um Estado que nada faz, abstendo-se de agir perante as pretensões levantadas, mas um Estado que também não nos imuniza, pois tal imunização é que pode nos tornar menores impúberes, já que sem limites ou restrições. A questão é que estes limites ou restrições podem se apresentar como condições de possibilidade do nosso amadurecimento, haja vista que, do contrário, seríamos como seres além da igualdade, superiores, livres para dominar, não para compartilhar.

O Estado, no paradigma do constitucionalismo moderno e do Estado Democrático de Direito atualmente percebido, ultrapassou a noção de que seu dever quanto à liberdade de expressão é meramente negativo. Esta atuação estatal não deveria se dar apenas em âmbito legislativo, tal como Waldron propõe, mas sim em uma atuação conjunta dos três poderes: enquanto o Executivo deve estabelecer políticas públicas de inclusão e combate à discriminação, o Legislativo tem o dever de estabelecer leis nesse sentido, devendo o Judiciário então atuar para adequar a legislação ao caso concreto.

No âmbito do direito brasileiro, já foram expostas as disposições legais e constitucionais que visam o combate à discriminação, a igualdade e possibilidades de restrição à liberdade de

¹¹⁵ A título de exemplo, o diploma internacional da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e o art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

expressão¹¹⁶. Complementando a vital análise da atuação legislativa, também serão expostos os principais casos da jurisprudência constitucional brasileira sobre discurso de ódio

3.2 HC 82.424/RS: A incompatibilidade do discurso de ódio e do revisionismo histórico com a ordem constitucional brasileira

Notadamente, o Brasil tem um compromisso constitucional de combate ao discurso de ódio e de promoção da igualdade. Explicitado em dispositivos constitucionais como o art. 3º, IV¹¹⁷ e na legislação infraconstitucional, a exemplo da chamada “Lei do Racismo” (Lei 7.716/1989), este objetivo central é verificado. Todavia, a despeito desta proteção constitucional e legal, tem-se de se ter em vista a possibilidade de o discurso de ódio ocorrer em caso concreto. Tendo em consideração o caráter geral das disposições e o sistema jurídico pátrio como um todo, caberia ao Poder Judiciário essa eventual supressão de conflitos. Dessa feita, é essencial e prudente se analisar os principais casos da jurisprudência constitucional nos quais o Supremo Tribunal Federal deliberou sobre a matéria.

Considera-se como sendo o *leading case* concernente às fronteiras entre liberdade de expressão e discurso de ódio é o julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS, conhecido popularmente no meio jurídico como “Caso Ellwanger”. O relatório do caso nos diz que Siegfried Ellwanger, proprietário de uma editora de livros no estado Rio Grande do Sul, era simpatizante do regime nazista, escrevendo e publicando obras antissemitas e revisionistas do Holocausto, evento este profundamente impactante para a comunidade judaica. Em suma, acusava-se Ellwanger de praticar conduta tipificada no art. 20, § 2º da referida Lei 7.716/1989¹¹⁸.

¹¹⁶ A ver: capítulo 2.1

¹¹⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹¹⁸ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

(...)

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza.

(...)

O STF, em decisão por sua maioria¹¹⁹, julgou procedente a acusação, assim entendendo a relatividade do direito à liberdade de expressão no sentido de seu legítimo exercício não compreender a prática do discurso de ódio. Isto se deu por meio de uma equiparação do preconceito direcionado à comunidade judaica com o crime de racismo previsto na Lei 7.716/1989, conforme dispõe o art. 1º¹²⁰ desta.

Não somente a consolidação do entendimento relativista da liberdade de expressão quanto a tolerância ao discurso de ódio, o Caso Ellwanger também atuou significativamente para ampliar os horizontes e buscar uma conceituação acurada de “racismo” perante a ordem constitucional brasileira, considerando este fenômeno de ódio decorrente de um constructo social.

O voto dissidente do Ministro Relator Moreira Alves, entretanto, entendeu como limitado aos grupos afrodescendentes serem sujeitos passivos do crime de racismo, visto que os constituintes que estabeleceram o compromisso constitucional de combate aos preconceitos raciais eram afro-brasileiros, o que, segundo Moreira Alves, deveria inferir em uma interpretação restrita do crime de racismo. Tal posição deve ser contundentemente criticada. O titular do Poder Constituinte Originário da Constituição de 1988 é o povo brasileiro (Art. 1º, parágrafo único), o que englobaria os grupos sociais e raciais que fazem parte da população brasileira. Nesse sentido, o Constituinte era um representante do povo e, com isso, não deveria ser feita discriminação quanto a qual minoria estigmatizada poderia ou não ser vítima de racismo. Conforme escreve Mari Matsuda, o discurso de ódio racista compreende qualquer forma de discriminação de um grupo dominante contra um grupo subordinado (MATSUDA, 1993, p. 38). Sendo assim, em via do conceito adotado, não se pode resumir a discriminação apenas à raça, assumindo esta as mais variadas formas e dimensões.

Observa-se assim que, ao mesmo tempo em que se considera a ideia de “raça” um constructo social, rechaça-se a concepção biológica de “raça”. Além disso, conforme Prates afirma, cada situação específica sobre o tema deve ser analisada concretamente, ao contrário do que Jeremy Waldron defende (2012, p. 113), que a legislação procure adotar critérios taxativos de ocorrência de discurso de ódio. Sobre esta questão atinente ao mérito do julgamento, ensinam Francisco Prates (2015, p. 196):

¹¹⁹ Apenas os Ministros Moreira Alves, Carlos Ayres de Britto e Marco Aurélio Mello votaram de maneira dissidente.

¹²⁰ Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Os argumentos que prevaleceram no caso, em um enfoque hermenêutico constitucionalmente adequado do significado de racismo, revelam que o mesmo não é um dado ontológico, mas sim uma construção social, multidimensional, que precisa ser analisado em cada situação específica de aplicação, confrontado com a história e inserido nos compromissos internacionais que o Brasil vem assumindo, compromissos estes que podem ser sintetizados no disposto no inciso IV, artigo 3º do nosso vigente texto constitucional, o qual coloca como um dos nossos objetivos fundamentais enquanto República, a promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito ou forma de discriminação.

Outro ponto que necessita aqui ser abordado é a convergência de significações entre discurso de ódio e revisionismo histórico. Racismo pode ser entendido em uma esfera simplificada como “preconceito racial”, mas que, diante do conceito adotado pelo STF, estaria equiparado a outras formas de preconceito como homofobia e xenofobia, por exemplo. Já o revisionismo histórico seria um fenômeno distinto, sendo compreendido como “um negacionismo oriundo de um revisionismo [que] pode conduzir, sob uma aparência de pseudocientificidade e pseudohistoriografia, a um ‘pseudopassado’”¹²¹ (MORAES apud CATTONI DE OLIVEIRA et al, 2020, p. 32).

O revisionismo é uma forma de rever acontecimentos históricos por uma ótica tendenciosa anticientífica, negando estes mesmos acontecimentos sem o rigor metodológico necessário e, muitas das vezes, também sem sequer se amparar em fontes e dados científicos ou históricos. A questão do rigor metodológico é essencial para se distinguir o revisionismo da ideia de “releitura”. Não há verdade absoluta, perene e rígida, podendo esta vir a ser contestada, ou relida, diante de novas teorias e dados. Porém, no fenômeno da releitura, há rigor metodológico e boa-fé, não uma “narrativa falsificada da realidade, indiferente e insensível aos testemunhos das vítimas, buscando contrapor outra narrativa, que se sabe não ser pronta e acabada” (CATTONI DE OLIVEIRA et al, 2020, p. 32).

Ainda no diz respeito a estes fenômenos, entende-se que há demarcações teóricas as quais não podem ser suplantadas ou ultrapassadas. Por mais que a própria história seja sempre, a seu modo, uma disputa entre narrativas, o seu estudo deve ser realizado com a devida ética. O revisionismo se opõe à esta ética. Por mais que os estudos tenham um caráter parcial, visto que o próprio estudioso está sempre inserido em um contexto histórico-linguístico, que fornece o horizonte histórico de sentido que vem a convergir diante da interpretação (GADAMER,

¹²¹ MORAES, Luiz Edmundo de Souza. O negacionismo e o problema da legitimidade da escrita sobre o Passado. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História. São Paulo, 2011, p. 1-16.

1997)¹²², o rigor metodológico permite atribuir à releitura legitimidade epistemológica, ao contrário de um autor revisionista/negacionista, que parte de fontes duvidosas para afirmar o seu ponto de vista, sem a metodologia de pesquisa apropriada (senão inexistente). Sendo assim, o rigor metodológico é algo que não somente serve para distinguir os conceitos de “releitura” e “revisionismo”, mas também aufere legitimidade ao estudo realizado.

Após expostas a diferenças entre “releitura” e “revisionismo”, falar-se-á a respeito da conexão entre o revisionismo e o discurso de ódio. Esta conexão se visualiza no fato de que o primeiro atua como uma chancela para o segundo, justificando a prática do *hate speech* por meio de narrativas distorcidas que defendem e perpetuam estigmas às já estigmatizadas minorias políticas, em concordância com os professores Cattoni de Oliveira, Francisco Prates e Maria Fernanda Salcedo Repolês (2020, p. 53):

Revisionismo negacionista e discursos de ódio se conectam na medida em que procuram ocultar as distorções e as falsas alegações repassadas como ciência, reforçam-se expressões de negação da humanidade do outro e do valor social da alteridade e do pluralismo, o que acaba por contrariar as mesmas bases sob as quais se assentam a liberdade de expressão e o estado democrático de direito. Essas conexões são ainda mais graves quando potencializadas pelo próprio aparato do Estado, o que acaba por reforçar a indiferença, a insensibilidade social e a violência.

O conceito de racismo conforme entendido pelo STF está de acordo com a noção de discurso de ódio aqui trabalhada. Quanto à correlação entre revisionismo histórico e discurso de ódio, também há clara conexão, não devendo aquele ser considerado somente como justificativa deste, mas também como uma figura a ele juridicamente equiparada como exercício ilegítimo do direito à liberdade de expressão. Nesse sentido, faz-se a inferência lógica de que a conduta de Ellwanger que ensejou o HC 83.996/RS, por mais que não possa ser enquadrado como um discurso de ódio *per se*, também atacaria a sociedade, permitindo um discurso de ódio pretensamente “justificado” que minaria a participação no debate público e afrontaria a pluralidade democrática, valor constitucional. Ademais, no caso do negacionismo do Holocausto, também atacaria a dignidade da comunidade judaica que teve mais de seis

¹²² Segundo Hans-Georg Gadamer, o indivíduo está imerso em um contexto histórico-linguístico a ele permite um horizonte histórico de sentido, trabalhando como um elemento, quase paradoxalmente, essencial para a sua interpretação e também limitador desta. Nesse sentido: “é a partir deste horizonte que a compreensão acontece, e ela se faz a partir de uma determinada tradição, operando-se de maneira circular, de modo que sempre condicionada à revisão das pré-compreensões do indivíduo”. (FERNANDES, 2010, p. 23).

milhões de mortos durante a Segunda Guerra Mundial¹²³ simplesmente por pertencerem à referida comunidade.

Negacionismo do Holocausto é uma espécie de revisionismo histórico que já foi objeto de decisões da jurisdição constitucional de diversas ordens jurídicas globalmente. Conquanto tenha uma vasta jurisprudência não somente sobre discurso de ódio, mas também sobre a liberdade de expressão como cláusula geral, a Suprema Corte dos Estados Unidos ainda não se debruçou sobre um *leading case* a respeito, especificamente, de revisionismo histórico do Holocausto.

Isto não quer dizer que o negacionismo do Holocausto é um fenômeno ausente no contexto norte-americano. Conforme Kahn (2004) relata, casos de destaque sobre o tema foram amplamente divulgados, como universidades do país aceitando publicar artigos revisionistas e um empresário judeu que processou um instituto voltado para o revisionismo histórico quando este instituto se ofereceu a pagar uma determinada quantia para quem trouxesse provas irrefutáveis da ocorrência do Holocausto. O empresário apresentou as provas, porém a obrigação assumida pelo instituto não foi cumprida, o que levou o caso a litígio. O juiz do estado da Califórnia decidiu a favor do empresário e alegou que o Holocausto era um fato “além da disputa razoável”.

Não obstante ainda não haver um caso constitucional paradigmático que trate especificamente de negacionismo histórico no direito norte-americano, algumas previsões podem ser feitas sobre a tendência da Suprema Corte do país quanto à uma hipotética decisão.

Já exposta a conexão entre discurso de ódio e o revisionismo histórico, a princípio, pode-se elucubrar a posição da Suprema Corte dos EUA sobre um hipotético caso. Primeiramente, apesar de alguns poucos momentos de dissenso, a exemplo do período compreendido entre os anos de 1952 e 1969, quando o precedente vigente¹²⁴ relativizava a liberdade de expressão para não acolher em seu âmbito protetivo o discurso de ódio, a Suprema Corte se mantém alinhada com o livre mercado de ideias e a busca pela verdade como fundamento do direito à liberdade de expressão. Todas as ideias devem ser expostas no livre mercado de ideias, sem amarras ou interferência estatal, para que a verdade (ou uma ideia dela próxima) prevaleça perante as demais. Esta fundamentação é deveras problemática, na medida

¹²³ Dados consultados em: < <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/documenting-numbers-of-victims-of-the-holocaust-and-nazi-persecution>>. Acesso em: 22/11/2020.

¹²⁴ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

em que desconsidera qualquer assimetria de forças para que os indivíduos se insiram no livre mercado de ideias, além de enxergar a participação no debate pública de maneira apenas quantitativa e pressupor um conceito plenamente objetivo de verdade¹²⁵. Porém, ainda é o posicionamento prevalecente no ideário jurídico da Suprema Corte norte-americana. Permissivo ao discurso de ódio e verificada a conexão deste fenômeno com o revisionismo, a aplicação direta dos precedentes da Corte também entenderia o revisionismo histórico como um exercício legítimo da liberdade de expressão, em virtude do raciocínio de que não caberia ao Estado dizer que esta ideia é “inverídica”, devendo o negacionismo ser suprimido diretamente no âmbito do livre mercado de ideias. Nos moldes da teorização de John Stuart Mill, o Estado não estava legitimado no sentido de impedir a divulgação de ideias, na medida em que assim ele estaria assumindo uma “presunção de infalibilidade”, sendo que a infalibilidade não era uma de suas características (MILL, 1974, p. 4-5):

A opinião que se pretende suprimir por meio da autoridade pode ser verdadeira. Naturalmente, aqueles que desejam suprimi-la negam-lhe a verdade; porém não são infalíveis. Não têm autoridade para decidir a questão em nome de toda a humanidade, excluindo qualquer outra pessoa dos meios de julgar. Recusar-se a ouvir uma opinião, por se achar seguro de que é falsa, é pretender que sua certeza é o mesmo que certeza absoluta. Todo ato de proibir uma discussão é uma pretensão de infalibilidade.

Em termos de comparação, verifica-se no voto dissidente do Ministro Marco Aurélio Mello quando do HC 83.996/RS posicionamento semelhante ao preconizado por Stuart Mill. Em seu voto, por mais que tenha admitido a possibilidade de restrição à liberdade de expressão em determinadas situações, esse direito não deveria ser restringido, na medida em que o Estado não deveria atuar positivamente para impedir que ideias consideradas não dominantes fossem divulgadas. Em paráfrase do Ministro: “(...)garantir a liberdade de expressão apenas das ideias dominantes que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida.”.

A despeito do voto do Ministro Marco Aurélio Mello, o Supremo Tribunal Federal interviria para dar efetividade às garantias constitucionais. Nesse sentido, uma atuação do Tribunal que, de alguma maneira relativize o direito à liberdade de expressão de modo que estanque o *hate speech*, não resultaria na configuração de censura, ou seja, o Estado não atuaria *a priori* para impedir a divulgação de uma ideia “ainda não dominante” ou “não estabelecida”. Em um primeiro ponto, salta-se a incompatibilidade de prática do discurso de ódio com a

¹²⁵ A ver: Capítulos 1.1 e 1.2.

Constituição Brasileira de 1988. Em segundo plano, também não seria um impedimento ao proferimento de uma mensagem, ainda que de conteúdo odioso, mas sim uma responsabilização judicial, seja penal, cível ou até mesmo administrativa, decorrente (ou seja, a posteriori) da mensagem emitida (OMMATI, 2012, p. 100).

Todavia, apesar da conexão apresentada, há a possibilidade, em menor grau, da Suprema Corte estabelecer o procedimento de *distinguishing* entre seus precedentes acerca da permissão do discurso de ódio e o hipotético caso de revisionismo histórico, concebendo tais fenômenos como distintos entre si. Outra perspectiva que a Suprema Corte poderia vir a adotar seria o fato de que o revisionismo histórico ultrapassa a barreira de legitimidade ao se ancorar em afirmações plenamente estabelecidas como falsas, a exemplo do caso do negacionismo do Holocausto. Adotando-se esta linha argumentativa, seria aberta à Suprema Corte a possibilidade de considerar o revisionismo uma prática inerentemente maliciosa e que não teria capacidade de contribuir para com a busca pela verdade, o que permitiria a Corte vedar a prática sem colocar em xeque seu precedente acerca de discurso de ódio e toda a concepção favorável ao livre mercado de ideias por ela adotada.

Talvez por ter vivenciado toda a tragédia do Holocausto com maior proximidade, as tensões causadas por negacionismos são mais visíveis em âmbito europeu, tendo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos sido encarregado de decidir lides que versavam sobre o tema. No ano caso *Garaudy v. França* (2003), o TEDH entendeu legítima a proibição da circulação de um livro negacionista do Holocausto por visualizar nele um substrato de ódio racial. Tal decisão está em plena conformidade com a perspectiva aqui adotada de haver intrínseca conexão entre discurso de ódio e revisionismo histórico.

Em 2019, o TEDH veio novamente a decidir sobre o tema, mantendo coerência com a decisão anteriormente citada. No caso *Pastörs v. Alemanha* (2019), um político alemão foi condenado por negar publicamente a existência do Holocausto, afirmando também que este evento uma farsa do povo judeu. Este caso apresenta a peculiaridade de que o réu era um parlamentar alemão, tendo a decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos não apenas estreita ligação com *Garaudy v. França* (2003), mas também com de *Mladina D.D. Ljubljana v. Eslovênia* (2014), em virtude de este último caso também guarda correlação com imunidade parlamentar e discurso de ódio proferido por um político, que, no caso, era esloveno. Em *Pastörs v. Alemanha* (2019) o posicionamento foi mantido, entendendo não somente que falas revisionistas seriam um exercício legítimo do direito à liberdade de expressão, mas também que

a imunidade parlamentar não acobertaria esse tipo de expressão, sendo o parlamentar alemão então passível de condenação.

O STF, ao decidir o HC 83.996/RS, confundiu os fenômenos do discurso de ódio (utilizando-se “racismo” como um sinônimo) e do revisionismo histórico. O negacionismo do Holocausto, por ser uma forma de revisionismo, guarda íntima conexão com o discurso de ódio, na medida em que “prepara o terreno” para a presença do *hate speech*, de certa forma também causando os mesmos problemas que este último, devendo, por conseguinte, ser vedado. Porém, ele não se confunde inteiramente com o discurso de ódio, apresentando ambos diferente estruturação.

Enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos ainda não enfrentou um *leading case* específico que trate da tensão entre o direito à liberdade de expressão, dístico do direito deste país, e o revisionismo histórico, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já tratou da questão em distintas ocasiões, em todas entendendo que a liberdade de expressão não abarca a prática revisionista em seu âmbito de proteção. O Supremo Tribunal Federal, apesar das omissões conceituais presentes na decisão do Caso Ellwanger, mais uma vez propôs um direito à liberdade de expressão que coaduna com o modelo do direito internacional dos direitos humanos, relativizando-o, porém, ao mesmo tempo, considerando toda a sua vasta importância para o Estado Democrático de Direito.

3.3 ADO 26: A consolidação da incompatibilidade do discurso de ódio homofóbico com a ordem constitucional em concomitância com a tensão entre o princípio da separação dos poderes

No ano de 2019, o Supremo Tribunal decidiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, cujo objeto era o reconhecimento de omissão constitucional do Congresso Nacional em enquadrar a homotransfobia no âmbito incriminatório constitucionalmente apregoado pelo art. 5º, XLI e XLII¹²⁶ da CR/88. O julgado foi na direção de haver, de fato,

¹²⁶ 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:

(...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

omissão legislativa no tocante a este ponto, com o STF vindo a suprir a mora legislativa e enquadrando a homotransfobia no conceito de “racismo”, estabelecido quando do julgamento do Habeas Corpus 83.996/RS.

Adotando-se apenas a definição de Axel Honneth de “reconhecimento” (2009, p. 155-212)¹²⁷, este divide-se em amor, direito e solidariedade, sendo a violação, a privação de direitos e a degradação as formas com que o reconhecimento é atacado. Nas palavras do próprio autor (HONNETH, 2009, p. 198):

vem à superfície da linguagem o significado psíquico que o reconhecimento jurídico possui para o autorrespeito dos grupos excluídos: sempre se discute nas publicações correspondentes que a tolerância ao subprivilégio jurídico conduz a um sentimento paralisante de vergonha social, do qual só o protesto ativo e a resistência poderiam libertar.

Para Honneth, portanto, o reconhecimento jurídico deveria ocorrer por meio de uma luta dos grupos estigmatizados, exemplificada pelo autor pelo “protesto ativo” e pela “resistência”. Não é de se olvidar que a consideração da leitura da Constituição como um processo aberto permite esta visão, na qual a movimentação para a inserção de grupos histórica e politicamente estigmatizados no debate público, por meio das formas de luta destes mesmos grupos, enfrentou a privação de direitos representadas por sua exclusão social e pelos ataques diretos a eles perpetrados sob a forma de discurso de ódio. Entretanto, discordando em parte da teorização do filósofo alemão, o sentido aberto da Constituição é compatível com a luta por reconhecimento jurídico proposta pelo autor, harmonizando-se com esta luta conforme o combate à privação de direitos histórica que estes grupos enfrentaram e continuamente enfrentando. O Direito não garantiria plenamente o reconhecimento, sendo contínua a luta destes grupos, porém, ao menos no sentido do reconhecimento jurídico, o Direito poderia vir a ser um instrumento que, de certo modo, “positive” as conquistas da luta por reconhecimento até então, auxiliando estes grupos em seu próprio processo de luta. Nesse sentido, até mesmo normas constitucionais da CR/88 como seu art. 60, § 4º, IV¹²⁸ e o princípio da vedação ao retrocesso poderiam ser instrumentos para a luta por reconhecimento, ainda que o Direito não seja garante do reconhecimento *per si*.

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

(...)

¹²⁷ Na visão de Axel Honneth, o reconhecimento é decorrente de uma luta, não podendo ser garantido pelo Direito, o que impede a adoção do autor como um pleno referencial teórico para o presente trabalho. Dessa feita, limitar-se-á a expor a sua conceituação/definição do que seria o “reconhecimento”.

¹²⁸ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

Noutro giro, também se deve mencionar a visão do professor Daniel Sarmento, que entende como existente um direito fundamental ao reconhecimento na constituição brasileira, apesar de não haver norma expressa neste sentido. Para o autor brasileiro, o reconhecimento seria conteúdo do princípio da dignidade humana no âmbito constitucional brasileiro, conjuntamente ao valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia e o mínimo existencial (SARMENTO, 2016). Disto decorreria o direito constitucional ao reconhecimento como sinônimo de “direito à identidade pessoal” (SARMENTO, 2016, p. 256). Apesar deste direito à identidade pessoal estar em conformidade com a CR/88 e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, parece-nos estar mais relacionado com questões de respeito à autonomia individual e a participação democrática do que da definição proposta por Axel Honneth acerca do reconhecimento.

O voto do Ministro Luis Roberto Barroso na ADO 26 ilustra estas questões tangentes à mora legislativa na proteção dos direitos da(s) minoria(s) LGBTQIA+ e o progressivo reconhecimento destes grupos no decorrer do tempo, como pode se ver neste trecho destacado do voto:

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

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

No que tange a primeira das críticas, afirma-se que o Supremo Tribunal Federal, diante da mora legislativa em sanar a omissão inconstitucional objeto da ADO 26, atuou

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais

legislativamente fora do âmbito de sua competência. A fim de dialogar com autores já citados neste capítulo, percebe-se que esta crítica caminha ao encontro dos escritos de Jeremy Waldron de que o Poder Legislativo possui maior legitimidade para lidar com questões constitucionais, visto que, existindo o desacordo sobre direitos fundamentais entre os próprios cidadãos, a maneira mais legítima de lidar com estes desacordos seriam por representantes deste meio povo, eleitos por estes, ou seja, o Poder Legislativo. Porém, vale ressaltar que a teoria de Waldron não nega as Cortes Constitucionais, admitindo a jurisdição constitucional para lidar com casos endêmicos de violações de direitos e garantias individuais (MENDES, 2011, p. 91).

Por outro lado, Ronald Dworkin a função do Poder Judiciário seria justamente exercer o papel de órgão contramajoritário, protegendo direitos de uma minoria mais fraca perante a maioria mais forte. Entretanto, Dworkin, como já visto, entende que o discurso de ódio não deva ser restringido, o que, no caso da ADO 26, provavelmente o faria discordar de tal decisão.

Apesar destas duas relevantes teorias do Direito serem incompatíveis no que concerne a determinados aspectos da legitimidade da decisão, há vários outros doutrinadores que entendem em sentido contrário, na possibilidade de a jurisdição constitucional suprir eventual omissão constitucional atinente à direitos fundamentais. Tal perspectiva é a defendida por Cattoni de Oliveira, Alexandre Bahia e Diego Bacha e Silva (2019), ao comentarem especificamente da decisão da ADO 26:

O Direito possui maiores ambições (Dworkin)¹²⁹ do que ser um conjunto fechado de regras, estático no passado. Em um Estado Democrático de Direito cabe aos órgãos públicos constituídos o dever de cumprir a Constituição e as normas, de direito interno e internacional. A omissão do Congresso Nacional em tratar da homotransfobia, mesmo tendo a oportunidade de fazê-lo há mais de 18 anos – quando do início da tramitação do PLC 122 em 2001 – e os números alarmantes dessa violência no país, que é campeão mundial invicto neste tema (mesmo com grande subnotificação), somados aos comandos normativos da Constituição e de Normas Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil se submete e ainda, considerando o que o STF decidiu no HC 82.424, tudo isso mostra que a decisão do STF na ADO 26 e MI 4733 não poderia ser outra que não a que a maioria já definiu.

Em escrito mais antigo, tratando da possibilidade de o STF suprir a omissão legislativa, mas não especificamente da ADO 26, Sérgio Moro entende que, apesar de não haver previsão expressa que autorize o Tribunal a assim proceder, também não há uma vedação expressa, o que permitiria determinada “legislação positiva” do Tribunal neste caso (MORO, 2004, p. 241).

¹²⁹ Baseando-se na ideia de Dworkin de que o Direito é mais do que um conjunto de regras (direito positivo), possuindo um caráter principiológico. Há um direito ideal que o direito positivo deve se desenvolver em sua direção (DWORKIN, 1997).

Apresentada toda esta primeira questão, entende-se que, no entanto, o STF não legislou na decisão da ADO 26, especificamente. Conforme foi delineado, o conceito de “racismo” desenvolvido quando do HC 82.424/RS é como um sinônimo de “discurso de ódio”, não se referindo, estritamente, ao discurso de ódio de cunho racial. Neste sentido, ao enquadrar a homotransfobia como “racismo”, o Supremo Tribunal Federal não estaria legislando positivamente diante da omissão do Poder Legislativo em assim o fazer, mas apenas reiterando o seu entendimento sobre discurso de ódio e, dessa forma, englobando todas as formas desta prática dentro de sua ideia de “racismo”.

Entretanto, no que pesa esta possibilidade interpretativa, deve-se ressaltar a importância do princípio da legalidade estrita para o Direito Penal, sob o axioma de “*nullum crimen sine lege*” (não há crime sem lei). Nesse sentido, evocando-se o primeiro dos sentidos do garantismo penal proposto pelo penalista italiano Luigi Ferrajoli, temos que (FERRAJOLI, 2010, p. 785-786):

‘Garantismo’ designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

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

A segunda questão problemática atinente à decisão da ADO 26 é a que o STF criminalizou uma conduta, violando o princípio da legalidade penal e fazendo uma analogia *in malam partem*. Contudo, pode-se responder à esta segunda crítica também partindo do referencial do conceito de “racismo” (discurso de ódio) adotado pelo Tribunal. Ao considerar a homotransfobia como “racismo”, tal conduta já estaria tipificada no art. 20 da Lei 7.716/1989, ou seja, já haveria uma previsão legal para o crime. Quanto à acusação de haver analogia *in malam partem*, parafraseia-se novamente Cattoni de Oliveira, Alexandre Bahia e Diego Bacha e Silva (2019):

Só faz sentido em falar em analogia in malam partem quando houver incriminação de condutas lícitas que se assemelham a condutas tidas como criminosas pela lei. Há uma relação entre ilicitude e licitude dentro de uma lógica do sistema jurídico. Ou seja, a questão toda é ofertar a segurança jurídica para o réu. A analogia in malam partem é uma ofensa à própria segurança jurídica. No caso da criminalização da homofobia e da transfobia, tem-se que, dentro da integridade do direito, tais condutas foram consideradas como criminosas pela Constituição de 1988, conforme salientamos e, ainda, a consideração do racismo como um processo social e não biológico, conforme adotado pelo precedente do HC 82.424.

Apesar de uma nomenclatura que talvez seja equivocada (“discurso de ódio” seria o termo mais adequado¹³⁰), o conceito de “racismo” tal como delineado pelo Supremo Tribunal Federal foi acertado principalmente ao considera-lo um processo socialmente construído. Decorre-se desta conceituação a possibilidade desta ideia de “racismo” poder englobar outras formas de discurso de ódio, como a homotransfobia. Sendo assim, apesar de críticas de considerável relevo à decisão da ADO 26, esta, ao menos a princípio, parece estar em conformidade com o ordenamento constitucional brasileiro e a concepção de liberdade de expressão até então adotada pelo STF.

No que tange a permissão constitucional do discurso de ódio, já restou evidente a predileção do direito norte-americano por uma justificativa eminentemente liberal clássica que permite a presença desta prática dentro da sociedade norte-americana. Nesse sentido, como previsto, há dissonância entre o mérito da ADO 26 e o precedente vigente da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o tema¹³¹ que, por mais que tratasse de discurso de ódio de cunho racial, entende-se que a *ratio decidendi* deste precedente poderia perfeitamente ser utilizada para embasar uma decisão que também permita a homotransfobia, no contexto do modelo norte-americano.

Já o modelo do direito internacional dos direitos humanos assume uma posição diferente da do modelo norte-americano, justificando o direito à liberdade de expressão com base nos valores democráticos, o que enseja a relativização deste direito quando o seu exercício atua contrariamente àqueles valores.

Assim como a ADO 26, há no âmbito deste modelo decisões de cortes internacionais que conceberam a homofobia como discurso de ódio e, por isto, seria uma prática incompatível com os valores democráticos. Em especial, cita-se a decisão de *Atala Riffo y Niñas v. Chile*

¹³⁰ A ver: Capítulo 3.1

¹³¹ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

(2012)¹³², caso paradigmático para a Corte Interamericana no qual o Chile havia retirado as filhas da guarda da mãe somente por causa de sua orientação sexual. A Corte, nesta decisão, além de definir a orientação sexual como um parâmetro para a identidade pessoal do indivíduo, também estaria protegida de discriminação. Por mais que o caso não tratasse de liberdade de expressão, esta garantia de proteção ensejaria em casos futuros a caracterização da homofobia como discurso de ódio, prática que esta Corte estaria incumbida de combater, conforme art. 13 da Convenção Americana¹³³. Em adendo, tal fundamentação também abarcaria a proteção contra a transfobia.

Em reflexão sobre o tema, tem-se que, apesar de duras críticas, a adoção do conceito de “racismo” da forma como foi adotada pelo STF a partir da decisão do HC 82.424/RS abriu a possibilidade de todas as formas de discurso de ódio se enquadrarem na tipificação legal do crime de racismo, a despeito das disposições constitucionais de igualdade e de combate às discriminações. Além disso, mais uma vez, percebe-se a harmonia entre o mérito da decisão da ADO 26 com o modelo internacional dos direitos humanos, verificando-se não somente os prejuízos que a prática do discurso de ódio causa a um Estado Democrático de Direito, mas também considerando orientação sexual como parte fundante da identidade pessoal e da autonomia individual, valores estes que o Direito também deve proteger.

¹³² Atala Riffo y Niñas v. Chile (2012).

¹³³ Art. 13.5 A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

4. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE O MODELO NORTE-AMERICANO E O MODELO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

4.1 Posicionamentos e tendências da liberdade de expressão no Supremo Tribunal Federal

O objetivo desta pesquisa não se resume à mera análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do direito à liberdade de expressão. Após o escrutínio das principais decisões que versam sobre o tema proferidas pelo Tribunal, realizar-se-á uma nova análise comparativa, considerando todas as decisões expostas ao longo do trabalho, a fim de se buscar estabelecer semelhanças e diferenças em relação aos dois principais modelos de liberdade de expressão existentes: o modelo norte-americano e o do direito internacional dos direitos humanos.

Preliminarmente, rememora-se que se trata de um trabalho de Direito Constitucional Comparado e, como qualquer trabalho que envolva a comparação de distintas ordens constitucionais, algumas observações prévias devem ser feitas. Uma primeira observação a ser enfatizada é a respeito do caráter diagnóstico da pesquisa comparativa. Por mais que as distintas ordens venham a apresentar similitudes, uma abordagem que apenas “transplante” as considerações feitas acerca de um dos modelos e não as “traduza” (LANGER, 2004), encontraria diversos problemas metodológicos oriundos da diferença entre ordenamentos, na medida em que desconsideraria todo o processo histórico que envolve o direito analisado, no caso a liberdade de expressão, assim como o contexto social de cada jurisdição. Não obstante esta recomendação, o método comparativo também possui vantagens, a exemplo de ser (FABBRINI, 2010, p. 24):

o instrumento cognitivo mais efetivo para se entender, destacando-se as semelhanças e as diferenças entre os casos, as estruturas e as funcionalidades dos sistemas jurídicos. Neste giro, é um método extremamente poderoso para explicar as dinâmicas e procedimentos que caracterizam um sistema em específico¹³⁴.

Após estes prolegômenos metodológicos, será iniciado o processo de diagnóstico referente às análises de decisões do Supremo Tribunal Federal, da Suprema Corte dos EUA e

¹³⁴ No original: “the comparative method, on the one hand, is the most effective cognitive instrument to understand, by underscoring the commonalities and diversities between cases, the structures and functions of juridical systems. On the other hand, it is an extremely powerful method to explicate the dynamics and processes that characterize a specific system and to illuminate those structural regularities that would otherwise pass unnoticed”.

de tribunais internacionais representativos do modelo do direito internacional dos direitos humanos, no caso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

No que tange a liberdade de expressão como cláusula geral, foram analisados quatro julgados, aos quais a doutrina brasileira atribui a devida relevância, decididos pelo Supremo Tribunal Federal. O primeiro destes casos foi o HC 83.996/RJ, que, apesar de não ter sido decidido em sessão plenária, versou sobre a possibilidade de regulação da expressão humana conforme seu modo, tempo e lugar, a despeito de o impetrante de tal *habeas corpus* ter sido julgado inocente. Em ambos os modelos de liberdade de expressão é permitida a restrição da liberdade de expressão dependendo do modo como ocorre, do lugar onde ocorre e do momento em que ocorre. Sendo assim, esta decisão estaria caminhando conjuntamente com os preceitos dos dois modelos apresentados.

A segunda decisão do STF objeto de estudo foi a referente à ADPF 130, a qual julgou a Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) como não recepcionada pela nova ordem constitucional pós-1988. Este julgado guarda relação com ambos os modelos no que diz respeito à importância social da liberdade de imprensa, no sentido de ser um pilar democrático. Entretanto, no modelo norte-americano, a responsabilização de particulares decorrente do exercício da liberdade de imprensa encontra idiosincrasias que afastam dele a decisão do STF, no que atine a este ponto. No modelo norte-americano, destaca-se neste sentido as decisões de *Marsh v. Alabama* (1946)¹³⁵ e *Amalgamated Food Employees v. Logan Valley Plaza* (1968)¹³⁶, as quais admitem a responsabilização de um particular neste âmbito, porém desde que sua atuação possa ser equiparada à do Estado (*state action doctrine*).

O terceiro exame realizado no plano da liberdade de expressão como cláusula geral foi referente a ADI 4.451, na qual se decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo legal que vedava que políticos fossem objeto de trucagem, ridicularização e outras formas de humor durante o período eleitoral. O cerne desta decisão se apoiou na liberdade de se fazer críticas, seja pelo humor ou por qualquer outra forma, às autoridades públicas ou candidatos a cargos políticos eletivos. Esta decisão é perfeitamente consonante com o modelo norte-americano, conforme se pode verificar pela *ratio decidendi* do precedente *New York Times Co. v. Sullivan* (1964)¹³⁷, bem como no que diz respeito ao modelo do direito internacional dos direitos humanos, a ver pelas deliberações ocorridas quando das decisões dos casos *Tristán Donoso v.*

¹³⁵ 351 U.S. 105 (1956).

¹³⁶ 391 U.S. 308 (1968).

¹³⁷ 376 U.S. 254 (1964).

Panamá (2009), da Corte Interamericana, e *Mladina D.D. Ljubljana v. Eslovênia* (2014), do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Já a ADPF 548, cujo objeto também era dispositivos da Lei 9.504/1997, propulsionada por decisões judiciais e administrativas que vedavam manifestações políticas em universidades e determinavam o recolhimento de materiais eleitorais durante o pleito eleitoral, teve como *ratio decidendi* os direitos constitucionais da liberdade acadêmica e da autonomia universitária conjuntamente ao princípio do pluralismo democrático. Conforme salientado pela Relatora Carmem Lúcia, a Universidade seria um *locus propício* ao debate público e qualquer restrição indevida acarretaria em um sufocamento da democracia, posta a íntima relação desta para com a liberdade acadêmica e a autonomia universitária. Tal fundamentação decisional se aproxima de ambos os modelos aqui analisados, tendo em vista as decisões de *Sweezy v. New Hampshire*¹³⁸ (1957) e *Vogt v. Alemanha* (1995), respectivamente proferidas pela Suprema Corte dos EUA e pelo TEDH.

A última decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal a entrar no rol de análise da liberdade de expressão como cláusula geral foi a ADI 4.815, tratando-se da questão da necessidade de prévia autorização para a publicação de biografias, nos moldes dos arts. 20 e 21 do atual Código Civil Brasileiro. Por meio de uma interpretação conforme a Constituição, sobrepondo o direito à liberdade de expressão e à liberdade de informação aos direitos de personalidade, neste caso, considerou-se inconstitucional a aplicabilidade dos dispositivos legais do Código Civil que condicionariam a publicação de uma biografia à autorização do biografado ou, em determinadas situações, de familiares. A decisão da ADI 4.815 estaria adequada às noções de ambos os modelos atinentes à liberdade de expressão.

As decisões do Supremo Tribunal Federal que dizem respeito à liberdade de expressão como cláusula geral guardam intimidade com ambos os modelos atinentes a este direito. A única ressalva a se fazer é impossibilidade de particulares serem responsabilizados por exercício abusivo da liberdade de expressão, salvo quando suas ações sejam equiparadas a ações estatais (*state action doctrine*). Os direitos fundamentais no âmbito do direito norte-americano não são dotados de horizontalidade, da maneira como o são no âmbito do direito brasileiro, servindo então, naquele primeiro modelo, a liberdade de expressão apenas como um direito fundamental negativo que somente pode ser violado pelo Estado (ou a quem a ele se equipare).

¹³⁸ 354 U.S. 234 (1957).

Quanto ao segundo espectro da análise, a respeito do fenômeno do discurso de ódio (*hate speech*), foram postas em consideração as decisões do Supremo Tribunal Federal no HC 82.424/RS e na ADO 26. Em detrimento de uma análise dos casos separadamente, adequa-se melhor à consecução do diagnóstico almejado uma análise de cunho temático, tendo em vista que ambas tratam de discurso de ódio, a despeito de suas peculiaridades individuais. Outrossim, também deverá ser pontuada a questão do revisionismo histórico presente no 82.424/RS, comparando-a, de maneira separada, em relação a ambos os modelos.

Tanto o HC 82.424/RS e a ADO 26 não admitiram o discurso de ódio na ordem constitucional brasileira, não concebendo, portanto, a liberdade de expressão como um direito absoluto. Em sentido de comparação, o entendimento do STF se enquadra no modelo internacional dos direitos humanos ao conceber o direito à liberdade de expressão como parte fundante da democracia e o discurso de ódio como um ataque aos valores democráticos, veda este fenômeno. Cita-se, em adendo, o fato de o Brasil ser signatário de vários documentos de direito internacional com propostas de combate às mais variadas formas de discriminação. O modelo norte-americano, em contrapartida, permite a presença do discurso de ódio na sociedade norte-americana. Inspirado pelo liberalismo clássico características dele decorrentes, tais como a verticalidade dos direitos fundamentais, desacompanhada de uma faceta horizontal, e a prevalência da igualdade formal diante da igualdade material, bem como a busca pela verdade como justificativa central do direito à liberdade de expressão, a Suprema Corte dos Estados defende a presença do *hate speech* no fórum público de debates. O Estado, ao regular a expressão humana com base em seu conteúdo, estaria partindo de uma “presunção de infalibilidade” (MILL, 1974, p. 4-5), a qual ele não teria. Uma ideia que seja considerada “errada” sofreria regulação do livre mercado de ideias ao passo em que as melhores ideias prevaleceriam sobre estas ideias ditas “erradas”. Verifica-se, portanto, que o direito brasileiro estaria distante da concepção norte-americana.

A problemática do revisionismo, enfrentada pelo STF quando do caso Ellwanger (HC 82.424/RS), também é vedada no ordenamento constitucional brasileiro, visto sua intrínseca conexão com o fenômeno do discurso de ódio (CATTONI et al, 2020, p. 53). No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, a questão do revisionismo histórico, mais especificamente o negacionismo do Holocausto (assim como no caso Ellwanger), já foi diversas vezes enfrentada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Colocando em ressaltado os casos de *Garaudy v. França* (2003) e o recente *Pastörs v. Alemanha* (2019), em ambos o TEDH

percebeu o revisionismo histórico como incompatível com os valores democráticos da União Europeia.

No âmbito do direito norte-americano, porém, o revisionismo nunca chegou a ser diretamente enfrentado pela Suprema Corte dos EUA. Nesse sentido, em um exercício de previsão, dependeria da forma com que ela (a Suprema Corte) concebesse o fenômeno. Caso ela confunda o revisionismo histórico com o discurso de ódio, ou ao menos considere que possuam os mesmos fundamentos, a tendência a ser verificada é a aplicação do precedente *Brandenburg v. Ohio* (1969)¹³⁹, permissivo ao *hate speech*. Todavia, caso a Suprema Corte entenda que, por ser uma evidente inverdade, poderia haver sua restrição sem que sequer se precisasse entrar no livre mercado de ideias, ela poderia estabelecer o procedimento de *distinguishing* de modo a não precisar abandonar seu posicionamento favorável a busca pela verdade como justificativa primordial da liberdade de expressão e a teoria do livre mercado de ideias, a ela tão caros.

Se no que tange a liberdade de expressão como cláusula geral houve quase que um enquadramento paritário das decisões do Supremo Tribunal Federal em relação aos modelos norte-americano e do direito internacional dos direitos humanos, no que diz respeito ao discurso de ódio há uma clara aproximação em relação ao segundo modelo.

Das seis decisões analisadas, somando-se as referentes à liberdade de expressão como cláusula geral e também que se referem ao discurso de ódio, todas estariam conformadas ao modelo do direito internacional dos direitos humanos. Destas mesmas seis decisões, três inteiramente poderiam ser consonantes ao modelo norte-americano, todas referentes à liberdade de expressão como cláusula geral. Além disso, há uma aproximação parcial da decisão da ADPF 130 e o modelo norte-americano, que converge no sentido de estabelecer a importância democrática da liberdade de imprensa para um Estado Democrático de Direito, elas divergem quanto à horizontalidade da incidência dos direitos fundamentais. Porém, no que diz respeito ao discurso de ódio, verifica-se considerável distanciamento entre o direito brasileiro e o direito norte-americano.

Por fim, talvez valha a pena pontuar uma possível tendência do Supremo Tribunal Federal a uma concepção mais protetiva contra o discurso de ódio. Tendo-se como referência os julgamentos do HC 82.425/RS (2003) e a ADO 26 (2019), em ambas as decisões houveram votos dissidentes, três no primeiro caso (Moreira Alves, Carlos Ayres de Britto e Marco Aurélio

¹³⁹ 395 U.S. 444 (1969).

Mello) e também três no segundo (Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio Mello). Entretanto, cabem algumas considerações potencialmente diretivas desta tendência da Corte Brasileira. A primeira é que os dois Ministros que votaram contrariamente à procedência da ADO 26 e não faziam parte do Tribunal quando do julgamento do Caso Ellwanger (2003) não motivaram seus votos por desacordo sobre o mérito da questão, mas sim porque, na visão destes, seria de competência do Poder Legislativo a criminalização da homotransfobia¹⁴⁰.

Outra consideração interessante a ser feita é a mudança de posicionamento do Ministro Marco Aurélio Mello. Se em 2003, seu voto, muito inspirado pelo posicionamento de John Stuart Mill¹⁴¹, foi favorável à possibilidade de discursos de ódio estarem protetivamente acobertados pela liberdade de expressão, neste (2019) a sua justificativa se resumiu aos mesmos argumentos dissidentes de Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, quais sejam, a competência do Poder Legislativo para suprir a omissão (in)constitucional, sem, portanto, novamente desafiar o mérito da questão do *hate speech* e da liberdade de expressão.

Por enquanto, não se pode afirmar com veemência sobre uma tendência protetiva cada vez mais abrangente do pluralismo democrático, mas ao que se demonstra, ao menos uma gradual consolidação destes valores está ocorrendo no âmbito do Supremo Tribunal Federal e, por conseguinte, em toda a esfera constitucional do direito brasileiro.

4.2 A concepção brasileira da liberdade de expressão

Diante do exposto na seção anterior, percebe-se uma aproximação maior do direito brasileiro comparativamente ao modelo do direito internacional dos direitos humanos do que em relação ao modelo norte-americano atinente à liberdade de expressão, não obstante beber em ambas as fontes. De fato, o modelo do direito internacional dos direitos humanos se mostra consideravelmente mais compatível com a ordem constitucional brasileira do que o modelo norte-americano, tendo em vista expressas possibilidades de limitação do direito à liberdade de expressão previstas no próprio texto constitucional, bem como adesão do Brasil em documentos de direito internacional que regem normas e valores de combate à discriminação. Além destes fatores, ainda há a fundamentação do direito da liberdade de expressão primordialmente com

¹⁴⁰ A ver: capítulo 3.3

¹⁴¹ A ver: capítulo 3.2

base nos valores democráticos e as previsões constitucionais e internacionais de fomento ao pluralismo democrático.

Nesse sentido, o modelo do direito internacional dos direitos humanos, além de estar em consonância com os ditames constitucionais pátrios, também seria aberto às peculiaridades do procedimento histórico de construção do direito à liberdade de expressão de cada país, ao menos em maior medida do que uma adoção do modelo norte-americano, que tende a privilegiar a concepção liberal de liberdade de expressão, de caráter expressamente formal, em detrimento de outros direitos constitucionais. Esta postura, no próprio âmbito do direito norte-americano, apesar de, por meio de uma ótica estritamente dogmática, estar de acordo com o ordenamento jurídico do referido país¹⁴², ainda assim merece críticas, visto que desconsidera que “o acesso à arena pública de debates sempre foi demasiadamente estreito e restrito, excluindo e denegando o direito à voz a parcela considerável de nossa população” (PRATES, 2015, p. 26-27).

Sobre as questões peculiares ao direito constitucional brasileiro em matéria de liberdade de expressão, mesmo tendo em respeito todas as citadas similitudes em relação ao modelo do direito internacional dos direitos humanos, não significa que será, essencialmente, uma transcrição perfeita, aproximando-se mais de uma ideia de tradução, deste último modelo. A adoção deste próprio modelo tende a indicar aberturas para que cada país faça as devidas adaptações ao seu contexto.

Apesar de sua visão bem menos restritiva do direito de liberdade de expressão em seu país (Estados Unidos), James Weinstein¹⁴³ (2009a, p. 23) aconselha, no sentido do que posicionamento adotado por este trabalho, observar-se as diferenças entre as ordens constitucionais a serem comparadas, ainda que elas sejam poucas:

A história e a cultura próprias de cada nação ameaça confundir qualquer tentativa de uma crítica normativa constitucional entre culturas. Até mesmo no que se diz respeito a nações com culturas jurídicas similares, um anátema regulamentatório de um princípio constitucional nuclear de um país pode ser constitucional em outro. Por exemplo, uma lei que obriga uma licença para operar um canal de televisão seria claramente uma restrição inconstitucional à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa nos EUA, ainda que no Reino Unido as diferentes tradições tangentes à

¹⁴² Segundo a corrente majoritária. Entretanto, há uma crescente frente de juristas que criticam esta visão quase absolutista da liberdade de expressão no direito norte-americano, principalmente no que tange discurso de ódio e liberdade de imprensa (A ver: capítulos 1.1, 2.3 e 3.1 deste trabalho).

¹⁴³ Professor de Direito Constitucional na Universidade do Arizona, com diversos escritos favoráveis à concepção eminentemente liberal da liberdade de expressão e contrários a leis reguladoras do discurso de ódio. Esta nota teve como intuito diferenciá-lo de seu mais conhecido homônimo na Academia, o jornalista e historiador James Weinstein, cujos principais escritos eram de cunho socialista.

*propriedade e ao financiamento de canais de mídia permitiriam a este requerimento legal ser perfeitamente compatível com normas de liberdade de expressão.*¹⁴⁴

O contexto histórico-social brasileiro deve ser considerado quando se for fazer qualquer análise quanto ao direito à liberdade de expressão em nosso país. Ao referenciar a natureza de constructo histórico do conceito de “raça”, pôde o Supremo Tribunal Federal delinear um conceito de “racismo” que estivesse de acordo com os valores democráticos e o pluralismo inerente à ordem constitucional brasileira. Porém, lidar com esta tensão entre a liberdade de expressão e os valores democráticos não é de maneira definitiva (ROSENFELD, 2003, p. 26), tampouco é algo que seja realizado rigidamente. Com base neste pensamento de Michel Rosenfeld, de um sentido aberto na CR/88, entende-se que não se deve olhar para apenas uma direção. A liberdade de expressão passou (e ainda passa) por um processo histórico da construção de seu sentido, implicando na consideração do passado contexto histórico, cultural e social brasileiro e a relação com esta liberdade comunicativa. Tampouco deve-se ignorar o presente e o futuro, agora considerando a participação na esfera pública de debates destes grupos aos quais o acesso a ela era antes restringido, em deferência ao sentido aberto da Constituição. Sobre tal construção, afirma Francisco Prates (2015, p. 174):

Ao adotar este posicionamento, assumimos que sempre somos capazes de nos reler em novos textos, redescobrimos não só os passados, mas também os futuros, já que ao realizarmos uma espécie de upgrade das alternativas históricas antes descartadas, simultaneamente, potencializamos a reescrita dos futuros possíveis, haja vista que deste ponto de partida, a democracia constitucional, sob de pena de se contradizer, não pode desconhecer suas exigências, historicamente postas, de liberdade e igualdade, pois é o recordar constante desta exigência que pode possibilitar o processo, sempre inconcluso, de busca de aperfeiçoamento da própria democracia.

Ainda no que envolve o discurso, ressalta-se mais uma vez o seu efeito silenciador. Este efeito silenciador traz consequências imediatas à esfera do debate público como, *per si*, o silenciamento das minorias estigmatizadas (FISS, 2005, p. 33), além de efeitos mediatos como a redução (ou até mesmo ausência) de questionamento sobre o *status quo*, perpetuando a situação de silenciamento (anti) democrático como que em um ciclo vicioso. Nota-se, portanto,

¹⁴⁴ No original: “*The unique history and culture of each nation threatens to confound any attempt at cross-cultural constitutional normative critique. Even with respect to nations with similar legal cultures, a regulation anathema to a core constitutional principle of one country might be constitutional in another. For instance, a law requiring a license to operate a television set would in the US be a patently unconstitutional restriction on free speech and freedom of the press; yet in the UK, the very different traditions concerning ownership and financing of the broadcast media make such a requirement perfectly compatible with free speech norms*”.

uma incompatibilidade entre o efeito silenciador causado pelo discurso de ódio e a própria Constituição da República Federativa Brasileira (PRATES, 2015, p. 201-202):

Percebe-se que, neste caso, após a Constituição de 1988, há uma clara opção constitucional pela ruptura com heranças anacrônicas de exclusões sociais ainda tão presentes em nossa sociedade e, simultaneamente, pela expansão da proteção dos grupos sociais historicamente vulneráveis, tais como negros, mulheres, judeus, homossexuais e índios, entre outros(...)

Evocando-se o compromisso constitucional brasileiro de promover a igualdade, a solidariedade e o combate a todas as formas de discriminação, bem como a promoção da democracia, sendo esta um valor fundante do direito à liberdade de expressão na ordem constitucional pátria, expõe-se ainda mais a necessidade de extirpar o discurso de ódio do ambiente jurídico brasileiro, posta a sua plena incompatibilidade com a atual Constituição. É, portanto, um dever constitucional atribuído ao Poder Público o combate desta prática. Este dever constitucional vincula, por conseguinte, o Poder Judiciário, que deverá (PRATES, 2015, p. 191):

refletir sobre o conteúdo da mensagem que sua decisão pode estar enviando tanto aos perpetradores da violência, quanto às vítimas das mesmas e à sociedade em geral, pois o apego irrefletido a tradições dogmatizadas pode transparecer uma indiferença e, até mesmo, um abandono daqueles grupos que, historicamente, têm suportado quase todo o peso da liberdade.

Ademais, a questão de promoção da democracia por meio da liberdade de expressão vai além da vedação do discurso de ódio no ordenamento constitucional pátrio. Questões como a liberdade de imprensa e publicidade da atuação de figuras públicas, nos moldes das decisões da ADPF 130 e das ADIs 4.451 e 4.815, por exemplo, também figuram debates de suma relevância dentro desta análise.

Estendendo o entendimento para além da problemática do *hate speech*, também agora para a liberdade de expressão como cláusula geral (liberdade de expressão lato sensu, segundo Canotilho) e demais liberdades comunicativas, vê-se novamente a possibilidade destas manifestações de liberdade serem, apesar de inegável importância democrática, serem relativizadas diante do caso concreto, caso se verifique, de qualquer forma, um abuso destes direitos fundamentais, um exercício ilegítimo que enseje restrição. Assim, a liberdade de expressão não é relativizada de maneira a impedir falas, mas sim atribuir consequências jurídicas a determinadas falas que vão de encontro a outros direitos e valores constitucionalmente significativos. O direito à liberdade de expressão é um direito fundamental,

o que significa que ela, a liberdade de expressão, está incorporada ao ordenamento jurídico do país e não deve ser levada em conta individualmente, ignorando-se assim todo o sistema de relações entre direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 alterou substancialmente o paradigma jurídico brasileiro. Talvez para simbolizar o rompimento com um período autoritário na história do país, esta Constituição foi a que mais dedicou espaço às liberdades comunicativas. Na Ditadura Militar que a antecedeu, direitos e garantias fundamentais eram existentes na Constituição à época vigente, mas ignoradas e desrespeitadas, desaguando em um processo de erosão constitucional. Nesse sentido, vê-se desde 1988 uma atuação do Supremo Tribunal Federal também como agente assegurador da concepção de liberdade de expressão inspirada pelo modelo do direito internacional dos direitos humanos que, não por menos, é perfeitamente compatível com a ordem constitucional nacional. Ao passo que as decisões do STF nos *leading cases* aqui escrutinados sugerem a importância deste direito para a democracia (ADPF 130), também admitem relativizações quando seu exercício é ilegítimo (HC 82.424/RS; ADO 26), desde que justificadas em um contexto de proteção de outros direitos e garantias fundamentais (ADIs 4.421; 4.815).

Outro exemplo de que a jurisprudência do STF caminha nesta direção de aproximação ou inspiração do modelo do direito internacional dos direitos humanos é a construção de um conceito não-biológico de “raça”, admitindo-a como um constructo social, correlacionando o compromisso constitucional de combate ao racismo e a busca por uma maior igualdade, objetivo da República Federativa do Brasil que consta expressamente no texto constitucional de 1988 e permeia sua atuação interna e sua conduta no âmbito das relações internacionais, assim como também assentindo toda a historicidade inerente à liberdade de expressão e toda a árdua luta dos grupos minoritários raciais, religiosos, sexuais, dentre outros, para obter o devido reconhecimento dentro da sociedade brasileira. O HC 82.424/RS e a ADO 26 ilustram adequadamente esta posição, refletidora dos valores democráticos, adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

No âmbito da liberdade de expressão como cláusula geral (liberdade de expressão *lato sensu*), parece estar bem fundada nos meandros das decisões do STF a democracia, mais como valor constitucional qualitativo do que apenas como uma mera participação do povo em eleições periódicas, como o ponto de partida para a justificação do direito à liberdade de expressão. Ao passo que este direito é alçado ao patamar constitucional e sua importância para a democracia constitucional brasileira é constantemente destacada, ele, ao contrário do seu

status quase que absoluto no ordenamento norte-americano, admite algumas possibilidades de seu exercício ser ilegítimo, realizado de forma abusiva, o que, na prática, ensejaria restrições por parte do Estado ao particular.

Conforme já debatido, dentre os dois grandes modelos de liberdade de expressão, o norte-americano e o do direito internacional dos direitos humanos, resta evidente uma maior aproximação da ordem constitucional brasileira em relação a este último. No que concerne a este segundo modelo, pode-se dizer que ele se adequa mais a ser adaptado do ser plenamente adotado. Isto porque, ao estabelecer parâmetros gerais do que seria discurso de ódio, porém sem categoricamente definir as situações específicas que se enquadrariam como sendo tal prática, devendo este ser verificado perante à situação concreta, permite que cada ordenamento jurídico que se identifique com esse segundo modelo abra possibilidades para inserir peculiaridades locais, como contextos em que uma fala, aparentemente inofensiva por não conter palavras explicitamente odiosas, possa ser categorizada como discurso de ódio se olharmos a história, a sociedade e a cultura daquele país.

Pode-se concluir que, dentre as opções visualizadas pelo Direito até o presente momento, a adoção do modelo do direito internacional dos direitos humanos seja o melhor caminho. Adotando-o e também o traduzindo para o seu contexto próprio, o Brasil reforça seus objetivos constitucionais de preservar a democracia, buscar a igualdade e repudiar o racismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto neste trabalho, buscou-se construir um paralelo entre as decisões acerca do tema “liberdade de expressão”, seja como uma cláusula geral ou no que tange o discurso de ódio, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em comparação com outras cortes constitucionais e de direito internacional que já se debruçaram substancialmente sobre a questão.

Mesmo que se leve em consideração toda a gama de ordenamentos jurídicos existentes no mundo, dois grandes modelos atinentes à liberdade de expressão se destacam: o modelo norte-americano e o modelo do direito internacional dos direitos humanos. Enquanto o primeiro é quase um reflexo do pensamento liberal clássico, no qual a liberdade de expressão é uma liberdade negativa e um direito de eficácia apenas vertical, no modelo do direito internacional dos direitos humanos a concepção meramente negativa deste é ultrapassada por uma mais agregativa, no sentido de conformar a atuação negativa do Estado com a possibilidade de uma atuação positiva, com intuito de garantir de melhor maneira este direito.

Esta diferenciação das características dos dois modelos também é amparada pelas justificativas para a existência de um direito à liberdade de expressão encontradas em cada um dos modelos. No modelo norte-americano, novamente se verifica a influência do liberalismo clássico, em razão de que nele a principal justificativa, ecoada pela Suprema Corte dos Estados Unidos e pela vasta maioria dos doutrinadores do país, é a busca pela verdade, justificativa esta muito difundida por John Stuart Mill. Não obstante, ainda há outras justificativas deste modelo, como a ideia de autonomia (formal) proposta por C. Edwin Baker. Noutro giro, o principal fundamento do direito à liberdade de expressão no modelo do direito internacional dos direitos humanos é a própria democracia. Disto decorre a possibilidade de o Estado atuar também de maneira positiva para garantir este direito, alocando recursos para permitir a maior participação política possível e até mesmo restringindo este direito quando houver um exercício ilegítimo dele, atentando contra os próprios valores democráticos que justificam a sua existência.

Conduzindo o debate ao contexto brasileiro, destaca-se, inicialmente, o fato de, dentre todas as Constituições brasileiras, a atual é a com o maior número de disposições acerca de liberdades comunicativas. Ao mesmo tempo em que estabelece variadas garantias, também determina condições para seu exercício, a exemplo da proibição do anonimato (art. 5º, IV) e regulação de espetáculos públicas (art. 220, 3º, I). É com base nesse escopo que se escrutinou,

conjuntamente, as disposições constitucionais brasileiras em relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referente à liberdade de expressão.

Apesar das inúmeras características que os distinguem, os modelos norte-americano e do direito internacional dos direitos humanos ainda conseguem apresentar similitudes. Em ambos os modelos a liberdade de expressão é um valor de suma importância e uma garantia individual, devendo o Estado se abster de interferir (justificadamente, no caso do modelo dos direitos internacionais dos direitos humanos) nessa esfera. Nesse sentido, no que tange os *leading cases* do STF que versam sobre a liberdade de expressão, também se verificou compatibilidade com ambos os modelos, a despeito de o conceito de liberdade de imprensa desenvolvido quando do julgamento da ADPF 130 admitir expressamente a horizontalidade da liberdade de expressão, característica esta não atribuída a tal direito no âmbito do modelo norte-americano.

Não obstante a verificação de determinadas semelhanças, quando se afunila o tópico “liberdade de expressão” para se adentrar ao discurso de ódio, as diferenças entre ambos os modelos foram visivelmente escancaradas. Se no modelo norte-americano, devido a todas as suas características e fundamentações, a liberdade de expressão é vista como algo quase absoluto e, com isso, abarcaria em seu âmbito protetivo a prática do *hate speech*, no modelo do direito internacional dos direitos humanos o entendimento caminha em sentido oposto, sendo a referida prática considerada uma forma de exercício ilegítimo da liberdade de expressão e, porquanto, vedada pelos ordenamentos que se inspiram neste modelo.

Devido à evidente oposição entre os dois modelos no que diz respeito ao discurso de ódio, clara é a implicação de que, caso se aproxime mais de um modelo, automaticamente se afastaria mais do outro. Diante desta dicotomia, verifica-se que as decisões do Tribunal brasileiro estão em plena conformidade com o modelo do direito internacional dos direitos humanos, relativizando o direito à liberdade de expressão e, com isso, admitindo a sua limitação em determinadas hipóteses, porém sem nunca eivar de desimportância este direito.

Embora percebida uma maior proximidade entre o ordenamento brasileiro e o modelo do direito internacional dos direitos humanos, isto não significa este é adotado em sua inteireza por aquele. Isto deriva do fato destes modelos não serem concepções estanques, engessando o ordenamento constitucional de quem os venha a adotar.

A liberdade de expressão é, como direito fundamental, caracterizada por sua historicidade, em respeito a todo o processo de construção e ressignificação que este direito

perpassou até se alçar ao patamar em que se encontra na ordem constitucional brasileira. Portanto, é imprescindível considerar o contexto político, cultural e social no qual a liberdade de expressão foi sendo desenvolvida. Nesse sentido, no tocante à liberdade de expressão, a adoção, ou melhor, tradução, do modelo do direito internacional dos direitos humanos seria uma opção mais adequada à ordem constitucional pátria do que o modelo norte-americano.

Dessa feita, seria possível de se levar em conta todo o contexto histórico, político, social e cultural da sociedade na qual este direito se desenvolveu. Ademais, em respeito a todas estas considerações contextuais, também se rememora o fato de a liberdade de expressão, assim como o restante dos direitos fundamentais, não ter uma definição estanque, estando seu sentido sempre em disputa pelos mais variados grupos sociais. Ao se adaptar (traduzir) um modelo que fundamente a liberdade de expressão na própria democracia, promover-se-ia o pluralismo democrático, elemento tão caro à ordem constitucional brasileira, abrindo espaço, inclusive, à participação de parcelas da sociedade que tenderiam a se afastar da esfera pública de debates caso fosse adotada a concepção norte-americana, privilegiadora de uma ideia formalista de liberdade de expressão.

Ao se aproximar mais do modelo do direito internacional dos direitos humanos do que do modelo norte-americano, o Supremo Tribunal Federal consubstancia estas noções de que a liberdade de expressão é um direito relativo e de eficácia horizontal, justificado primordialmente pela democracia e devendo deferência ao Estado Democrático de Direito, poderia vir a ser limitado quando atuar contrariamente aos valores democráticos previstos na Constituição. Assim sendo, o Direito Constitucional brasileiro percorreria um caminho que também valorizasse a atuação positiva do Estado na garantia de direitos e consideraria a ideia de igualdade formal, mas que iria além ao também conceber a liberdade de expressão em seu aspecto material.

BIBLIOGRAFIA

ARTICLE 19. Brasil: **ARTICLE 19 expressa preocupação sobre a situação da liberdade de expressão.** Brasil, 29/07/2007. Disponível em: <<https://artigo19.org/blog/2007/07/29/brasil-article-19-expressa-preocupacao-sobre-a-situacao-da-liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 09/10/2020.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence.** Indianapolis, Estados Unidos: Hackett, 1998.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; SILVA, Diogo Bacha e. Sobre a criminalização da homofobia e transfobia: uma crítica da crítica. **Empório do Direito.** Brasil, 13/06/2019. Disponível em: <https://emporiოდodireito.com.br/leitura/sobre-a-criminalizacao-da-homofobia-e-transfobia-uma-critica-da-critica>. Acesso em: 27/11/2020.

BAKER, C. Edwin. Autonomy and Hate Speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy.** Nova York, Estados Unidos: Oxford University Press, p. 139-157, 2009.

BAKER, C. Edwin. Harm, Liberty and Free Speech. **Southern California Law Review**, v. 70, n.1, p. 979-998. Los Angeles, Estados Unidos: USC Gould School of Law, 1996. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/scal70&div=31&id=&page=> . Acesso em: 09/11/2020.

BAKER, C. Edwin. **Human Liberty and Freedom of Speech.** Nova Iorque, Estados Unidos: Oxford University Press, 1989.

BAKER, C. Edwin. Media That Citizens Needs. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 147, n.1, p. 317-408, 1998. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3405&context=penn_law_review. Acesso em: 18/10/2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** Tradução: Fernando Pavon Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

BORK, Robert. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. **Indiana Law Journal**, v. 47, n.1, p. 1-35, 1971. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2720&context=ilj>>.. Acesso em: 28/07/2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1890. Disponível em: <<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>>. Acesso em: 26/10/2020.

BRENNAN, William. J. The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment. **Harvard Law Review**, v. 79, n. 1, p. 1-20, 1965. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1338856.pdf?seq=1>. Acesso em: 28/07/2020.

BRIETZKE, Paul. H. How and Why the Marketplace of Ideas Fails. **Valparaíso University Law Review**, v. 31, n. 3, p. 951-969, 1997. Disponível em: < <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1846&context=vulr>>. Acesso em: 23/07/2020.

BROWN, Alexander. **Hate Speech Law: A Philosophical Examination**. Nova Iorque, Estados Unidos: Routledge, 2015.

BUSTAMANTE; Thomas da Rosa de; MOREIRA, A. L Navarro. O Hábito da obediência e o reconhecimento da normatividade do direito pela aceitabilidade racional em sentido forte. In: **XXII Encontro Nacional do CONPEDI**, 2013, Curitiba. Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA - Filosofia do direito, Florianópolis: Funjab, 2013. v. 1. p. 377-395. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9b07f50145902e94>>. Acesso em: 03/08/2020.

BUSTAMANTE, Thomas. Uma defesa do pós-positivismo. **Virtù**, n.1, v. 2, p. 1-40, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E.M.; GAIO JÚNIOR; Antônio Pereira. **Biografia não autorizada vs. Liberdade de expressão**. 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A coesão interna entre Estado De Direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 1, p. 77-88, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda; PRATES, Francisco de Castilho. Discurso de ódio e disputas pelo legado da história. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda; PRATES, Francisco de Castilho (Org.). **Liberdades Comunicativas**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, p. 31-54.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda; PRATES, Francisco de Castilho. Liberdade de expressão e discursos de ódio: notas a partir do Projeto de Lei 7582/2014 e do diálogo com o direito internacional dos direitos humanos. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, v. 22, n.1, p. 1-15, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PRATES, Francisco de Castilho; SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda; A liberdade de imprensa e o Estado Democrático de Direito: Comentários a partir da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130. In: Airton Cerqueira-Leite Saelaender (Org.). **Direito à Informação e Radiodifusão**. 1ª Edição. Brasília: Voz de Brasília, 2018, v. 1, p. 54-99.

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

CONSANI, Cristina Forani. Democracia e os discursos de ódio religioso: o debate entre Dworkin e Waldron sobre os limites da tolerância. **Ethic@ - An International Journal for**

Moral Philosophy, v. 14, n. 2, p. 174-197, 2015. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/issue/view/2364>. Acesso em 09/11/2020.

DWORKIN, Ronald. A conferência McCorkle: as ambições do direito para si próprio. **Veredas do Direito**, v. 4, n. 8, p. 9-31, 1997.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** Princeton, Estados Unidos: Princeton University Press, 2006a.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Estados Unidos: Harvard University Press, 1978.

EMERSON, Thomas. **The System of Freedom of Expression**. Nova Iorque, Estados Unidos: Random House, 1970.

FABBRINI, Federico. The European Multilevel System for Protection of Fundamental Rights: A 'Neo-Federalist' Perspective. **Jean Monnet Working Paper**, n. 15, 2010. Disponível em: <https://jeanmonnetprogram.org/paper/the-european-multilevel-system-for-the-protection-of-fundamental-rights-a-neo-federalist-perspective/>. Acesso em: 30/11/2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Edição. Salvador: Jus Podivm, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo Os Passos da Hermenêutica: Da Hermenêutica à Hermenêutica Filosófica, da Hermenêutica Jurídica à Hermenêutica Constitucional e da Hermenêutica Constitucional à Hermenêutica Constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito. In: Fernandes, Bernardo Gonçalves Alfredo (org.). **Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica**. Salvador: Jus Podivm, v. 01, p. 7-101.

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

FISCHER, Desmond. **O Direito de Comunicar**. 1ª Edição. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FISS, Owen. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. São Paulo: Renovar, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.

GOMES, Ana Suelen Tossige; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. O estado de exceção no Brasil republicano. **Direito e Práxis** v. 8, n. 3, p. 1760-1787, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n3/2179-8966-rdp-8-3-1760.pdf>. Acesso em: 30/09/2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. 1ª Edição. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARE, Ivan. Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standarts. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, p. 62-80, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLOCAUST ENCYCLOPEDIA. Documenting numbers of victims of the holocaust and nazi persecution. **United States Holocaust Memorial Museum**. Disponível em: <<https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/documenting-numbers-of-victims-of-the-holocaust-and-nazi-persecution>>. Acesso em: 22/11/2020.

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

KAHN, Robert A; VILE, John R. Holocaust Denial. **The First Amendment Encyclopedia**. 2004 (atualizado em 2017). Disponível em: <<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1116/holocaust-denial>>. Acesso em: 22/11/2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007.

KARST, Kenneth. Citizenship, Race, and Marginality. **William & Mary Law Review**, v. 30, n. 1, p. 1-49, 1988. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol30/iss1/2/>. Acesso em: 23/08/2020.

LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/28201943_From_Legal_Transplants_to_Legal_Translations_The_Globalization_of_Plea_Bargaining_and_the_Americanization_Thesis_in_Criminal_Procedure. Acesso em: 30/11/2020.

LAWRENCE III, Charles. Crossburning and the Sound of Silence: Antisubordination Theory and the First Amendment. **Villanova Law Review**, v. 37, n. 4, p. 787 – 804, 1992. Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol37/iss4/4/>. Acesso em: 25/08/2020.

LAWRENCE III, Charles. If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus. In: **Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment**. 1ª Edição. Nova Iorque, Estados Unidos: Routledge, p. 53-88, 1993.

LICHTENBERG, Judith. Foundation and limits of freedom of press. In: LICHTENBERG, Judith (Org.). **Democracy and the Mass Media: A Collection of Essays**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 102-135, 1990. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/democracy-and-the-mass-media/foundations-and-limits-of-freedom-of-the-press/3F372785A48065674B1B4FE4051FFD84>. Acesso em: 09/10/2020

LIMA, Venício A. de. **Liberdade de expressão x Liberdade de imprensa: Direito à comunicação e democracia**. São Paulo: Publisher Brasil, 2010.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 3ª Edição. São Paulo: Cengage Learning Edições, 2005.

MARCUSE, Herbert. Repressive Tolerance. In: Wolff, Robert Paul; MOORE JR., Barrington; MARCUSE, Herbert. **A Critique of Pure Tolerance**. Boston, Estados Unidos: Beacon Press, 1965, p. 81-117.

MARINO, Catalina Botero. **Marco Jurídico Interamericano Sobre o Direito à Liberdade de Expressão**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2009. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-18%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>>. Acesso em: 16/07/2020.

MARTINS, João Victor Nascimento. **Partidismo, discurso de ódio e liberdade de expressão**. Tese de doutoramento em Direito – Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2019.

MATSUDA, Mari. Public Response to Hate Speech: Considering the Victim's Story. In: **Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment**. 1ª Edição. Nova Iorque, Estados Unidos: Routledge, p. 17-52, 1993.

MATSUDA, Mari; LAWRENCE III, Charles; DELGADO, Richard; CRENSHAW, Kimberle William. Introduction. In: **Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment**. 1ª Edição. Nova Iorque, Estados Unidos: Routledge, p. 1-16, 1993.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Political Freedom: The Constitutional Powers of the People**. Nova Iorque, Estados Unidos: Oxford University Press, 1965.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MILL, John Stuart. Liberdade de pensamento e discussão. **Da Liberdade de Expressão**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974.

MILL, John Stuart. **Ensaio Sobre a Liberdade**. Lisboa, Portugal: Editora Arcádia, 1964.

MILTON, John; JEBB, Richard C. **Aeropagítica: With a commentary of Sir Richard C. Jebb and supplementary material**. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 1918.

MORAES, Luiz Edmundo de Souza. O negacionismo e o problema da legitimidade da escrita sobre o Passado. **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História**. São Paulo, 2011, p. 1-16. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1312810501_ARQUIVO_ANPUH-2011-ARTIGO-Luis_Edmundo-Moraes.pdf>. Acesso em: 22/11/2020.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NORDENSTRENG, Kaarle. Myths about Press Freedom. **Brazilian Journalism Research**. v. 3, n. 1, p. 15-30, 2007. Disponível em: <https://bjr.sbpjor.org.br/bjr/article/view/97>. Acesso em: 09/10/2020.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates/Crítion**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2009.

POST, Robert. Hate Speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, p. 123-138, 2009.

PRATES, Francisco de Castilho. **As Fronteiras da Liberdade de Expressão no Estado Democrático de Direito: Os desafios de falas que oprimem, de discursos que silenciam**. Tese de doutoramento em Direito – Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2015.

PRATES, Francisco de Castilho. Discursos de ódio e o tribunal europeu dos direitos humanos: enfrentando os desafios à liberdade de expressão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 63, n. 1, p. 93-115, 2018.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel. El Discurso de Ódio en la Jurisprudencia Constitucional: Análisis comparativo. **Pensamiento Constitucional**, v.11, n.11, p. 153-198, 2005. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7681/7927>. Acesso em: 02/07/2020.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o problema do Hate Speech. **Revista de Direito do Estado**, v. 4., p. 53-106, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. 1ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHAUER, Frederick. **Free speech: a philosophical enquiry**. Cambridge, Estados Unidos: Cambridge University Press, 1982.

SCHAUER, Frederick. Slippery Slope. **Harvard Law Review**, v. 99, n. 2, p. 361-383, 1985. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1341127?seq=1>. Acesso em: 18/10/2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Direitos fundamentais nas relações privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VAN ALSTYNE, William. The specific theory of academic freedom and the general issue of civil liberty. **Academic Freedom and Civil Liberties – The Annals of the American Academy**. Faculty Publications, Paper 792, p. 140-156, 1972. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1801&context=facpubs>. Acesso em: 10/06/2021.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York, Estados Unidos da América: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **The Harm In Hate Speech**. Cambridge, Estados Unidos: First Harvard University Press, 2012.

WEINSTEIN, James. Extreme speech, public order, and democracy: lessons from The Masses. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, p. 23-61, 2009a.

WEINSTEIN, James. An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, p. 81-91, 2009b.

YOUNG, Caleb. Does Freedom of Speech Include Hate Speech? **Res Publica**, v. 17, n. 4, p. 385-403, 2011. Disponível em: < <https://philpapers.org/rec/YONDFO>>. Acesso em 29/10/2020.

DECISÕES

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Atala Riffo y Niñas v. Chile**. 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 27/11/2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Tristán Donoso v. Panamá**. 2009. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf>. Acesso em: 16/09/2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Erbakan v. Turquia**. 2006. Disponível em: < [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22003-1728198-1812055%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22003-1728198-1812055%22])>. Acesso em: 07/07/2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Féret v. Bélgica**. 2009. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2009_07_121_ENG_858180.pdf>. Acesso em: 04/09/2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Garaudy v. França**. 2003b. Disponível em: < [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:\[%22003-788339-805233%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:[%22003-788339-805233%22])>. Acesso em: 07/09/2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Mladina D.D. Ljubljana v. Eslovênia**. 2014. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142424>>. Acesso em: 04/09/2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Norwood v. Reino Unido**. 2003a. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67632>>. Acesso em: 04/09/2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Vejdeland et al. v. Suécia**. 2012. Disponível em: < <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-109046>>. Acesso em: 04/09/2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Vogt v. Alemanha, 17851/91 (1995). Disponível em:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22%3A%5B%22document%22%5D%2C%22itemid%22%3A%5B%2201-58012%22%5D%7D>. Acesso em: 10/06/2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Von Hannover v. Alemanha**. 2012. Disponível em: < <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-109029%22%5D%7D>> Acesso em: 26/10/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451**. Relator: Min. Ayres Brito. Julgado em 02/09/2010, publicado em 01/07/2011. Disponível em < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADI&numero=4451&origem=AP>>. Acesso em 18/10/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815**. Relator: Min^a. Carmem Lúcia. Julgado em: 10/06/2015. Publicado em: 01/02/2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 18/10/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 13/06/2019. Publicado em: 01/07/2019. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 27/11/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Apelação Criminal 1.456/DF**. 1951, Rel. Hahnemann Guimarães. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 30/09/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130**. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em: 05/11/2009. Publicado em: 06/11/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 04/10/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 548**. Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 15/05/2020. Publicado em: 28/05/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5576416>>. Acesso em: 10/06/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 40.910/PE**. 1964, Rel. Hahnemann Guimarães. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 30/09/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 82.424/RS**. 2003, Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em 17/09/2003, publicado em 19/03/2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=HC&numero=82424&origem=AP>>. Acesso em: 18/11/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 83.996/RJ**. Brasília. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgado em 17/08/2004. Publicado em 26/08/2005. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94833/false>>. Acesso em: 03/10/2020.

U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. **Knight First Amendment Institute v. Trump (2017)**. Disponível em: < <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/18-1691/18-1691-2019-07-09.html>>. Acesso em: 15/02/2021.

U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. **Sidis v. FR Pub. Corporation, 113 F.2d 806 (1940)**. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/113/806/1509377/>. Acesso em: 18/10/2020.

U.S. SUPREME COURT. **Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>. Acesso em: 11/08/2020.

U.S. SUPREME COURT. **Adler v. Board of Education of City of New York, 342 U.S. 485 (1952)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/485/>. Acesso em: 10/06/2021

U.S. SUPREME COURT. **Amalgamated Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc., 391 U.S. 308 (1968)**. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/308/>>. Acesso em: 04/10/2019.

U.S. SUPREME COURT. **Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/>. Acesso em: 20/08/2020.

U.S. SUPREME COURT. **Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>. Acesso em: 20/08/2020.

U.S. SUPREME COURT. **Brown v. Board of Education, 344 U.S. 1 (1952)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/344/1/>. Acesso em: 11/08/2020.

U.S. SUPREME COURT. **Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/>. Acesso em: 11/08/2020.

U.S. SUPREME COURT. **Gertz v. Robert Welch, 418 U.S. 323 (1974)**. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/323/>>. Acesso em: 04/10/2020.

U.S. SUPREME COURT. **Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988)**. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/485/46/>>. Acesso em: 04/10/2020.

U.S. SUPREME COURT. **Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/501/>. Acesso em: 04/09/2020.

U.S. SUPREME COURT. **National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43/>. Acesso em: 20/08/2020.

U.S. SUPREME COURT. **New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>>. Acesso em: 20/08/2020.

U.S. SUPREME COURT. **NLRB v. Babcock & Wilcox Co., 351 U.S. 105 (1956)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/351/105/>. Acesso em 04/10/2020.

U.S. SUPREME COURT. **Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Acesso em: 11/08/2020.

U.S. SUPREME COURT. **R. A. V. v. St. Paul**, 505 U.S. 377 (1992). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/>. Acesso em: 20/08/2020.

U.S. SUPREME COURT. **Roth v. United States**, 354 U.S. 476 (1957). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/>>. Acesso em: 08/10/2020.

U.S. SUPREME COURT. **Schenck v. United States**, 249 U.S. 47 (1919). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>. Acesso em: 11/08/2020.

U.S. SUPREME COURT. **Sweezy v. New Hampshire**, 354 U.S. 234 (1957). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/234/>. Acesso em: 10/06/2021.

U.S. SUPREME COURT. **Whitney v. California**, 274 U.S. 357 (1927). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/>. Acesso em: 11/08/2020.