



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DISCURSO DE ÓDIO E A LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Bento Benzi Costa

Rio de Janeiro
2023

BENTO BENZI COSTA

O DISCURSO DE ÓDIO E A LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2023

O DISCURSO DE ÓDIO E A LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Bento Benzi Costa

Graduado pela Universidade Católica
de Petrópolis. Advogado.

Resumo – o presente artigo busca conceituar o discurso de ódio, fenômeno cada vez mais frequente, principalmente no âmbito das redes sociais, para analisar seu eventual acobertamento pelo direito fundamental à liberdade de expressão, constitucionalmente previsto. Para tal, é necessária a realização de uma ponderação principiológica, a fim de identificar os direitos fundamentais atingidos pelos discursos odiosos e a necessidade de flexibilização ou limitação do direito à liberdade de expressão diante de tais discursos. Busca, ainda, avaliar os instrumentos normativos de combate ao *hate speech* e de responsabilização dos propagadores, assim como a atuação do Poder Judiciário, através de seus tribunais superiores, diante do tema.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Discurso de Ódio. Liberdade de Expressão.

Sumário – Introdução. 1. Da limitação da liberdade de expressão ante o discurso de ódio. 2. Da ponderação de direitos fundamentais diante do *hate speech*. 3. Da responsabilização dos propagadores de ódio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir a necessidade e os parâmetros para a limitação do direito à liberdade de expressão, previsto na Constituição Federal, diante do discurso de ódio, analisando o conflito principiológico existente na ocorrência de manifestações odiosas.

O trabalho enfoca a necessária limitação do direito à liberdade de expressão em coexistência com os demais direitos fundamentais, de forma que não legitime discursos odiosos que geram e propagam preconceito e discriminação.

O tema relacionado ao direito fundamental da liberdade de expressão, constitucionalmente previsto no art. 5º, inciso IV, da Carta Maior, vem ganhando cada vez mais relevância social. A escalada da tensão política no país, aliada ao constante avanço tecnológico que facilita a disseminação de informação e meios de comunicação acessíveis, contribuem para a importância do tema.

O direito à liberdade de expressão vem sendo utilizado como justificativa para veiculação de qualquer tipo de discurso, mesmo que odioso. Deste modo, imperioso destacar que, assim como os demais direitos fundamentais constitucionalmente previstos, a liberdade de expressão não é absoluta, devendo ser interpretada de forma sistemática possibilitando a

coexistência entre princípios fundamentais. Neste sentido, se mostra necessária a aplicação da ponderação de princípios constitucionais como forma de limitação ao direito à liberdade de expressão.

O discurso de ódio, aquele resumidamente definido como o ato de comunicação que inferiorize ou incite ódio contra uma pessoa ou grupo, tendo por base características próprias passíveis de discriminação, não pode ser acobertado pelo direito à liberdade expressão. Discursos desta natureza acabam por ferir outros princípios e direitos fundamentais, como a igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade religiosa, entre outros.

Cumpra, portanto, a análise da ponderação voltada à limitação do direito fundamental previsto na Constituição Federal, assim como a análise da efetividade dos mecanismos de responsabilização dos propagadores de ódio.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o conceito do discurso de ódio e demonstrando sua não adequação ao princípio da liberdade de expressão, diante da violação dos demais princípios constitucionais.

No segundo capítulo busca-se demonstrar a delimitação, através da ponderação principiológica, da abrangência do direito fundamental à liberdade de expressão em casos de discursos discriminatórios, investigando os demais princípios constitucionais feridos com a sua propagação.

No terceiro capítulo segue-se analisando a efetividade das medidas e previsões de responsabilização dos propagadores de ódio existentes no ordenamento jurídico pátrio.

A pesquisa é desenvolvida pela abordagem qualitativa, uma vez que se busca a interpretação dos fenômenos jurídicos e institutos relevantes para a pesquisa, utilizada visando a resolução de questões controversas, como a limitação do direito à liberdade de expressão e a ponderação de princípios constitucionais.

Tendo como base, quanto aos objetivos, um método explicativo, voltado a apurar os institutos analisados, buscando encontrar as respostas para as questões formuladas ao início da pesquisa. Quanto ao procedimento, tem como base o estudo bibliográfico acerca do tema, tanto em relação aos princípios constitucionais abordados, quanto à análise do chamado discurso de ódio.

1. DA LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ANTE O DISCURSO DE ÓDIO

Atualmente, com o avanço da internet, tornado item básico na vida de todo cidadão, assim como os meios de comunicação cada mais acessíveis e a profusão de mídias sociais, a

disseminação de informações e notícias em massa de maneira instantânea tornou o tema da liberdade de expressão objeto de amplo debate, em que se questiona as linhas fronteiriças do direito e como deve ser interpretado diante da existência dos demais princípios constitucionais celebrados.

A liberdade de pensamento é muito bem definida por José Afonso da Silva:

trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe contato do indivíduo com seus semelhantes, pela qual “o homem tenda, por exemplo, a participar a outras suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos. (...) se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente. É que, no seu sentido interno, como pura consciência, como pura crença, mera opinião, a liberdade é plenamente reconhecida [...]”.¹

Expressamente prevista no art. 5º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil², a liberdade de expressão é um direito de importância ímpar para a sociedade, sobretudo analisando a história do país, considerando, principalmente, o período vivido sob o regime ditatorial entre os anos de 1964 e 1985, momento em que o direito de expressão sofreu grandes e duras restrições. Foram nestas circunstâncias que a carta constitucional de 1988 foi concebida, também chamada e conhecida como a constituição cidadã, possuindo grande carga garantidora de direitos e princípios constitucionais, visando proteger os cidadãos em seus direitos mais basilares, visando afastar-se do passado recente autoritário.

Diante deste complexo contexto, a discussão acerca da limitação de direitos fundamentais deve ser promovida sempre com muita cautela, para que não haja restrições ou violações tão presentes no passado. Entretanto, a discussão é necessária para permitir a existência harmônica de todos os princípios basilares previstos, muitas vezes contrastantes diante de casos concretos.

Neste sentido, a liberdade de expressão, assim como os demais princípios constitucionalmente previstos, não deve ser interpretada de maneira absoluta, mas sistemática, permitindo a relativização diante do caso concreto em que se verifique um choque principiológico, devendo-se observar aquele que merece maior ou menor proteção, admitindo, desta forma, a coexistência entre os direitos. A interpretação de forma absoluta dos direitos fundamentais indubitavelmente inviabilizaria o funcionamento jurídico das normas constitucionais.

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 243.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 out. 2022.

Um dos maiores exemplos de choque entre direitos fundamentais atualmente em voga é o chamado discurso de ódio ou *hate speech*, que pode ser conceituado como aquele ato de comunicação voltado a inferiorizar ou que incite ódio contra uma pessoa ou grupo, tendo por base características próprias passíveis de discriminação. Ou, como melhor explica André Gustavo Corrêa de Andrade, “[...] podemos definir o discurso de ódio como a manifestação ou expressão, motivada por preconceito ou intolerância, através do qual uma pessoa ou um grupo é discriminado, com base em suas características identitárias”³. Para Parekh⁴, o discurso odioso tem a finalidade de prejudicar, assolar, visando a exclusão de membros de um grupo de seu caminho, declarando guerra ao grupo por força de um atributo particular.

O discurso odioso, neste sentido, tem por fundamento o preconceito, a discriminação e a intolerância. Como destacado pelo desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade⁵, esse discurso pode ser manifestado das mais diversas formas, não sendo sempre carregado de maneira raivosa, abusiva, insultuosa, mas também disfarçado de discurso de caráter político, acadêmico, desprovido de emotividade, muitas vezes de trazendo a mensagem discriminatória de maneira subliminar.

Com o advento e profusão das redes sociais, a internet tem aproximado e reunido grupos por interesses e ideologias, criando um ambiente propício para manifestação de todos os tipos de opinião e pensamento. Neste contexto, as manifestações de cunho preconceituoso e discriminatório não estão excluídas, legitimadas pelo sentimento de acolhimento e proteção que o ambiente digital proporciona, servindo de plataforma para que sempre se atinja o maior número de pessoas possível.

Assim, a disseminação deste tipo de discurso tem aumentado em níveis preocupantes nas mídias sociais, incentivadas por um período de instabilidade e polarização política. Com frequência invoca-se do princípio da liberdade de expressão e pensamento como forma de justificar a propagação de discursos odiosos.

Faz-se mister ressaltar, no entanto, que o discurso de ódio, voltado a propagar preconceito ou discriminação acaba por ferir outros direitos e princípios fundamentais garantidos constitucionalmente, tais como o princípio da igualdade, previsto no caput do art. 5º, da Constituição Federal, assim como a dignidade da pessoa humana, listado como

³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio*. Disponível em: <emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edições/revista_v23_n1_9.pdf>. Acesso em: 8 out. 2022.

⁴ PAREKH *apud* PAULINO, Lucas Azevedo. Imunidade Material Parlamentar, Liberdade de expressão e Discurso de Ódio: parâmetro para o tratamento jurídico do hate speech parlamentar. In: PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio?* Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático – IDDE, 2018, v. 1, p. 145-146.

⁵ ANDRADE, *op. cit.*

fundamento da República Federativa do Brasil, no art. 1º, inciso III, da Carta Magna⁶, por exemplo.

O *hate speech*, portanto, se mostra despido de valor social intrínseco, em nada acrescentando para a sociedade, pelo contrário; causa danos e ofende os integrantes dos grupos discriminados, ao ferir suas características identitárias; e acaba por silenciar as vozes dos integrantes do grupo discriminado⁷, em um contexto de conflitos sociais, manifestações odiosas em relação a determinados grupos minoritários tem um efeito silenciador e uma força deletéria sobre suas manifestações sociais.

Portanto, verifica-se que o discurso odioso não deve ser recepcionado pelo ordenamento jurídico nacional como forma legítima de liberdade de expressão, violando demais princípios constitucionais e direitos individuais, incitando ódio, preconceito e discriminação.

Em análise à forma com que a jurisprudência pátria tem lidado com o tema, verifica-se que a Suprema Corte brasileira já possui decisões no sentido de limitar o direito à liberdade de expressão, ainda que de forma excepcional, prestigiando outros princípios constitucionais ao promover a ponderação principiológica, apesar do tema ainda estar longe de ser pacífico.

No sentido da limitação à liberdade de expressão frente ao discurso de ódio, sustenta o Ministro Gilmar Mendes:

[...] ênfase que a liberdade de expressão é fundamental ao Estado democrático de Direito, uma vez que permite a livre circulação de ideias e o debate público sobre os mais variados temas. A proibição de divulgação de determinado conteúdo deve-se dar apenas em casos excepcionalíssimos, como na hipótese de configurar a ocorrência de prática ilícita, incitação à violência ou à discriminação, bem como de propagação de discurso de ódio.⁸

Destarte, tal discurso é uma hipótese de limitação ao direito fundamental à liberdade de expressão, diante de todos os argumentos aqui demonstrados. No entanto, o entendimento ainda não se mostra uníssono, nem mesmo no âmbito do STF, com decisões conflitantes. Logo, alguns questionamentos permanecem: como deve ser procedida a ponderação principiológica nos casos de enfrentamento ao discurso de ódio e se existem critérios objetivos para identificação e restrição de tais manifestações.

⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

⁷ ANDRADE, *op. cit.*

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 38.782*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <jurisprudência.stf.jus.br/pages/search/sjur440937/false>. Acesso em: 9 out. 2022.

2. DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DIANTE DO *HATE SPEECH*

Conforme destacado, o discurso de ódio acaba por violar princípios fundamentais constitucionalmente protegidos, ao atacar grupos minoritários ou estimular o preconceito baseado em características identitárias. Porém, ao mesmo tempo, a liberdade de expressão e pensamento igualmente se encontram no rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Logo, diante de um caso de *hate speech*, é necessária uma análise jurídica mais aprofundada, uma vez que se está diante de um inevitável caso de colisão de normas jurídicas, um choque entre direitos fundamentais. Neste sentido, nota-se que o sistema de direitos fundamentais funciona de forma que a coexistência de diferentes garantias acaba por impor limites aos próprios direitos fundamentais. Não há uma hierarquia entre direitos fundamentais, de acordo com o princípio da Unidade da Constituição, devendo haver uma interpretação adequada, em caso de colisão de normas, para que se proceda a ponderação de princípios, a fim de que se dê destaque ao direito que merece maior proteção diante do caso em análise.

A técnica de ponderação de princípios, conforme demonstra Vinicius Silveira, consiste no “método necessário ao equacionamento das colisões entre princípios da Lei Maior, onde se busca alcançar um ponto ótimo, em que a restrição a cada um dos direitos fundamentais envolvidos seja a menor possível, na medida exata à salvaguarda do direito contraposto”⁹.

Portanto, como ressaltado, o argumento de que o discurso de ódio estaria acobertado e legitimado pelo direito fundamental à liberdade de expressão e pensamento não merece prosperar, uma vez que tal discurso acaba por ferir outros direitos fundamentais, sendo necessária a utilização da técnica de ponderação principiológica a fim de se analisar o caso.

Porém, há de se ter cuidado na análise do discurso, considerando que a ponderação de princípios deve ser realizada com base na proporcionalidade, a fim de que não se restrinja absolutamente um princípio fundamental. Com isso, a importância de se identificar um discurso de ódio, discriminador se faz mister.

Neste sentido, o Ministro Edson Fachin destaca:

O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de

⁹ SILVEIRA, Vinicius Loureiro da Mota. *Ponderação e proporcionalidade no direito brasileiro*. Disponível em: <conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34807/ponderação-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 13 fev. 2023.

superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior.¹⁰

Logo, resta claro que não se pode relativizar o discurso de ódio para o fim de limitação à liberdade de expressão e pensamento. Não é qualquer fala que evidencie diferenças ou juízos de superioridade que caracterizam um discurso de ódio que não merece ser acobertado constitucionalmente. A ponderação de princípios apresenta uma linha tênue, necessária a configuração e assertividade, a fim de que não ocorram arbitrariedades, censuras e supressões injustificadas de direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão.

Ultrapassando a caracterização do discurso de ódio, uma vez identificado de fato como um discurso criminoso, cabe a análise dos direitos fundamentais por ele feridos.

O *hate speech* viola frontalmente o princípio fundamental da igualdade, uma vez que tem por característica a disseminação de opiniões e falas discriminadoras, com base em peculiaridades identitárias de determinados grupos e minorias, seja por razões étnicas, culturais, políticas ou religiosas.

Como destaca José Afonso da Silva¹¹, a Constituição é veemente e abrangente na condenação nas desigualdades entre pessoas, uma vez que confere igualdade perante a lei, sem distinções de qualquer natureza. A intolerância e discriminação vão de encontro às determinações constitucionais, não podendo ser legitimadas tão somente com a invocação da liberdade expressão.

Destaca-se a Constituição Federal de 1988 elenca em seus objetivos fundamentais, previstos no seu art. 3º, a promoção do bem universal, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹². Neste sentido, resta claro a proteção especial conferida pela Carta Magna ao combate a todas as formas de preconceito e discriminação, o que destaca a não recepção do discurso odioso pelos princípios constitucionais.

Logo, resta evidente a necessidade de se conferir uma maior proteção ao direito à igualdade em detrimento da liberdade de expressão no caso de propagação de discurso de ódio, sopesando os princípios fundamentais envolvidos e considerando as garantias constitucionais de forma sistemática, em que pese os objetivos fundamentais da Constituição Federal.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 134.682*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>>. Acesso em: 13 fev. 2023.

¹¹ SILVA, *op. cit.*

¹² BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

Além da igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana mostra-se igualmente fulminado pelo discurso de ódio. Este princípio, elevado à importância de fundamento da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso III, da Carta Maior¹³, visa proteger o mínimo existencial para a garantia da dignidade de cada pessoa, atingindo todos os complexos aspectos relacionados à dignidade humana, com o fito de proteger os indivíduos de qualquer ato de cunho degradante e desumano. A dignidade da pessoa humana aqui é considerada qualidade intrínseca e de cada ser humano, que merece respeito e reconhecimento pelo Estado e pela comunidade.

A dignidade da pessoa humana ganha importância ímpar na legislação brasileira e assim deve ser protegida no âmbito judicial, uma vez que, além de presente no rol de fundamentos da República, sendo considerada valor norteador do nosso ordenamento jurídico, ainda é princípio destacado pelos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Evidente, neste prisma, a violação que promove o *hate speech*, uma vez que se trata de um discurso discriminador e preconceituoso, violador o aspecto moral da dignidade humana, atacando características próprias das vítimas e de seus grupos, que as individualizam e consubstanciam como seres humanos. Neste sentido, o discurso odioso, além de incentivar o preconceito para com suas vítimas, ataca também a própria visualização e autorrealização do indivíduo como ser humano digno dos mesmos direitos e deveres.

Em cotejo com tais princípios, há de se destacar, por outro lado, que a liberdade de expressão é de suma importância na garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, uma vez que a possibilidade de expressar suas próprias ideias e concepções enquadra-se como fundamento básico da dignidade humana, sendo importante não somente para o falante, como também para o ouvinte, na formação de sua personalidade. Deste modo, sua privação acaba por gerar uma restrição da própria capacidade do indivíduo realizar-se como ser humano¹⁴.

Logo, a supressão da liberdade de expressão diante do discurso de ódio possui um efeito duplice, como destaca Sarmento:

[...] o discurso de ódio, como já foi observado, exerce um efeito silenciador sobre a expressão dos seus alvos, e, ao abafar as suas manifestações, prejudica não apenas suas vítimas diretas, como também a cada integrante do público em geral, que perde o acesso a opiniões e pontos de vista que poderiam ser relevantes para a formação de suas personalidades. Portanto, a restrição às expressões de intolerância e preconceito voltadas para grupos estigmatizados tem um efeito duplice sobre a autonomia

¹³ *Ibid.*

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Disponível em: <professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosupload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2023.

individual e a capacidade de auto-realização de falantes e ouvintes, pois ao mesmo tempo em que as restringe, ela de alguma maneira também as garante e promove.¹⁵

Conforme destacado, a técnica de ponderação deve ser utilizada com base na proporcionalidade, a fim de que não haja vedação absoluta de nenhum dos princípios fundamentais em contraste. A proporcionalidade aqui deve ser analisada a luz do caso concreto, visando proteger o direito mais fragilizado.

Por fim, neste caso, a vedação à liberdade de expressão merece ser compensada na proteção a uma sociedade plural, que preze pela tolerância e respeito à dignidade de cada pessoa. Não há de se aceitar o acobertamento constitucional da propagação de discursos que puguem a discriminação, que busquem propagar valores preconceituosos e o ódio a determinados grupos de indivíduos. A balança da ponderação, neste caso, deve sempre pesar a favor do direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

3. DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS PROPAGADORES DE ÓDIO

Superada a caracterização e identificação do discurso de ódio, assim como a ponderação de princípios fundamentais imperiosa em sua análise, cumpre observar os mecanismos e instrumentos de responsabilização dos propagadores do *hate speech* presentes legislação e jurisprudência brasileiras.

Inicialmente, no âmbito constitucional, a Carta Magna de 1988 trouxe instrumentos para o combate ao discurso de ódio, tendo como objetivo fundamental da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos termos do seu art. 3º, inciso IV¹⁶. O art. 5º, incisos XLI, assegura que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, assim como o inciso XLII prevê que a prática do racismo é crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

Logo, mostra-se clara a preocupação do poder constituinte originário em fornecer instrumentos normativos para que o legislador ordinário pudesse promover a restrição dos discursos odiosos. No entanto, o tema da responsabilização dos propagadores do *hate speech* no Brasil ainda se mostra um tanto quanto embrionário, uma vez que se identifica uma carência legislativa sobre o tema, o que gera a necessidade de um Poder Judiciário mais atuante, promovendo ativismo judiciário para enquadramento das condutas.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

Sob o prisma internacional, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é país signatário, que prevê em seu art. 13, §5º, que a lei deverá proibir qualquer tipo de propaganda a favor da guerra, assim como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, constituindo incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Neste mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966¹⁸, prevê em seu art. 19, §3º, alínea “a”, que a liberdade de expressão está sujeita a restrição que se faça necessária para assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas. Assim como, em seu art. 20, prevê a mesma disposição do Pacto de São José da Costa Rica, acerca da proibição de apologia ao ódio nacional, racial ou religioso.

No âmbito infraconstitucional, destaca-se a Lei n. 1.716¹⁹, de 1989, conhecida como Lei do Racismo, que trata dos crimes resultantes de raça ou de cor, que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, veio ao encontro de suas disposições, visando trazer maior efetividade ao combate às discriminações. O diploma legal tipificou como crime, em seu art. 20, a prática, indução ou incitação a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

No entanto, com a ausência de legislação específica acerca do assunto e a existência da lacuna legislativa, o Poder Judiciário nacional devendo adotar um papel mais atuante, promovendo ativismo judicial com o fito de responsabilizar atos discriminatórios e discursos odiosos.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em conformidade com entendimento anterior exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, que o crime de injúria racial configura uma forma de racismo, sendo assim, a ele se estenderia a imprescritibilidade prevista na Constituição Federal²⁰. Trata-se de um exemplo de ativismo judicial, onde, diante da omissão legislativa, o Poder Judiciário atuou proativamente, conferindo interpretação extensiva a fim de enquadrar a conduta a um crime de racismo.

¹⁷ BRASIL. *Decreto n. 678*, de 6 novembro de 1992. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 9 mar. 2023.

¹⁸ BRASIL. *Decreto n. 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível: <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 9 mar. 2023.

¹⁹ BRASIL. *Lei n. 1.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm>. Acesso em: 10 mar. 2023.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 154.248*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759332240>>. Acesso em: 10 mar. 2023.

Somente em 2023, com a Lei n. 14.532²¹, o legislativo ratificou o entendimento jurisprudencial consolidado, trazendo alterações à Lei n. 1.716/89, com a inclusão do crime de injúria racial no escopo da Lei do Crime Racial, em seu art. 2º-A, oficializando, portanto, sua imprescritibilidade, já consagrada pela jurisprudência. A legislação novel trouxe outras disposições que merecem destaque, como a inclusão do §2º, do art. 20, da Lei n. 1.716, abarcando a prática do delito por meio de redes sociais, o que se mostra importante, pois grande parte das manifestações dos discursos de ódio atualmente se encontram no contexto da internet e das redes sociais.

No sentido da atuação judiciária, há de se destacar igualmente outro entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que, em 2019, decidiu que a homofobia seria crime imprescritível e inafiançável, aplicando aos casos de homofobia e transfobia a Lei do Racismo²². No caso, a Corte reconheceu a morosidade do Poder Legislativo para tipificar atos atentatórios a direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+. O entendimento do Tribunal foi no sentido de aplicação a Lei do Racismo para os casos de homofobia e transfobia até que fosse editada lei específica quanto ao tema.

Destaca-se também o entendimento exarado pelo STF, em meio à tensão política pré-eleitoral, em decisão de recebimento de queixa-crime oferecida contra Magno Pereira Malta, ao tempo candidato ao cargo de senador, pelos crimes de injúria, calúnia e difamação contra o Ministro Luís Roberto Barroso. Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes, relator do caso, destacou que a Constituição não permite a propagação de discurso de ódio por candidatos e seus apoiadores, inclusive em propaganda eleitoral.

Segundo o Ministro²³:

A Constituição Federal não permite aos pré-candidatos, candidatos e seus apoiadores, inclusive em período de propaganda eleitoral, a propagação de discurso de ódio, ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV, e art. 34, III e IV), tampouco a realização de manifestações nas redes sociais ou através de entrevistas públicas visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, art. 60, §4º), com a consequente instalação do arbítrio.

²¹ BRASIL. Lei n. 14.532, de 11 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/14532.htm>. Acesso em: 10 mar. 2023

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* 26. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 10 mar. 2023.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 10.409*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764276043>. Acesso em: 16 mar. 2023.

Em outra passagem, o Ministro destaca o não acobertamento do *hate speech* pela liberdade de expressão consagrada constitucionalmente²⁴:

A constituição Federal consagra o binômio “LIBERDADE e RESPONSABILIDADE”; não permitindo de maneira irresponsável a efetivação de abuso no exercício de um direito constitucionalmente consagrado; não permitindo a utilização da “liberdade de expressão” como escudo protetivo para a prática de discursos de ódio, antidemocráticos, ameaças, agressões, infrações penais e toda a sorte de atividades ilícitas.

Tais exemplos demonstram a importância da participação ativa do Poder Judiciário no combate ao discurso de ódio e da propagação de ideias preconceituosas de forma geral. Demonstram igualmente a necessidade de uma revisão e atualização legislativa acerca do tema. Considerando que, conforme explanado, o Poder Judiciário está tendo que promover analogias a fim de enquadrar determinadas condutas, responsabilizar seus praticantes e proteger os direitos fundamentais de determinados grupos, tais como a comunidade LGBTQIA+, uma vez que não há legislação específica sobre o tema.

Logo, a Constituição Federal de 1988 ofereceu instrumentos normativos para o combate ao discurso de ódio e a propagação de discursos de cunho preconceituoso, por qualquer natureza. No entanto, o tema nunca recebeu a atenção necessária do legislador ordinário, havendo uma clara carência legislativa na área. Esta carência acaba sendo suprida pelo Poder Judiciário, que é forçado a promover ativismo para que sejam resguardados direitos fundamentais de determinados grupos não apreciados pela legislação pátria e, concomitantemente, promover a responsabilização dos propagadores de discursos odiosos.

CONCLUSÃO

O direito à liberdade de expressão é garantia constitucional de suma importância no desenvolvimento e expressão de uma sociedade plural e democrática, sendo mister tanto para o falante, quanto para o ouvinte, na formulação de sua própria opinião. A liberdade de expressão, neste âmbito, afeta não só o falante, em seu direito de expressar livremente seu pensamento, assim como afeta o ouvinte, exercendo papel de influência.

A liberdade de expressão possui relevância também como uma limitação à intervenção estatal na autonomia privada. Trata-se de uma garantia individual de combate ao autoritarismo tão marcante na história do Brasil, em especial no período anterior à vigência da Constituição Federal de 1988.

²⁴ *Ibid.*

Entretanto, há de se entender que não se trata de direito absoluto, devendo ser analisado como parte integrante de um sistema de garantias fundamentais da Constituição Federal. Deste modo, a liberdade de expressão pode e deve ser flexibilizada em determinados casos, quando em conflito direto com outros direitos constitucionalmente protegidos. Nestes casos, é necessário que se faça uma análise do caso concreto para que a ponderação de princípios e direitos fundamentais seja realizada de forma proporcional, privilegiando o direito merecedor de maior proteção na hipótese, sem que haja a supressão absoluta do direito flexibilizado.

O discurso de ódio trata-se de um exemplo claro de necessidade de limitação ao direito de liberdade de expressão. A propagação de falas preconceituosas, violentas e odiosas direcionados a determinados indivíduos ou grupos sociais, por motivo de raça, religião, gênero, proveniência, nacionalidade, ou qualquer outro, não deve ser protegida pelo sistema jurídico pátrio. Há de se privilegiar a dignidade da pessoa humana, o direito à igualdade, o combate ao preconceito e a discriminação em detrimento da liberdade de expressão. O *hate speech* configura uma violação frontal aos princípios e fundamentos da Constituição Federal. Deste modo, o seu não acobertamento pelo ordenamento constitucional é evidente.

Portanto, entendendo que tal forma de discurso não merece proteção do sistema jurídico constitucional vigente, há necessidade da existência de instrumentos de combate ao *hate speech* e responsabilização dos propagadores de discursos odiosos. No entanto, a legislação infraconstitucional se mostra um tanto morosa no tocante ao tema, uma vez que a ainda não temos enquadramentos específicos para responsabilização de discursos preconceituosos contra determinados grupos.

Neste prisma, o Poder Judiciário vem exercendo papel importante, promovendo o necessário ativismo judicial através de suas cortes superiores, visando o enquadramento analógico de determinadas condutas, como no caso da homofobia, que foi equiparada ao crime de racismo para fins de responsabilização, assim como a injúria racial, que só veio a ser incluída na Lei do Racismo em 2023, sendo aplicada desta forma pela jurisprudência já há algum tempo.

Desta forma, ao final, resta identificada a necessidade de uma atualização e uma maior atenção legislativa ao tema, a fim de que se crie instrumentos específicos para a limitação da propagação de discursos de ódio, violadores das normas constitucionais, e para a efetiva responsabilização de seus propagadores.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio*. Disponível em: <emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edições/revista_v23_n1_9.pdf>. Acesso em: 8 out. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 out. 2022.

_____. *Lei n. 1.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm>. Acesso em: 10 mar. 2023.

_____. *Lei n. 14.532*, de 11 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/14532.htm>. Acesso em: 10 mar. 2023.

_____. *Decreto n. 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível: <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 9 mar. 2023.

_____. *Decreto n. 678*, de 6 novembro de 1992. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 9 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 38.782*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur440937/false>. Acesso em: 9 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 154.248*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759332240>>. Acesso em: 10 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 10 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 10.409*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764276043>. Acesso em: 16 mar. 2023.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio?* Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático – IDDE, 2018.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Disponível em: <professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosupload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2023.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2015.