

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão**

**The Brazilian Supreme Court and the hate speech in social media: rights exercise versus freedom of speech limits**

Carlo José Napolitano

Tatiana Stroppa

# Sumário

<b>I. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>I</b>
<b>THE DATASPHERE AND THE LAW: NEW SPACE, NEW TERRITORIES .....</b>	<b>III</b>
Jean-Sylvestre Bergé e Stéphane Grumbach	
<b>II. DOSSIÊ ESPECIAL: DIREITO E MUNDO DIGITAL.....</b>	<b>22</b>
<b>A. CRIPTOMOEDAS E TECNOLOGIA BLOCKCHAIN .....</b>	<b>23</b>
<b>PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA CRIPTOGRAFIA FORTE: DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E REGULAÇÃO.....</b>	<b>25</b>
Jacqueline de Souza Abreu	
<b>TRATAMENTO JURÍDICO DAS CRIPTOMOEDAS: A DINÂMICA DOS BITCOINS E O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO .....</b>	<b>44</b>
Mariana Dionísio de Andrade	
<b>TERRITÓRIO DAS CRIPTOMOEDAS: LIMITES À REGULAMENTAÇÃO ESTATAL QUANTO À CIRCULAÇÃO DE MOEDAS NO CIBERESPAÇO E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS .....</b>	<b>61</b>
Ranidson Gleyck Amâncio Souza	
<b>CRIPTOMOEDAS E COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA .....</b>	<b>80</b>
Guilherme Broto Follador	
<b>BITCOIN E A (IM)POSSIBILIDADE DE SUA PROIBIÇÃO: UMA VIOLAÇÃO À SOBERANIA DO ESTADO?.....</b>	<b>106</b>
Rodrigo Valente Giublin Teixeira e Felipe Rangel da Silva	
<b>BLOCKCHAIN E AGENDA 2030.....</b>	<b>122</b>
Danielle Mendes Thame Denny, Roberto Ferreira Paulo e Douglas de Castro	
<b>A RECONSTRUÇÃO DA JURISDIÇÃO PELO ESPAÇO DIGITAL: REDES SOCIAIS, BLOCKCHAIN E CRIPTOMOEDAS COMO PROPULSORES DA MUDANÇA.....</b>	<b>143</b>
Maria Edelvacy Pinto Marinho e Gustavo Ferreira Ribeiro	
<b>B. PROTEÇÃO DE DADOS E PROVEDORES DE INTERNET .....</b>	<b>158</b>
<b>O TEMPO E O ESPAÇO. FRAGMENTOS DO MARCO CIVIL DA INTERNET: PARADIGMAS DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA .....</b>	<b>160</b>
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Marilene Araujo	

<b>O PROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (PL 5276/2016) NO MUNDO DO BIG DATA: O FENÔMENO DA DATAVEILLANCE EM RELAÇÃO À UTILIZAÇÃO DE METADADOS E SEU IMPACTO NOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>185</b>
Elias Jacob de Menezes Neto, Jose Luis Bolzan de Moraes e Tiago José de Souza Lima Bezerra	
<b>DIGNIDADE HUMANA NA WEBESFERA GOVERNAMENTAL BRASILEIRA.....</b>	<b>200</b>
Luciana Cristina Souza	
<b>CIBERESPAÇO E CONTEÚDO OFENSIVO GERADO POR TERCEIROS: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....</b>	<b>217</b>
Cristiano Colombo e Eugênio Facchini Neto	
<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS AUTÔNOMOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOTAS INICIAIS SOBRE A RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU .....</b>	<b>239</b>
Thatiane Cristina Fontão Pires	
Rafael Peteffi da Silva	
<b>SHARENTING, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE DE CRIANÇAS NO AMBIENTE DIGITAL: O PAPEL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>256</b>
Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin	
<b>THE DICHOTOMY BETWEEN SMART METERING AND THE PROTECTION OF CONSUMER’S PERSONAL DATA IN BRAZILIAN LAW.....</b>	<b>275</b>
Lucas Noura Guimarães	
<b>O CYBERBULLYING E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....</b>	<b>295</b>
Janile Lima Viana, Cinthia Meneses Maia e Paulo Germano Barrozo de Albuquerque	
<b>O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DISCURSO DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS: EXERCÍCIO DE DIREITO VERSUS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....</b>	<b>314</b>
Carlo José Napolitano e Tatiana Stroppa	
<b>ANÁLISE COMPARADA DE ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO A “REVENGE PORN” PELO MUNDO ....</b>	<b>334</b>
Natália Neris, Juliana Pacetta Ruiz e Mariana Giorgetti Valente	
<b>USO INDEVIDO DE REDES SOCIAIS E APLICATIVOS DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS NO AMBIENTE LABORAL.....</b>	<b>349</b>
Eloy Pereira Lemos Junior, Edmar Warlisson de Souza Alves e César Augusto de Castro Fiuza	

<b>C. DIREITO AO ESQUECIMENTO .....</b>	<b>366</b>
<b>ENSAIO SOBRE A PROMESSA JURÍDICA DO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DO PODER SIMBÓLICO DE BOURDIEU .....</b>	<b>368</b>
Joana Machado e Sergio Negri	
<b>UMA AGENDA PARA O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL.....</b>	<b>384</b>
Bruno de Lima Acioli e Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior	
<b>NÃO ADIANTA NEM TENTAR ESQUECER: UM ESTUDO SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO.....</b>	<b>412</b>
José Augusto Fontoura Costa e Geraldo Miniuci	
<b>A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO AOS AGENTES DELITIVOS: UMA ANÁLISE ACERCA DA PONDERAÇÃO ENTRE O DIREITO À IMAGEM E AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO</b>	<b>437</b>
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona	
<b>DIREITO AO ESQUECIMENTO: NA SOCIEDADE INFORMACIONAL HÁ ESPAÇO PARA O EPÍLOGO DA MÁQUINA DE TORTURA KAFKIANA? .....</b>	<b>454</b>
Alexandre Antonio Bruno da Silva e Marlea Nobre da Costa Maciel	
<b>ESQUECIMENTO, INTERNET E “PREFERÊNCIA” DA INFORMAÇÃO: POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA DOCTRINA DOS PREFERRED RIGHTS DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA AO CASO BRASILEIRO .....</b>	<b>484</b>
Maria Vital da Rocha, Isaac Rodrigues Cunha e Karin de Fátima Rodrigues Oliveira	
<b>D. PROPRIEDADE INTELECTUAL .....</b>	<b>510</b>
<b>DIREITOS AUTORAIS E MÚSICA: TECNOLOGIA, DIREITO E REGULAÇÃO .....</b>	<b>512</b>
Marcia Carla Pereira Ribeiro, Cinthia Obladen de Almendra Freitas e Rubia Carneiro Neves	
<b>DIREITO AUTORAL NA CIBERCULTURA: UMA ANÁLISE DO ACESSO AOS BENS IMATERIAIS A PARTIR DAS LICENÇAS CREATIVE COMMONS 4.0.....</b>	<b>539</b>
Gabriela Maia Rebouças e Fernanda Oliveira Santos	
<b>E. POLÍTICAS PÚBLICAS E NOVAS TECNOLOGIAS.....</b>	<b>559</b>
<b>SALTO DIGITAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: OPORTUNIDADES E DESAFIOS.....</b>	<b>561</b>
Marcelo D. Varella, Clarice G. Oliveira e Frederico Moesch	
<b>FOSTERING E-GOVERNMENT IN BRAZIL: A CASE STUDY OF DIGITAL CERTIFICATION ADOPTION.</b>	<b>585</b>
Lamartine Vieira Braga	
<b>DEMOCRATIZAÇÃO NA ERA DIGITAL: DESAFIOS PARA UM DIÁLOGO CONSCIENTE E IGUALITÁRIO .</b>	<b>602</b>
Raquel Cavalcanti Ramos Machado e Laura Nathalie Hernandez Rivera	

<b>REDES SOCIAIS E CROWDSOURCING CONSTITUCIONAL: A INFLUÊNCIA DA CIBERDEMOCRACIA SOBRE A GÊNESE E A INTERPRETAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>618</b>
Igor Ajouz	
<b>MARCO CIVIL DA INTERNET E POLÍTICA PÚBLICA DE TRANSPARÊNCIA: UMA ANÁLISE DA E-DEMOCRACIA E DO COMPLIANCE PÚBLICO .....</b>	<b>634</b>
Juliana Costa Zaganelli e Wallace Vieira de Miranda	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS DE COMPUTAÇÃO EM NUVEM: ANÁLISE DOCUMENTAL DOS RELATÓRIOS DO GLOBAL CLOUD COMPUTING SCORECARD .....</b>	<b>648</b>
Lucas dos Santos Costa e Marcos Fernando Machado de Medeiros	
<b>O USO MONOPOLISTA DO BIG DATA POR EMPRESAS DE APLICATIVOS: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM CIDADES INTELIGENTES EM UM CENÁRIO DE ECONOMIA CRIATIVA E DE LIVRE CONCORRÊNCIA.....</b>	<b>672</b>
José Antonio Remedio e Marcelo Rodrigues da Silva	
1. Introdução .....	673
2. A urbanização das cidades e a sociedade em rede: economia criativa, colaborativa e compartilhada como formas de concretização de funções sociais da cidade.....	674
4. Concorrência e Big Data Business relevantes às Smart Cities: estudo de caso envolvendo a aquisição do Waze pelo Google .....	686
5. Considerações finais .....	689
Referências.....	690
<b>III. OUTROS TEMAS .....</b>	<b>694</b>
<b>COMO SALVAR O SISTEMA DE REPERCUSSÃO GERAL: TRANSPARÊNCIA, EFICIÊNCIA E REALISMO NA ESCOLHA DO QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VAI JULGAR.....</b>	<b>696</b>
Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego	
<b>PRECARIEDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO BASE TEMÁTICA PARA A PROIBIÇÃO OU LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS.....</b>	<b>715</b>
Lilian Rose Lemos Rocha e José Eduardo Cardozo	
<b>A TERCEIRA MARGEM DO CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO: UMA CRÍTICA A FRANK MICHELMAN.....</b>	<b>732</b>
Daniel Barcelos Vargas	
<b>MEDIDA PROVISÓRIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: RELEVÂNCIA, URGÊNCIA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA.....</b>	<b>749</b>
Clarice G. Oliveira e José Levi Mello do Amaral Júnior	

<b>OBJETO E CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: REVISÃO CRÍTICA.....</b>	<b>765</b>
Carlos Bastide Horbach	
<b>AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VERSUS AVALIAÇÃO DE IMPACTO LEGISLATIVO: UMA VISÃO DICOTÔMICA DE UM FENÔMENO SINGULAR .....</b>	<b>782</b>
Aparecida de Moura Andrade e Héctor Valverde Santana	
<b>LOS AVATARES DEL INTERÉS DEFINIDO EN TÉRMINOS DE PODER EN LA FORMULACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>800</b>
Louis Valentin Mballa	
<b>CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL NA MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DECLARATÓRIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS JULGAMENTOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO .....</b>	<b>819</b>
Fernando Leal e Daniela Gueiros Dias	
<b>JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO .....</b>	<b>845</b>
Fabricio Veiga Costa, Ivan Dias da Motta e Dalvaney Aparecida de Araújo	

# O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão\*

## The Brazilian Supreme Court and the hate speech in social media: rights exercise versus freedom of speech limits

Carlo José Napolitano\*\*

Tatiana Stroppa\*\*\*

### RESUMO

O presente trabalho é parte integrante de pesquisa que investiga decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas às políticas públicas de comunicação, em especial, aquelas que tratam da liberdade de expressão do pensamento. Especificamente, este artigo, de natureza bibliográfica e documental, objetiva analisar decisões do STF relacionadas ao discurso de ódio nas redes sociais, concluindo que a temática do discurso de ódio ainda não entrou na pauta do STF, sendo esta uma das limitações da pesquisa. Além disso, indicam-se falhas na indexação dos processos no site do STF, o que dificulta a realização de pesquisas, apontando a necessidade de um aprimoramento na indexação dos termos de pesquisa no site do Supremo. Por esses motivos, trata-se de um trabalho inovador relacionado às pesquisas juntamente ao STF.

**Palavras-chave:** Discurso de ódio. Redes sociais. Supremo Tribunal Federal.

### ABSTRACT

This text is part of ongoing research that investigates Brazilian Supreme Court decisions related to the public policies communications, especially those that deal with the freedom of speech. This paper, supported by bibliographical and documental research, specifically aims to analyze STF decisions related to hate speech in social media, concluding that the hate speech theme has not yet entered in the agenda of the Brazilian Supreme Court, which is one of the limitations of this research, as well is indicated faults in the processes indexing in the STF site, which makes it difficult to carry out researches, pointing out the necessity to improve the indexation of the STF's research terms. For these reasons, this is an innovative article related to STF researches.

**Keywords:** Hate speech. Social media. Brazilian Supreme Court.

\* Recebido em 31/10/2017  
Aprovado em 04/12/2017

\*\* Pós-Doutor pelo Departamento de Direito do Estado, da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo - USP, Doutor em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Ciências e Letras, UNESP/Araraquara. Professor do Departamento de Ciências Humanas e do Programa de Pós-Graduação em Comunicação, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, UNESP/Bauru/SP. Email: carlonapolitano@faac.unesp.br.

\*\*\* Doutoranda em Direito, Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação stricto sensu – Instituição Toledo de Ensino (2006), professora de Direito Constitucional e de Direito Processual Constitucional do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru (ITE-SP) e da Faculdade Itiana de Botucatu. Advogada e bolsista de treinamento técnico na pesquisa denominada “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”, financiada pela Chamada Universal – MCTI/CNPq n. 1/2016 – Faixa A do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, Processo n. 145663/2016-7. Email: tatianastroppa@hotmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

Trata-se o presente de estudo baseado em análise bibliográfica e documental acerca da temática do exercício e da limitabilidade da liberdade de expressão do pensamento nas redes sociais, tendo como pano de fundo o discurso de ódio. O texto visa atender a chamada da Revista Brasileira de Políticas Públicas, referente ao dossiê temático “Direito e Mundo Digital”.

O artigo é um dos resultados de projeto de pesquisa em andamento<sup>1</sup> e que tem por objetivo específico analisar e interpretar decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) relacionadas às políticas públicas de comunicação, em especial, às relacionadas à temática da liberdade de expressão do pensamento, com o intuito de verificar se há uma linha mestra, ou em outros termos, um *modus operandi* de interpretação do STF relacionado às políticas públicas de comunicação, e como objetivos secundários da pesquisa: o aprofundamento teórico doutrinário da análise da liberdade de expressão do pensamento, da limitabilidade dos direitos fundamentais, do núcleo essencial dos direitos fundamentais e, por fim, do próprio processo decisório (deliberação externa) do STF, sendo esse último objetivo, uma questão formal enfrentada pela pesquisa.

Por hipótese, a pesquisa principal considerou que, ao decidir casos referentes à temática, o STF, sistematicamente, amplia a aplicação desses direitos, eliminando qualquer forma ou possibilidade de regulação da comunicação social, potencialmente, impactando as políticas públicas direcionadas ao setor.

O presente trabalho trata, especificamente, da possibilidade de se impor limites à liberdade de expressão do pensamento quando esse direito é exercido, via redes sociais, incitando-se o discurso de ódio, e está, assim, estruturado: além desta introdução, a próxima seção trata das experiências históricas, culturais, sociais e normativas acerca da limitação da liberdade de expressão do pensamento, a terceira aborda o conceito de discurso de ódio, a quarta seção explora o exercício e os limites da liberdade de expressão nas redes sociais quando relacionados ao discurso de ódio na perspectiva do Supremo Tribunal Federal, bem como indica os métodos e técnicas adotados para a elaboração deste artigo e, por fim, apresentam-se algumas considerações em sede de conclusão.

## 2. PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS, CULTURAIS E NORMATIVOS DA LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO

O que queremos com a liberdade de expressão? Busca da verdade, autonomia humana, autogoverno democrático?

As perguntas elaboradas por Júlio Silva<sup>2</sup> indicam alguns caminhos teóricos acerca da liberdade de expressão do pensamento. Enquanto a autonomia humana está diretamente relacionada a uma abordagem liberal, ou até mesmo libertária, a ideia da liberdade de expressão como expressão de um autogoverno democrático, por sua vez, está relacionada a uma postura democrática acerca desse direito.

Inicialmente, e de acordo com um clássico da Teoria do Direito Constitucional Brasileiro<sup>3</sup>, a liberdade de expressão do pensamento pode ser considerada como um direito fundamental que qualquer pessoa tem de

1 Trata-se da pesquisa denominada “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”, financiada pela Chamada Universal – MCTI/CNPq n. 1/2016 – Faixa A do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, Processo n. 145663/2016-7. A metodologia da pesquisa principal e utilizada no presente foi desenvolvida pelo primeiro autor em estágio de pós-doutoramento na Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, estágio financiado com bolsa de Pós-doutorado Sênior do CNPq.

2 SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão*. Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 2009. 248f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

exteriorizar, sob qualquer forma, o que pensa sobre qualquer assunto.

Jónatas Machado, expoente da Teoria Constitucional Portuguesa, classifica a liberdade de expressão em sentido amplo (ou liberdade de comunicação) e em sentido estrito (opinião, informação, imprensa, direitos dos jornalistas, liberdade de radiodifusão, liberdade artística, científica, cinematográfica, direito de resposta, direito de antena etc...). Por esse motivo, a considera como um direito mãe, ou “*cluster right*” das liberdades comunicativas<sup>4</sup>. Trata-se, portanto, de um “direito primário, pois alicerce e pressuposto de outras liberdades, como a liberdade de crença, a liberdade de religião e a liberdade de imprensa.”<sup>5</sup>

Muito embora possam ser indicados outros precedentes normativos históricos que originaram o direito à liberdade de expressão — como exemplo o *Bill of Rights* inglês, de 13 de fevereiro de 1689, é comum mencionar que a “positivação jurídica da liberdade de expressão” se deu com a Declaração da Virgínia, em 12 de outubro de 1776. Com essa declaração, passa-se a reconhecer a liberdade de expressão “como um direito natural do indivíduo, tal como pressuposto no seu artigo 1º relativamente à vida e à liberdade em geral”<sup>6</sup>. Observa-se, no entanto, que esse documento histórico não faz referência à liberdade de expressão, mas sim à liberdade de imprensa, nos seguintes termos do artigo 12: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.”<sup>7</sup>

No entanto, de acordo com Aluizio Ferreira, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, é considerada um marco histórico pelo seu “caráter universalista”<sup>8</sup>.

De acordo com a declaração francesa, nos artigos 10 e 11, respectivamente, “Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contando que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei”, bem como “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei”<sup>9</sup>.

Mesmo com o pioneirismo da Declaração da Virgínia, observe-se que a Constituição norte-americana, inicialmente, não tratou da temática da liberdade de expressão, tendo sido a ela incorporada, somente, em 1791 com a ratificação das primeiras nove emendas ao texto original. Trata-se, especificamente, da Primeira Emenda, nos seguintes termos: “o Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.”<sup>10</sup>

Aluizio Ferreira<sup>11</sup> aponta diferenças entre a Primeira Emenda norte-americana e a declaração francesa, destacando “como traço marcante dessa diferença ... o caráter mais liberal e politicamente auto-limitador” da Primeira Emenda, indicando que ela impede ao legislador “votar qualquer norma restritiva das liberdades de expressão e publicação”, enquanto que a Declaração Francesa “assenta o princípio das limitações, autorizando o legislador a prever hipóteses de responsabilização pelo abuso do exercício da liberdade de publicação”. Verificam-se, desse modo, duas matrizes documentais distintas acerca desse mesmo direito, uma entendendo-o como irregulamentável e outra limitável.

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

5 MONTEIRO, Marco Antonio Correa. *Tutela constitucional da liberdade de imprensa*. 2012. Tese. (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 49.

6 FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 122-123.

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

8 FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 123.

9 FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

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

11 FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 128.

O pioneirismo da constitucionalização da liberdade de expressão com a Primeira Emenda norte-americana exemplifica o padrão normativo das primeiras constituições elaboradas no final do século XVIII.

Jónatas Machado<sup>12</sup>, ao tratar das principais experiências constitucionais em uma dimensão histórica, menciona que “o direito à liberdade de expressão assume um lugar central no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais” e “na feitura das primeiras constituições”. Além de assumir “um papel fundamental na relação entre governantes e governados e no controlo democrático do exercício do poder político”, é, portanto, um limite ao Poder do Estado.

Inicialmente concebida, no Estado Liberal, como exemplo de direito civil e político, direitos fundamentais de primeira geração, na classificação de Karel Vasak, a liberdade de expressão do pensamento, de acordo com Jónatas Machado, estava inserida, naquele contexto histórico, como “afirmação jurídico-política da autonomia individual”, estando “insusceptível de funcionalização ou instrumentalização”<sup>13</sup>. No entanto, não pode ser entendida “à margem do princípio da igualdade, do princípio democrático e do princípio do Estado de direito”. No mesmo sentido, Júlio Silva<sup>14</sup>, para quem a teoria liberal ou libertária acerca da liberdade de expressão corrói a igualdade, em especial, a igualdade política.

A despeito da condição liberal acima indicada, a liberdade de expressão do pensamento também pode ser classificada, ainda de acordo com Jónatas Machado, como direito de segunda geração, ao lado dos direitos econômicos, sociais e culturais, direitos que requerem “capacidade de prestação do Estado” e que impactam o “âmbito da liberdade de expressão”, obrigando a uma nova interpretação ou “reinterpretação dos direitos, liberdades e garantias como *direitos sociais em sentido amplo*”, fornecendo “coordenadas normativo-institucionais à luz das quais deve ser equacionada, compreendida e delimitada a intervenção do Estado na disciplina das liberdades comunicativas”, compreendendo-se que “o conhecimento é poder e em que a informação é um bem de primeira necessidade”<sup>15</sup>, demandando, desse modo, políticas públicas específicas para a comunicação social, em especial.

No mesmo sentido, Christiano Taveira menciona que os direitos relacionados à liberdade de expressão também podem ser compreendidos “sob uma ótica democrática”<sup>16</sup>. E, por esse motivo, “subsistiria ao Estado um dever de agir ... para assegurar a promoção de princípios constitucionais como o pluralismo e a garantia efetiva do Estado Democrático de Direito”. Indica ainda o autor o caráter instrumental da liberdade de expressão considerando “a sua tarefa de ferramenta para o exercício de outros direitos e, em última *ratio*, para o regular funcionamento da democracia.”<sup>17</sup>. De acordo com Cass Sunstein<sup>18</sup>, a liberdade de expressão é precondição para a democracia.

A liberdade de expressão, além de ser uma forma de difusão de ideias, também difunde valores culturais<sup>19</sup>, e, por esse e outros motivos, pode estar, conforme já indicado nos parágrafos precedentes, atrelada

12 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 61-79.

13 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 83.

14 SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão*. Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 2009. 248f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

15 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 88.

16 TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. Tese. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010, p. 18/19

17 TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. 2010. 266f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 62.

18 SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995.

19 FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

aos direitos de segunda geração que pressupõe ação positiva do Estado mediante políticas públicas. Considerando-se aqui que os valores culturais são indispensáveis à dignidade humana e ao desenvolvimento da personalidade, conforme artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Essas ações positivas são instrumentalizadas pelo direito, pois o direito pode ser considerado uma “ordem de equilíbrio entre as liberdades coexistentes”, a ele cumprindo “ordenar, de forma equilibrada, a tutela da liberdade de expressão e comunicação e a proteção dos cidadãos contra violações de seus direitos fundamentais causadas por essa liberdade, principalmente contra as violações levadas a cabo pelos veículos de comunicação de massa”.<sup>20</sup>

No mesmo sentido, Christiano Taveira<sup>21</sup> menciona que a liberdade de expressão é “verdadeira liberdade pública”, ou, em outros termos, “direitos de defesa”, o que exige do Estado “um dever de ‘não fazer’”, exemplificado na ideia de “não censurar, “não cercear a liberdade de expressão e opinião”, “não impor excessivas obrigações positivas às empresas difusoras de informação”. De outro lado, os direitos relacionados à liberdade de expressão do pensamento também configuram “como direitos a prestações, em que caberia ao Estado a tarefa de implementar as condições fáticas para o efetivo exercício das liberdades fundamentais”, caracterizam-se, portanto, também como direitos de segunda geração, o que exige do Estado “uma postura ativa, ou seja, uma atuação positiva do Estado na proteção de determinados direitos, a ser garantida pela entrega de prestações materiais”.

Tais prestações materiais, positivas do Estado são institucionalizadas por políticas públicas instrumentalizadas pelo direito, sendo este considerado objeto, arranjo institucional, ferramenta e vocalizador de demandas das políticas públicas<sup>22</sup>. Nesse sentido, o direito à liberdade de expressão somente “será plenamente exercido se todos tiverem as mesmas condições de fazê-lo”<sup>23</sup>.

Geórgia Moraes exemplifica um instrumento de ação estatal relacionado às políticas públicas de comunicação para garantir o pleno e amplo exercício da liberdade de expressão

Logo, quando o legislador garantiu o estabelecimento de percentuais para programação regional, por exemplo, está claro que seu objetivo não era cercear a liberdade de expressão dos veículos, mas apenas garantir que as populações das diversas regiões do Brasil, com suas diferentes características culturais, obtivessem as mesmas condições de exercer a liberdade de expressão<sup>24</sup>.

Para Daniel Sarmento, o entendimento de que a liberdade de expressão configura um direito negativo e que pressupõe a abstenção do Estado, limitando-se, assim, às ações do Estado para que ele não impeça e nem coíba a manifestação do pensamento, é uma concepção incompleta. De acordo com Daniel Sarmento,

Embora a dimensão preponderante da liberdade de expressão seja realmente negativa, a garantia deste direito, sobretudo no quadro de uma sociedade profundamente desigual, também reclama ações positivas do Estado, visando a assegurar a todos a possibilidade real do seu exercício e o enriquecimento do debate público.<sup>25</sup>

20 FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 18.

21 TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. 2010. 266f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 18-19.

22 COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos A. P. de (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: UNESP; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 181-200.

23 MORAES, Geórgia. A tensão entre liberdade de expressão e direito à informação: empecilho à elaboração de políticas públicas de comunicação. In: RAMOS, M. C.; SANTOS, S. (Org.). *Políticas de comunicação: buscas teóricas e práticas*. São Paulo: Paulus, 2007. p. 266.

24 MORAES, Geórgia. A tensão entre liberdade de expressão e direito à informação: empecilho à elaboração de políticas públicas de comunicação. In: RAMOS, M. C.; SANTOS, S. (Org.). *Políticas de comunicação: buscas teóricas e práticas*. São Paulo: Paulus, 2007. p. 266.

25 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

Tratando dos direitos fundamentais em geral e não especificamente da liberdade de expressão, argumenta Daniel Sarmento que “Sob esta nova perspectiva, os poderes públicos têm não apenas o dever de absterem-se de violar esses direitos, mas também a obrigação de promovê-los concretamente, e de garanti-los diante de ameaças decorrentes da ação de particulares e de grupos privados.”<sup>26</sup>

Especificamente, em relação à liberdade de expressão, reconhece-se a “necessidade de intervenção estatal que vise a pluralizar as vozes na arena pública e a assegurar a possibilidade real de expressão aos integrantes das camadas subordinadas da sociedade.”<sup>27</sup>

Ainda de acordo com Daniel Sarmento a Constituição Federal de 1988, se “interpretada com os olhos voltados para a realidade empírica do país, requer esta leitura não absenteísta das nossas liberdades comunicativas.”<sup>28</sup>

Em outros termos,

a liberdade de expressão não pode ser privilégio da pequena elite que possui os jornais, emissoras de rádio e de televisão, ou que tem os recursos para adquirir o tempo ou o espaço nestes veículos necessários para a exposição das suas idéias. Ela deve valer para todos. E sem a intervenção do Estado, ela nunca valerá para todos.<sup>29</sup>

É forçoso concluir que a Constituição de 1988, na linha esboçada por Daniel Sarmento, não tem concepção libertária.<sup>30</sup>

Essa atuação do Estado foi potencializada pelo Estado de Bem-Estar Social em todos os campos da vida social, inexistindo,

qualquer motivo para que deixe de atuar na concretização da *liberdade de expressão*. Daí o reconhecimento da necessidade de promoção de medidas positivas para possibilitar aos cidadãos o recebimento de informações plurais e independentes de interesses meramente empresariais, neutralizando o poder dos oligopólios midiáticos em favor do dissenso de ideias.”<sup>31</sup>

Essas ações estatais, de acordo com André Bezerra, estariam “aptas a fomentar o pluralismo de opiniões, sob o amparo de ordenamentos jurídicos que impõem ao Estado o dever de agir na efetivação dos direitos fundamentais, no que se inclui a liberdade de expressão.”<sup>32</sup>

Diante disso, considera-se que não só os direitos sociais pressupõem atuação estatal, “também as liberdades públicas e os direitos políticos exigem uma prestação estatal”<sup>33</sup>. A prestação estatal consiste na criação de instituições e de “procedimentos necessários ao seu exercício”<sup>34</sup>, a proibição ao discurso de ódio, seria um exemplo.

Além dessa dupla possibilidade de classificação quando relacionada aos direitos fundamentais — direitos de primeira e segunda geração —, a liberdade de expressão, segundo Edilsom Farias, também pode ter uma

26 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

27 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

28 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

29 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

30 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

31 BEZERRA, André Augusto Salvador. Políticas Públicas de Comunicação Social e Liberdade de Expressão: os Casos da Argentina, Bolívia, Equador e Venezuela. *Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, ano 11, v. 1, p. 130-140, 2012. p. 135.

32 BEZERRA, André Augusto Salvador. Políticas Públicas de Comunicação Social e Liberdade de Expressão: os Casos da Argentina, Bolívia, Equador e Venezuela. *Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, ano 11, v. 1, p. 130-140, 2012. p. 139.

33 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78.

34 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 79.

concepção dual, em uma perspectiva subjetiva, protetora da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento da personalidade, e, em uma perspectiva objetiva, como valor de “proteção ao regime democrático e que garante a participação dos cidadãos no debate público e na vida pública”<sup>35</sup>.

De acordo com Edilson Farias, a perspectiva subjetiva ou libertária da liberdade de expressão corresponde ao ideário do liberalismo clássico e tem como expoentes teóricos John Milton, John Stuart Mill, Oliver Wendell Holmes, Ronald Dworkin, dentre outros, e está centrada na busca da verdade, da autonomia privada e discursiva e da autoexpressão individual. Essa concepção ou corrente teórica advoga que a “coletividade deve abster-se de intervir na liberdade de expressão e comunicação para que não haja agressão à dignidade da pessoa humana.”<sup>36</sup>

A visão de um individualismo ou subjetivismo exacerbado defende a ideia de proibição de “toda e qualquer forma de intervenção do Estado no âmbito da liberdade de expressão e comunicação, não importando que a regulação estatal vise a ampliar e não a restringir a efetiva comunicação entre todos os cidadãos.”<sup>37</sup>

A concepção liberal pressupõe a liberdade de expressão como “uma liberdade negativa ... um direito fundamental de defesa dirigido contra o Estado, exigindo unicamente a abstenção deste para a ocorrência da ampla difusão das idéias e notícias.”<sup>38</sup> Logo são direitos de primeira geração, conforme acima mencionado.

Para Cass Sunstein, essa perspectiva trata de uma “espécie de economia neoclássica, com a celebração do *laissez-faire* e da mão invisível para a palavra”<sup>39</sup>, sendo que para o mesmo autor “a noção de *laissez-faire*’ é não mais que um mito — um erro conceitual — para a palavra tanto quanto para a propriedade”<sup>40</sup> (tradução nossa<sup>41</sup>)<sup>42</sup>.

A liberdade de expressão nos EUA, então, segundo Cass Sunstein, “aproxima-se de um sistema de mercado privado não regulamentado. Ele opera de maneira similar a outros mercados, como aqueles para carros, escovas, cereal e sabão”<sup>43</sup>. (tradução nossa).<sup>44</sup>

Cass Sunstein critica, ainda, a posição absolutista acerca da liberdade de expressão e que advoga a ideia de que “qualquer um pode dizer qualquer coisa a qualquer tempo”<sup>45</sup>. (tradução nossa)<sup>46</sup>. Isso, contudo, segundo o autor, não é verdadeiro, indicando até mesmo que alguns discursos são proibidos. A título ilustrativo, Cass Sunstein menciona inúmeras hipóteses legais restritivas à liberdade de expressão do pensamento no ordenamento jurídico norte-americano, dentre elas: perjúrio, ameaças, subornos, propaganda falsa, pornografia infantil, assédio sexual e no trabalho. Entre nós, podem ser citados, como exemplos, a calúnia, a injúria e a difamação, a propaganda enganosa e abusiva, o comercial de tabaco e bebidas alcoólicas em determinados horários, dentre outros.

Contudo, observe-se que, mesmo nos Estados Unidos, onde aparentemente vigora a primazia da liber-

35 FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64.

36 FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64.

37 FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71.

38 FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

39 SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995. p. xviii.

40 SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995. p. 41.

41 Os trechos citados de Cass Sunstein foram traduzidos livremente pelo primeiro autor.

42 No original: “a species of neoclassical economics – into a celebration of *laissez-faire* and the ‘invisible hand’ for speech”. “The notion of *laissez-faire*’ is no less a myth – a conceptual error – for speech than it is for property”.

43 SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995. p. 17.

44 No original: “approaching a system of unregulated private markets. Its operation is broadly similar to that of other markets, like those for cars, brushes, cereal, and soap”.

45 SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995. p. 126.

46 No original: “Anyone may say anything at any time”.

dade de expressão, amparada na Primeira Emenda, parte da teoria norte-americana, em especial, os “juristas norte-americanos mais sensíveis aos reclamos da democracia e da igualdade”, dentre os quais podem ser citados Sunstein, Fiss, Meiklejohn, Justice Brandeis, dentre outros, sugerem “um *New Deal for Speech*”, indicando ainda “a completa inadequação da filosofia norte-americana sobre a liberdade de expressão às condições do mundo moderno”<sup>47</sup>.

Para essa perspectiva objetiva, madisoniana, democrática, coletivista ou ativista sobre a liberdade de expressão vigora o entendimento desse direito “como uma liberdade positiva ... um direito fundamental à prestação que exige também uma ação positiva do Estado, quando indispensável para promover a livre comunicação”<sup>48</sup>, pressupondo, portanto, ações positivas do Estado, consistentes “em prestações normativas (aprovação de leis sobre o direito de informar) ou prestações materiais (meios ou instrumentos para o exercício da liberdade de informar)”, ou seja, o Estado deve “fornecer ainda as estruturas necessárias para que o direito fundamental de informar seja realmente desfrutado por todos os cidadãos, e assim não fique reduzido a um mero enfeite jurídico ou a um alçapão verbal judicialmente formulado”<sup>49</sup>.

A concepção objetiva, conforme Edilsom Farias, tem James Madison, “mentor da Primeira Emenda, que inscreveu a liberdade de expressão e comunicação como direito fundamental no texto da Constituição norte-americana”, como o principal expoente teórico, e que “entendia que o principal escopo da liberdade de expressão e comunicação era servir de instrumento para a soberania popular construir e manter um autogoverno democrático” e tem como “propósito maior ... a proteção da liberdade de expressão e comunicação como ferramenta privilegiada para a realização da democracia deliberativa” e é “essencial para a consecução do autogoverno popular”<sup>50</sup>.

Essa concepção tem uma “Preocupação com a dimensão isegórica da política, ou seja, com o direito equitativo de portar a palavra em foro público”<sup>51</sup>, pois, quando algumas vozes são protegidas e outras atrofiadas (pelo dinheiro, pela falta de acesso etc.), quem perde é a democracia, pois o debate público fica enfraquecido.

De acordo com Edilsom Farias, o maior expoente teórico contemporâneo da corrente objetiva/madisoniana é Alexander Meiklejohn, para quem a liberdade de expressão “cumpre dupla função na democracia”. A primeira, “informativa pela qual o livre fluxo das informações possibilita o melhor conhecimento e a melhor avaliação dos assuntos de relevância pública. Dessa forma, estarão os cidadãos mais preparados para levarem a cabo decisões inteligentes”. A segunda, a “função crítica pela qual a liberdade de expressão e comunicação assegura aos cidadãos a faculdade de criticar o poder político, as instituições estabelecidas e os agentes públicos, o que pode resultar na mudança dos governantes”<sup>52</sup>.

Pelo que se viu até aqui, até mesmo nos Estados Unidos, em que, aparentemente, a normatividade constitucional proíbe qualquer tipo de restrição à liberdade de expressão, desde sempre, “estabeleceu-se um debate em torno da interpretação da Primeira Emenda entre os que advogavam ser a liberdade de expressão e comunicação insusceptíveis de restrição (absolutistas) e os que defendiam restrições razoáveis à referida liberdade”<sup>53</sup>.

47 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

48 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

49 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 87.

50 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 68-69.

51 SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão*. Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 2009. 248f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 138.

52 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 70.

53 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Edilsom Farias arremata, “mas, na realidade, a concepção absolutista nunca passou de um dogma nem chegou a seduzir a maioria dos membros da Suprema Corte daquele país.”<sup>54</sup>

No entanto, essa percepção quanto ao entendimento da Suprema Corte norte-americana acerca da liberdade de expressão não é inequívoca. Christiano Taveira, por exemplo, menciona que, nos EUA e com as decisões da Suprema Corte, dá-se uma posição preferencial à liberdade discursiva se comparada a outros direitos fundamentais<sup>55</sup>. No mesmo sentido, Daniel Sarmiento indica a primazia da Teoria Libertária nos Estados Unidos<sup>56</sup>.

Segundo Christiano Taveira, o STF, na decisão proferida na ADPF 130, aproximou-se “da jurisprudência desenvolvida pela Suprema Corte americana” e “na hipótese de colisão de princípios constitucionais, a liberdade de expressão — a despeito de não se revestir de um caráter absoluto — possui um caráter de preferência, em tese, sobre os direitos de personalidade”<sup>57</sup>. Sendo essa a teoria prevalecente no “cenário jurídico norte-americano”, que consiste que “em um processo de ponderação de bens e interesses, a liberdade de expressão contida na Primeira Emenda possuiria um peso extra e posição de preferência em relação aos demais direitos constitucionais.”<sup>58</sup> Contudo, há divergências teóricas em relação a essa interpretação sobre a decisão do STF na ADPF 130<sup>59</sup>.

Diversamente dessa abordagem dual, Jónatas Machado, por sua vez, propõe um outro enfoque acerca da liberdade de expressão, apartada das ideias acima apresentadas, definida aqui como enfoque ou abordagem pluralista. Machado alega que, em sua tese, “rejeita-se uma abordagem das liberdades comunicativas centrada, quer unicamente na autonomia individual, quer exclusivamente no funcionamento do sistema político, posições ... que em boa medida polarizam a discussão em torno do tema em análise”<sup>60</sup>, como visto acima.

Para Jónatas Machado, “além da expressão individual ou das exigências imediatas do funcionamento do sistema político, a vida desenvolve-se noutras esferas comunicativas estruturadas, como a economia, a ciência, a religião, a cultura, o desporto, a arte, as relações sociais etc.”, e, nesse sentido, advoga a tese de que a liberdade de expressão deve “proteger todos os conteúdos expressivos característicos dos diferentes sub-sistemas sociais, sem proceder, à partida, à sua hierarquização.”<sup>61</sup> Diante disso, o âmbito de proteção da liberdade de expressão não pode ser estritamente o discurso político, outros também devem ser privilegiados<sup>62</sup>.

Em uma aparente crítica à Teoria Habermasiana, Jónatas Machado discorre acerca da liberdade de expressão relacionada à comunicação não racional, como a religiosa, por exemplo. Para Jónatas Machado,

---

p. 243.

54 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 243.

55 TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. 2010. 266f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

56 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

57 TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. 2010. 266f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 116.

58 TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. 2010. 266f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 150.

59 Ver em especial COSTA, Thales Moraes da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a lei de imprensa na ADPF 130. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 10, p. 119-154, 2014.

60 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 129-130.

61 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 129-130.

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

“uma correcta interpretação das liberdades de comunicação deve compreender o sujeito não apenas nas suas dimensões racionais e intelectuais, mas também nas de natureza espiritual, moral, emocional, passional e mesmo física e sexual”. Ademais, a compreensão desse direito deve considerar “um sistema social hiper-complexo, funcionalmente diferenciado, comunicativamente estruturado e em permanente transformação”, enfatizando, por esses motivos, “que as liberdades da comunicação não podem ser arbitrariamente amputadas através da concessão de um privilégio epistemológico à razão nas suas formas *pura, prática, pública e comunicativa* e da preterição da *emoção pura, prática, pública e comunicativa*” e finaliza afirmando que “As liberdades da comunicação devem ser interpretadas como protegendo todas as formas que os indivíduos autonomamente valorizem por um motivo ou por outro”<sup>63</sup>.

Ao mencionar as teorias dos grupos minoritários relativas à comunicação social, Jónatas Machado indica que tentativas de dar voz a esses grupos “apontam para a necessidade de uma intervenção correctiva do Estado, que amplifique a voz dos grupos comunicativamente mais desfavorecidos, havendo lugar a medidas de *affirmative action* no plano comunicativo.”<sup>64</sup> Trata-se, portanto, das políticas públicas de comunicação, conforme já mencionado.

Na seção que segue será tratada a questão do discurso de ódio.

### 3. O CONCEITO DE DISCURSO DE ÓDIO

A diversidade e o pluralismo são características que conformam a liberdade de expressão, sobretudo em sociedades multiculturais como o Brasil. Para além da possibilidade de manifestar o pensamento, opiniões e sentimentos, atualmente, o acesso à internet e, sobretudo, às redes sociais intensificou o dissenso ao assegurar que grupos, historicamente afastados da esfera de debate público, pudessem divulgar os seus conteúdos, com extrema rapidez e abrangência.

Essa realidade acentua a necessidade de discutir a amplitude que deve ser conferida à liberdade de expressão e acerca de quais são as respostas constitucionalmente adequadas para combater os discursos de ódio (*hate speech*).

Os posicionamentos assumidos pela Suprema Corte norte-americana revelam uma defesa bastante ampla da liberdade de expressão em detrimento de outros direitos e, dessa maneira, garantem os discursos de ódio e, assim, nem a difusão das posições racistas mais radicais e hediondas podem ser proibidas ou penalizadas, ressalvadas apenas restrições às manifestações que, pela sua natureza, possam provocar uma imediata reação violenta da audiência (*fighting words*)<sup>65</sup>.

De outro lado, estão países, como o Canadá e a Alemanha, por exemplo, que sustentam que as manifestações de intolerância não devem ser admitidas, porque violam princípios fundamentais da convivência social como os da igualdade e da dignidade humana, e atingem direitos fundamentais das vítimas<sup>66</sup>.

A posição de não admissão do *hate speech* vem marcada em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos como Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração (itens 86 a 91) e o Plano de Ação (itens 143 a 147) emitidos na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban em 2001.

63 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 154.

64 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 189.

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

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

Conforme Rosane Leal da Silva et al, o “discurso de ódio” revela-se pelo conteúdo segregacionista, discriminatório dirigido às pessoas que compartilham de alguma característica que as tornam componentes de um grupo, ou seja, o discurso de ódio estabelece a superioridade do emissor e a inferioridade do atingido, tido como inferior. Salientam, ainda, que tais manifestações insultam, diretamente, à vida, afetando a dignidade de determinado grupo de pessoas que partilham de um traço comum. E, ao mesmo tempo, instigam os leitores/ouvintes a participar do discurso discriminatório, não somente com palavras, mas também com ações<sup>67</sup>.

No mesmo sentido, Thiago Dias Oliva afirma que o discurso de ódio — entendido como a visão mais radical do discurso discriminatório — por definição: a) é um ato discursivo tendo um caráter eminentemente comunicativo; b) intimida os grupos fazendo com que deixem o espaço público ao mesmo tempo em que instiga as demais pessoas a rejeitar esses mesmos grupos; c) revela-se como uma forma de discriminação consciente de grupos sociais vulneráveis, buscando negar a esses o acesso a direitos<sup>68</sup>.

Portanto, o discurso de ódio caracteriza-se pela propagação de mensagens que “estimulam o ódio racial, a xenofobia, a homofobia e outras formas de ataques baseados na intolerância e que confrontam os limites éticos de convivência com o objetivo de justificar a privação de direitos, a exclusão social e até a eliminação física daqueles que são discriminados”.<sup>69</sup>

Pelo exposto, o discurso de ódio afronta o direito à igualdade e, conseqüentemente, fragiliza a efetividade dos princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana, estando a possibilidade de limitação a tais discursos conectada ao ideal madisoniano/democrático da liberdade de expressão do pensamento. Nesse contexto, entende-se como legítima a intervenção do Estado voltada a proscriver os discursos altamente discriminatórios, conforme mencionado na seção precedente.

Importante, então, a determinação de parâmetros que permitam a consideração de um discurso como sendo de ódio, uma vez que as ideias e opiniões impopulares não podem se tornar reféns das concepções politicamente corretas, sob pena de minar a abertura e a pluralidade exigidas pelo regime democrático e que orientam a formatação jurídica da sociedade brasileira<sup>70</sup>.

O reconhecimento da necessidade de promover um maior consenso global sobre a relação apropriada entre o respeito à liberdade de expressão e a promoção da igualdade levou a Artigo 19 a elaborar os “Princípios de Camden sobre a Liberdade de Expressão e Igualdade”, recomendando que os Estados observem os seguintes critérios para o enquadramento de uma mensagem como sendo de ódio: i. severidade: a ofensa deve ser “a mais severa e profunda forma de opróbrio”; ii. intenção: deve haver a intenção de incitar o ódio; iii. conteúdo ou forma do discurso: devem ser consideradas a forma, estilo e natureza dos argumentos empregados; iv. extensão do discurso: o discurso deve ser dirigido ao público em geral ou a um número de indivíduos em um espaço público; v. probabilidade de ocorrência de dano: o crime de incitação não necessita que o dano ocorra de fato, entretanto, é necessária a averiguação de algum nível de risco de que algum dano resulte de tal incitação; vi. iminência: o tempo entre o discurso e a ação (discriminação, hostilidade ou violência) não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado; vii. contexto: o contexto em que é proferido o discurso é de suma importância para verificar se as declarações têm potencial de incitar ódio e gerar alguma ação<sup>71</sup>.

67 SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, p.445-468, dez. 2011.

68 OLIVA, Thiago Dias. *O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14122015-093950/pt-br.php>>. Acesso em: 20 out. 2017.

69 STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)*, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

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

71 PRINCÍPIOS de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade. Londres: Artigo 19, 2009. Disponível em:<<https://>

No âmbito interamericano, fixando a limitação excepcional à liberdade de expressão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu o seguinte parecer consultivo:

[...] nos termos da Convenção, as restrições autorizadas à liberdade de expressão devem ser aquelas *necessárias para assegurar* a obtenção de certos fins legítimos, ou seja, não basta que a restrição seja *útil* para a obtenção deste fim, isto é, que se possa alcançar através dela, mas deve ser necessária, ou seja, que não possa ser alcançada razoavelmente por outro meio menos restritivo a um direito protegido pela Convenção (CIDH: Parecer Consultivo 5/85)<sup>72</sup> - destacadas no original.

Reafirma o mesmo posicionamento no julgamento do caso *Kimel Vs. Argentina*:

78. A Corte não considera contrária à Convenção qualquer medida penal a propósito da expressão de informações ou opiniões, mas esta possibilidade deve ser analisada com especial cautela, ponderando a respeito a extrema gravidade da conduta realizada pelo emissor daquelas, o dolo com o qual atuou, as características do dano injustamente causado e outros dados que manifestem a absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, as medidas penais. Em todo o momento, o ônus da prova deve recair em quem formula a acusação. Nesta ordem de considerações, a Corte observa os movimentos na jurisprudência de outros Tribunais encaminhados a promover, com racionalidade e equilíbrio, a proteção que merecem os direitos em aparente disputa, sem debilitar as garantias que a livre expressão requer como sustentáculo do regime democrático (CIDH: *Kimel Vs. Argentina*, 2008)<sup>73</sup>

Portanto, a dignidade constitucional atribuída à liberdade de expressão significa que, na “ponderação entre os direitos envolvidos, esta recebe de início um peso maior, exigindo-se que a pessoa prejudicada por uma mensagem prove o dolo ou culpa grave para conseguir êxito em uma ação ajuizada contra o meio de comunicação, ou seja, o ônus argumentativo para a restrição fica a cargo daquele que alega a violação”<sup>74</sup>.

Cabe realçar que o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), em seu Art. 18, isenta o provedor de conexão à internet de responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Isso porque prevaleceu o entendimento de que eles são meros canais e por isso não têm a possibilidade de controlar o conteúdo criado e divulgado pelos seus usuários.

Já no art. 19, trouxe previsão geral no sentido de que os provedores de aplicação de internet somente serão civilmente responsabilizados por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tornarem o material indisponível no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, dentro do prazo assinalado. Essa previsão legal fixa o momento a partir do qual o provedor de aplicações de internet pode se tornar civilmente responsável pelos danos decorrentes de conteúdo criado e divulgado pelos usuários, modificando a jurisprudência que prevalecia no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o provedor de aplicações de internet seria responsável de forma objetiva ou caso não procedesse à remoção após o recebimento de notificação extrajudicial encaminhada por quem se sentisse lesionado/incomodado com o conteúdo (*notice and take down*)<sup>75</sup>.

[www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf](http://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf)>. Acesso em: 16 set. 2017.

72 BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 21. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/6-direito-a-liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 25 set. 2017. p. 21.

73 BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 21. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/6-direito-a-liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 25 set. 2017. p. 279.

74 STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)*, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

75 Sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da responsabilização civil dos provedores de aplicação, conferir nesta mesma edição: COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. *Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros*: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.7, n.3, 2017.

Parece-nos, portanto, que o legislador adotou o entendimento de uma “presunção de inconstitucionalidade” de medidas de controle de conteúdo feitas diretamente pelos usuários sem passar por uma ponderação judicial entre os bens constitucionalmente protegidos como, por exemplo, direitos de personalidade. Em outras palavras, houve a prevalência pela efetividade do direito de expressão, sem prejuízo de ordem judicial para a retirada de conteúdo e, apenas a partir do descumprimento da referida ordem, há possibilidade de responsabilização do provedor de aplicação.

A seção seguinte analisa julgamentos do Supremo Tribunal Federal relacionados ao discurso de ódio na internet e a possibilidade de imposição de limites a esse tipo de discurso.

#### **4. MÉTODOS E TÉCNICAS UTILIZADOS NA PESQUISA JUNTAMENTE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O EXERCÍCIO E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS VERSUS DISCURSO DE ÓDIO NA VISÃO DA CORTE**

Os métodos e técnicas utilizados para a elaboração do presente artigo foram semelhantes ao que foi proposto no projeto de pesquisa principal da qual decorre este trabalho. Para tanto, foram pesquisadas no *site* do Supremo Tribunal Federal ações relacionadas com a temática do discurso de ódio nas redes sociais. O recorte temporal da pesquisa compreendeu o período de 05 de outubro de 1988 a 31 de dezembro de 2016 — recorte temporal semelhante ao da pesquisa principal.

A pesquisa foi realizada no mês de setembro de 2017, no portal do Supremo Tribunal Federal, onde há um sistema de pesquisa de jurisprudência por meio de palavras-chave.

A pesquisa realizada no site do STF utilizou os termos “discurso de ódio” e “hate speech”. Os mesmos argumentos foram utilizados em solicitação de pesquisa jurisprudencial à Seção de Pesquisa de Jurisprudência do próprio Supremo.

Com esses termos, a pesquisa retornou com 9 (nove) referências. Considerando a leitura dos documentos localizados e o objetivo deste artigo — analisar decisões do STF relacionadas ao discurso de ódio nas redes sociais — selecionaram-se, para análise 2 (duas) ações: o HC 109676 e a Rcl 11292, conforme Quadro 1.

As outras 7 (sete) referências foram excluídas da análise, pois não integram o escopo do artigo. O RE 898450 foi excluído da análise pois a expressão discurso de ódio apareceu na busca apenas na indexação do acórdão, o RHC 135825 não está relacionado à temática da liberdade de expressão, no RE 683751 a expressão está contida em uma referência bibliográfica da decisão, a Rcl 15887 tratou do direito a reunião e de manifestações públicas, o RE 638565 tratou do discurso de ódio em notícia jornalística, o MI 4733 foi excluído da análise por não haver decisão proferida no processo e a AC 2685 proferida no RE 638565, em que o termo constou em referência bibliográfica, como mencionado.

Apesar de não ter o termo indexado na pesquisa realizada no site do STF, no Brasil, a discussão sobre o discurso de ódio — atrelado a um conteúdo racista — ocorreu, em 2003, no julgamento do HC 82.424-2 em que houve a condenação de Siegfried Ellwanger, escritor e sócio da empresa Revisão Editora Ltda., pelo crime de racismo em virtude de ter sido autor de obras com conteúdo racista, antissemita e discriminatório. Fixou-se, nesse julgamento, que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho antissemita, que devem ser rechaçadas<sup>76</sup>. Apesar de ser considerado um caso paradigmático na jurisprudência do STF, o caso Ellwanger não será analisado no presente trabalho, pois não tratou do discurso de ódio nas redes sociais.

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Condição. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. *Habeas corpus* 82.424-2. Rel.: Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2003. DOU 19/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

O quadro abaixo apresenta as ações analisadas no presente trabalho:

**Quadro 1** – Ações pertinentes à temática discurso de ódio nas redes sociais localizadas em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal e juntamente à Seção de Pesquisa de Jurisprudência

<p><b>Ação:</b> HC 109676/Rio de Janeiro <b>Impetrante:</b> Eduardo Banks dos Santos Pinheiro <b>Paciente:</b> Vital da Cruz Mendes Curto <b>Objeto:</b> Inconstitucionalidade do § 3º do artigo 140 do Código Penal <b>Tempo:</b> ajuizamento: 03/08/2011/decisão liminar: não /definitiva: 11/06/2013. <b>Relator:</b> Luiz Fux <b>Decisão:</b> Unânime ( x ) Maioria ( ) Monocrática ( ) Turma (X)</p>
<p><b>Ação:</b> Rcl 11292 <b>Reclamante:</b> Projeto Esperança Animal <b>Reclamado:</b> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo <b>Objeto:</b> Cassação do acórdão reclamado por violação ao entendimento adotado por esta Corte na ADPF 130 <b>Intimado:</b> Os Independentes <b>Liminar:</b> sim. <b>Tempo:</b> ajuizamento: 21/02/2011 decisão liminar: 28/02/2011 definitiva: pendente <b>Relator:</b> Roberto Barroso/Joaquim Barbosa <b>Decisão:</b> Unânime ( ) Maioria ( ) Monocrática (X)</p>

**Fonte:** elaborado pelos autores com base na pesquisa realizada no site do Supremo Tribunal Federal e juntamente à Seção de Pesquisa de Jurisprudência.

Para a análise do objetivo específico da presente pesquisa, o método utilizado foi o indutivo, analisando-se as ementas, acórdãos, relatórios e votos dos relatores. Na proposta da pesquisa principal, essa questão foi evidenciada, indicando-se que especial atenção na análise seria conferida à ementa e ao acórdão, pois considera-se que esses documentos expressam “os únicos dois produtos coletivos do processo de decisão”<sup>77</sup> (tradução nossa<sup>78</sup>) do Supremo.

Ademais, reconhece-se, também, que ao relator são atribuídas inúmeras funções decisórias, como: ordenar e dirigir o processo, submeter questões de ordem ao plenário, determinar as medidas em caráter de urgência, com apreciação *ad referendum* do colegiado, pedir dia para julgamento dos processos quando já tiver proferido o seu voto. Ainda pode arquivar ou negar recurso intempestivo, incabível ou que contraria jurisprudência do tribunal, dentre outras funções.

Para a análise dos julgados, considerou-se: quem foi o proponente da ação; qual o pedido/objeto da ação; a época do ajuizamento e a efetiva decisão proferida; decisão consensual ou não, ou em outros termos, se a decisão foi tomada de forma unânime ou por maioria de votos. Na análise das ações, os argumentos dos Ministros relatores foram reproduzidos em trechos e na íntegra.

A metodologia de trabalho está alinhada ao que foi definido por Maria Bucci como “família de casos” ou “casotecas”, pois o “tratamento sistemático de políticas públicas em conjuntos de casos comparáveis visa conferir profundidade ao método”<sup>79</sup>.

É ainda salutar ressaltar que trabalhos e pesquisas jurídicas invariavelmente não fazem um recorte específico em relação às decisões jurisprudenciais a serem analisadas, utilizam-se, costumeiramente, de casos esparsos e isolados. O presente trabalho procurou sistematizar decisões do Supremo relacionadas ao discurso de ódio nas redes sociais, no período compreendido de 05 de outubro de 1988 a 31 de dezembro de 2016,

77 SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberation. *IJCL*, v. 11, n. 3, p. 557-584. 2013. p. 568.

78 No original: “the only two collective products of this decision-making process”.

79 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 296.

conforme já mencionado, esperando contribuir, dessa forma, com a produção do conhecimento científico acerca de decisões do Supremo Tribunal Federal em casos relacionados ao discurso de ódio nas redes sociais.

#### 4.1. HC 109676

De acordo com o relatório do ministro Luiz Fux, “ao paciente foi imputada a prática do crime previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal (Crime de Injúria, consistente na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (redação dada pela Lei nº 10.741/2003)”, pois o paciente “teria chamado o Desembargador Luiz Zveiter de ‘Judeu de merda’ em manifestação veiculada via internet”.<sup>80</sup>

A Ementa da decisão do colegiado da Turma do STF dispôs, dentre outras questões, que “o legislador ordinário atentou para a necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja valores da sociedade brasileira, como o da harmonia interracial, com repúdio ao discurso de ódio.”<sup>81</sup> Esse trecho da ementa acerca do discurso de ódio é uma repetição de fragmento do voto do ministro relator baseado na obra bibliográfica de Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, denominada Curso de Direito Constitucional, editado pela Editora Saraiva.

O Acórdão, por sua vez, indica que “por unanimidade de votos”, a Turma denegou “ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator”.<sup>82</sup>

Verifica-se, no caso, que o crime de injúria racial fora cometido via internet, mais especificamente, em portal de loja maçônica presidido pelo ofendido. A temática do discurso de ódio foi muito pouco explorada na decisão da turma, configurando apenas em decorrência de uma citação bibliográfica. No entanto, na decisão, a Turma reconhece expressamente a existências de limites constitucionais para a liberdade de expressão, repudiando-se o discurso de ódio.

#### 4.2. Rcl 11292

No relatório da decisão monocrática, em sede de liminar, o então ministro relator Joaquim Barbosa aduz que “o objetivo da ação em referência (que tramitou na Justiça Estadual Paulista, acréscimos nossos) foi silenciar denúncia de maus tratos de animais em rodeios promovida pelo reclamante por meio de seu sítio na rede mundial de computadores.”<sup>83</sup>

Dentre outros pedidos acolhidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, reclamado na ação, ficou consignada a vedação para “que a Ré (ora reclamante, acréscimo nosso) vincule, por qualquer meio, especialmente a Internet, o Clube Autor (Os Independentes, acréscimo nosso) ou a Festa do Peão de Boiadeiro de Barretos, com tortura ou maltrato de animais”.<sup>84</sup>

A reclamação, de acordo com o ministro relator, “pretende obter, no mérito, a cassação do acórdão

80 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 109676*. Rel.: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: DOU 22/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=185401768&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 109676*. Rel.: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: DOU 22/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=185401768&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 109676*. Rel.: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: DOU 22/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=185401768&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

83 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 11292*. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4033013>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

84 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 11292*. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4033013>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

reclamado por violação ao entendimento adotado por esta Corte na ADPF 130, rel. min. Carlos Britto, Pleno, DJe 06.11.2009, uma vez que a condenação proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo equivaleria a ordem de censura prévia.”<sup>85</sup>

No voto, o ministro Joaquim Barbosa, entendendo que o acórdão da justiça paulista afronta a decisão proferida na ADPF 130, se manifesta no sentido de que “Salvo raríssimas exceções — penso, por exemplo, na proibição do discurso do ódio existente em várias democracias —, não cabe ao Estado, nem mesmo ao Judiciário, proibir ou regular opiniões”, alegando ainda que “há espaço suficiente para diferentes opiniões na esfera pública e é importante para a democracia brasileira que continue assim.”<sup>86</sup> Com esses argumentos, o ministro relator defere a liminar suspendendo os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nesse caso, em sede de decisão liminar monocrática, verifica-se, novamente, que o STF não enfrentou, de forma aprofundada e detalhada, a temática do discurso de ódio, no entanto, na Rcl 11292, a decisão liminar indica, mesmo que sutilmente, que caberia ao Estado e ao Judiciário proscrever o discurso de ódio. A despeito disso, o ministro entendeu que não havia ofensas nas manifestações da reclamante e, por esse motivo, deferiu a liminar, suspendendo a proibição imposta pelo TJSP.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou analisar como o STF se posicionou diante de casos que envolvem o discurso de ódio veiculado nas redes sociais em ambiente virtual. A pesquisa frisou a necessidade de uma conceituação criteriosa para a qualificação de uma mensagem como sendo de ódio, destacando o viés segregacionista, discriminatório e de instigação dos leitores/ouvintes, não somente para propagar/espreiar os discursos discriminatórios, mas para a prática de ações violentas em face de grupos vulneráveis. Diversos, como visto, devem ser os aspectos ponderados para qualificar um discurso como de ódio, pois tal qualificação pode ensejar a exclusão deste do âmbito protetivo da liberdade de expressão.

No entanto, a pesquisa realizada no *site* do Supremo Tribunal Federal sugere, considerando-se o baixíssimo número de casos apreciados pela Corte que foram encontrados, que a temática do discurso de ódio nas redes sociais ainda não compõe a pauta do Supremo, sendo necessário um maior repertório de casos para se extrair uma linha mestra de interpretação do tribunal.

O baixo número de casos encontrados também pode sugerir uma falha na indexação de processos que, eventualmente, discutiram o discurso de ódio *online*, mas que não foram selecionados na busca, situação que dificulta sobremaneira a realização de pesquisas no STF, sugerindo-se um aprimoramento na indexação dos termos de pesquisa, tanto no *site* quanto na seção de pesquisa de jurisprudência do STF.

A despeito dessas dificuldades, a pesquisa indica uma tendência do STF em não admitir o discurso de ódio nas redes sociais, tendo em vista a manutenção da condenação do paciente no caso do HC 109676, bem como a orientação expressa, na Rcl 11292, no sentido de que não cabe ao Estado, nem mesmo ao Judiciário, proibir ou regular opiniões, salvo nos casos de discurso de ódio.

Essas observações permitem indicar, também, uma inclinação do STF, nos casos relacionados ao discurso de ódio, de seguir as normativas internacionais, de inspiração europeia, que se aproximam da Teoria Democrática acerca da liberdade de expressão, protegendo-se a dignidade da pessoa humana, afastando-se,

85 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 11292*. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4033013>>. Acesso em: 30 nov.2017.

86 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 11292*. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4033013>>. Acesso em: 30 nov.2017.

desse modo, das orientações da Suprema Corte Norte Americana, de concepção libertária, orientação essa seguida quando da decisão da ADPF 130.

## REFERÊNCIAS

BEZERRA, André Augusto Salvador. Políticas Públicas de Comunicação Social e Liberdade de Expressão: os Casos da Argentina, Bolívia, Equador e Venezuela. *Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, ano 11, v. 1, p. 130-140, 2012.

BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)> Acesso em: 05 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 21. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/6-direito-a-liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 11292*. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4033013>>. Acesso em: 30 nov.2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 109676*. Rel.: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: DOU 22/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=185401768&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. *Habeas corpus* 82.424-2. Rel.: Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2003. DOU 19/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. *Ciberspaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.7, n.3, 2017.

COSTA, Thales Moraes da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a lei de imprensa na ADPF 130. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 10, p. 119-154, 2014.

COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos A. P. de (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: UNESP; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 181-200.

ESTADOS UNIDOS. *Declaração de direitos do bom povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-irgínia-1776.html>> Acesso em: 23 jun. 2017.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Aluízio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

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

MONTEIRO, Marco Antonio Correa. *Tutela constitucional da liberdade de imprensa*. 2012. Tese. (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MORAES, Geórgia. A tensão entre liberdade de expressão e direito à informação: empecilho à elaboração de políticas públicas de comunicação. In: RAMOS, M. C; SANTOS, S. (Org.). *Políticas de comunicação: buscas teóricas e práticas*. São Paulo: Paulus, 2007.

OLIVA, Thiago Dias. *O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14122015-093950/pt-br.php>>. Acesso em: 20 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, 1965. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimi.htm>>. Acesso em: 15 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Declaracao\\_Durban.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Declaracao_Durban.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 15 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 15 set. 2017.

PRINCÍPIOS de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade. Londres: Artigo 19, 2009. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2017.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LIBERDADE\\_DE\\_EXPRESS\\_O\\_PLURALISMO\\_E\\_O\\_PAPEL\\_PROMOCIONAL\\_DO\\_ESTADO%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO%20(1).pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão*. Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 2009. 248f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Rev. direito GV [online]*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-468, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>.

php?pid=S1808-24322011000200004&script=sci\_abstract&tlng=pt >. Acesso em: 10 set. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberation. *IJCL*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFMS)*, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. 2010. 266f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.