



**FACULDADE DE INHUMAS
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS
CURSO DE DIREITO**

JULIANA DE OLIVEIRA GONÇALVES

ALÉM DA TELA: Discurso de ódio nas redes sociais

**INHUMAS –GOIÁS
2019**

**FACULDADE DE INHUMAS
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS
CURSO DE DIREITO**

JULIANA DE OLIVEIRA GONÇALVES

ALÉM DA TELA: Discurso de ódio nas redes sociais

INHUMAS –GOIÁS

2019

JULIANA DE OLIVEIRA GONÇALVES

ALÉM DA TELA: Discurso de ódio nas redes sociais

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel no Curso de Direito na Faculdade de Inhumas – Centro de Educação Superior de Inhumas.

Professora orientadora: Dra. Ana Júlia Rodrigues do Nascimento

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Ana Júlia Rodrigues do Nascimento
(Orientador e Presidente)

Promotora de Justiça Dra. Manuela Botelho Portugal
(Membro)

Prof. Mestre Marcela Iossi Nogueira– FacMais
(Membro)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BIBLIOTECA FACMAIS

G643a

GONÇALVES, Juliana de Oliveira.

ALÉM DA TELA: Discurso de ódio nas redes sociais/ Juliana de Oliveira Gonçalves. – Inhumas: FacMais, 2019.

48 f.: il.

Orientadora: Ana Júlia Rodrigues do Nascimento.

Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Educação Superior de Inhumas - FacMais, 2019.

Inclui bibliografia.

1. Direitos Fundamentais. 2. Dignidade da pessoa humana. 3. Livre Manifestação do Pensamento. I. Título.

CDU: 34

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Criador e aos meus. Pois a cada dia, lhes trazia comigo para a faculdade. E quando achava que não mais teria forças, vocês me renovavam. Agradeço, em especial a senhora, minha mãe, pois quando eu desisti de viver, esqueceu a sua doença para cuidar da minha, bem como, sempre esteve ao meu lado para que hoje eu estivesse aqui. Devo-te a minha vida! Filho te amo, tu és meu oxigênio. Família, sem vocês eu não seria nada! E sem menos relevância, agradeço o carinho e o profissionalismo de minha orientadora Dra. Ana Júlia.

Dedico a conclusão dessa fase tão relevante da minha vida, à primeira feminista que conheci, a qual presenciei lutar por tudo aquilo que acreditava, pois, nada a impedia ou lhe causava desânimo, nem mesmo nesse mundo tão machista. Criou 12 filhos, número esse, pequeno, para aqueles que aqui te admira.

Dedico a ti, minha avó Jôvina Gonçalves dos Santos.

E a você meu primo, que de alguma forma contempla junto comigo essa vitória, pois você sempre estará em meu coração, onde quer que eu vá. Te amo para sempre Marcelo.

“Sonho com o dia em que todos levantar-se-ão e compreenderão que foram feitos para viverem como irmãos”.

Nelson Mandela

RESUMO

O presente trabalho teve por tema o discurso de ódio nas redes sociais, tem que se teve por objetivo analisar a colisão eventualmente existente entre direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a livre manifestação do pensamento. Inicialmente, foi analisado o conteúdo dos direitos fundamentais, quanto ao seu contexto e substrato jus-filosófico. Em seguida, foi analisada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, enquanto elementos jurídicos exigíveis entre particulares. Os direitos fundamentais e sua limitação em face do princípio da proporcionalidade também foi objeto de estudo. Em seguida, cuidou-se da delimitação do conteúdo da dignidade da pessoa humana e do princípio da livre manifestação do pensamento. Por fim, foi analisado o âmbito de incidência da eventual colisão identificada e as formas de solução do conflito. Foi estudado, ainda, o modo como o direito comparado tem tratado a questão do conflito entre o princípio da dignidade e a livre manifestação do pensamento. Foi utilizado como método de pesquisa o indutivo, consistente no levantamento bibliográfico de artigos científicos e da literatura jurídica pertinente. Elaborada a problemática relativa à possibilidade de conciliação entre o direito à livre manifestação do pensamento e o princípio da dignidade da pessoa humana, foi possível verificar que a aplicação do princípio da proporcionalidade em harmonia com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, atrai a coexistência pacífica dos dois direitos fundamentais postos em aparente conflito.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Livre Manifestação do Pensamento.

ABSTRACT

The present work had as its theme the hate speech on social networks. Its objective was to analyze the eventual collision between fundamental rights, such as the dignity of the human person and the free manifestation of thought. Initially, the content of fundamental rights, their context and jus-philosophical substratum, was analyzed. Next, the horizontal effectiveness of fundamental rights was analyzed as legal elements required between individuals. Fundamental rights and their limitation in the light of the principle of proportionality have also been studied. Then, it took care of the delimitation of the content of the dignity of the human person and the principle of free manifestation of thought. Finally, the scope of the eventual collision identified and the ways to resolve the conflict were analyzed. It has also been studied how comparative law has dealt with the conflict between the principle of dignity and the free manifestation of thought. It was used as research method the inductive, consistent in the bibliographic survey of scientific articles and relevant legal literature. The issue of the possibility of reconciling the right to free expression of thought with the principle of human dignity, it has been found that the application of the principle of proportionality in harmony with the horizontal effectiveness of fundamental rights, attracts the peaceful coexistence of human rights. two fundamental rights put into apparent conflict.

Key words: Fundamental Rights. Dignity of human person. Free mani-feast of thought.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITOS HUMANOS FRENTE AO DISCURSO DE ÓDIO	12
2.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: AMADURECIMENTO HISTÓRICO E BASES JUSFILOSÓFICAS.....	12
2.2.1 GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
2.3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
3 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	22
3.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	25
4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO	30
4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	30
4.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO	32
4.3 RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	37
4.4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO <i>VERSUS</i> OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS: TÉCNICAS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO	38
4.5 DISCURSO DE ÓDIO E ABUSO DE DIREITO	40
4.5.1 DISCURSO DE ÓDIO NO DIREITO COMPARADO	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
6 REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o debate relativo à livre manifestação do pensamento e discurso de ódio verificados, em especial, na rede mundial de computadores.

Como se terá a oportunidade de analisar, cuida-se de assunto constante nas primeiras ordens de discussão, seja pela relevância crescente destes veículos de popularização de ideias, seja pelo cenário de polarização ideológica identificada no atual cenário nacional.

Deste modo, é de primeira importância a realização de análise de eventuais choques de direitos fundamentais que são postos em rota de colisão, verificando a existência de abusos no exercício de um ou de outros.

Direitos fundamentais, enquanto institutos caracterizadores de verdadeiro crédito social que cada indivíduo tem em desfavor do Estado e em desfavor de seus semelhantes (eficácia horizontal), embora dotados de notas como a inalienabilidade, imprescritibilidade, dentre outros, não são absolutos.

Neste cenário, surge a discussão relativa ao direito de livre manifestação de pensamento e eventuais violações à dignidade da pessoa humana, quando direcionado enquanto discurso de ódio, em desfavor de certo grupo ou classe.

Para a correta análise das questões propostas, inicialmente é necessário pontuar o conteúdo mesmo dos direitos humanos, compreendendo suas dimensões jus-filosófica e a historicidade que lhe é característica. Na mesma esteira, é importante conhecer as noções atreladas à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, aqui entendida como a possibilidade de exigir concretude de tais direitos não apenas em desfavor do Estado, mas também em desfavor dos outros indivíduos particulares que compõem a sociedade.

As limitações aos direitos fundamentais quanto às restrições de exercício que lhe são impostas pelo princípio da proporcionalidade, com todos os seus critérios de aplicação, também devem ser objeto de análise.

Se o tema em debate guarda relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, é imperioso, por suposto, conhecer seu todo conteúdo para, por fim, tecer considerações acerca do conflito evidenciado.

Aqui, tem-se que fixar o campo específico da problematização proposta, identificando o ambiente em que se tem o conflito de tais direitos (expressão e dignidade) e as teorias tendentes a solucioná-la.

Para tanto, o método indutivo foi posto em prática, através de levantamento bibliográfico de obras que veiculam conteúdos como direito civil, constitucional, administrativo, penal, dentre outros.

Valeu-se, também, de consulta a repositórios de jurisprudência, com o fito de conhecer a posição dos tribunais superiores acerca dos variados temas discutidos.

Esse trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro aborda a questão dos Direitos Humanos frente ao discurso de ódio, adentrando em suas peculiaridades, bem como a evolução dos direitos fundamentais. O segundo falaremos das limitações dos direitos fundamentais e a proporcionalidade destes princípios. E por fim, e de suma relevância, a dignidade da pessoa humana e a livre manifestação de pensamento.

2 DIREITOS HUMANOS FRENTE AO DISCURSO DE ÓDIO

O discurso de ódio, seja ele perpetrado em redes sociais, seja lançado através de outros meios, guarda íntima conexão com um dos temas mais centrais do novo contexto jurídico alçado pela Constituição Federal de 1988. Cuida-se do princípio da dignidade da pessoa humana, ao redor do qual gravitam toda a gama de direitos e garantias individuais e sociais lançadas no texto constitucional.

Mais que isso, cuida-se de assunto conexo com a noção mesma segunda a qual os direitos fundamentais¹, que mais adiante serão profundamente abordados, possuem, mais que a força cogente que impõe obrigações positivas e negativas ao Estado, eficácia horizontal, obrigando toda a coletividade ao reconhecimento e respeito a um conjunto de direitos supremos e inalienáveis.

Assim, torna-se imprescindível, para a plena compreensão do assunto que se pretende desenvolver, o entendimento completo da noção do princípio da dignidade e dos temas que ao seu redor orbitam, delimitando-se, também, suas dimensões de aplicação e o alcance particular (eficácia horizontal).

2.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: AMADURECIMENTO HISTÓRICO E BASES JUSFILOSÓFICAS

Para que possamos compreender o fenômeno dos direitos humanos é necessário introduzir noções basilares, introdutórias, de mais simplificada compreensão para, em seguida, partir para a sofisticação tão própria de discussões de nível mais elevado.

Certamente, o ponto de discussão mais elementar na doutrina dos direitos humanos, é a atuação do Estado Nazista Alemão² nos tenebrosos anos que antecederam e percorreram a 2ª Guerra Mundial³.

Não sem razão, Bittar e Almeida (2015) partem deste período histórico para a desenhar, em linhas introdutórias, a compreensão relativa aos processos oficiais que conduzem às violações humanitárias verificadas. Para os autores, a

1 Conjunto de direitos positivados no Título I da Constituição Federal.

2 Modelo de Estado implementado na Alemanha, calcado nas premissas ideológicas difundidas por Adolf Hitler.

3 Conflito armado global, ocorrido entre 1939 e 1945.

compreensão humanitária, mas própria quanto a este tópico, é aquela que envolve a noção segundo a qual todo ser humano tem “direito a ter direitos”. Este seria, segundo os autores, o ponto basilar para a concretização do princípio humanitário.

Tanto assim é, que o passo inicial para a dizimação da sociedade judia, na Alemanha Nazista, percorreu o caminho daquilo que Bittar e Almeida (2015) apontam como “processo de desnacionalização”. Nada faria mais sentido a quem pretende a submissão absoluta e irrestrita de determinado grupo social que a negativa de reconhecimento dos membros deste grupo como nacionais de um determinado Estado.

Até aquele momento da evolução do constitucionalismo, já se tinha a noção segundo a qual cabia aos Estados um conjunto de prestações positivas e negativas em relação aos seus nacionais. Aponta Gilmar Mendes (2012, p. 206):

Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais — direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.

Logo, as obrigações estatais no contexto alemão restringiam-se, pois, àquelas aos quais o corpo normativo atribuiu a insígnia da cidadania. É dizer: apenas cidadãos alemães tinham direito a ter direitos, de sorte que aqueles alheios ao alcance do direito positivado viam-se num limbo jurídico capaz de lhes retirar a qualidade mesma de ser humano.

Se no contexto jurídico contemporâneo mesmo os animais são detentores de um conjunto mínimo de direitos reconhecidos por lei, aqueles não reconhecidos em medida nenhuma por esta mesma lei, teriam, pois, menos direitos, ou nenhum direito. Era o ambiente jurídico (ou a falta dele) que os “não-alemães” estavam inseridos.

Bittar e Almeida (2015) informa, de maneira bastante clara, o processo desnacionalização indireta que a Alemanha Nazista impôs aos judeus:

O genocídio perpetrado pela Alemanha nazista contra o povo judeu foi o ato final de um processo histórico de exclusão social que teve, em seu início, diversas medidas judiciais que inviabilizaram o exercício da cidadania por parte dos judeus. A lei de Nuremberg, de 15 de setembro de 1935, preservou a nacionalidade alemã dos judeus, mas retirou-lhes o status de

cidadão. Essa lei transformou os judeus, que se refugiaram em países vizinhos, em estrangeiros de segunda categoria, pois, tendo perdido a cidadania, não podiam valer-se da proteção de seu Estado; tal medida transformou esses judeus em apátridas de fato. Em outubro de 1938, carteiras de identidade com a impressão da letra “J”, para comprovar a origem judaica de seu portador, substituíram os passaportes dos judeus. A lei de nacionalidade do Reich, de 25 de novembro de 1941, privou da nacionalidade alemã os judeus que residiam fora do território da Alemanha. (BITTAR, et tal, 2015, p. 486)

A prova de que se cuida de tentativa deliberada de relegar judeus à cidadãos de terceira classe⁴ (ou de classe nenhuma) pode ser encontrada em trecho de jornal nazista apresentado por Hanna Aretdt (1989, p. 302), onde se nota a intenção de rebaixar judeus, exatamente rebaixando-os:

O jornal oficial da SS, o Schwartzekorps, disse explicitamente em 1938 que, se o mundo ainda não estava convencido de que os judeus eram o refugio da terra, iria convencer-se tão-logo, transformados em mendigos sem identificação, sem nacionalidade, sem dinheiro e sem passaporte, esses judeus comesçassem a atormentá-los em suas fronteiras.

Radbruch (1974, p. 415) em análise acerca do conflito existente entre o valor do direito positivo na Alemanha Nazista em confronto com ideais jusnaturalistas (ou a falta deste ideal), implica que:

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções destegénero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.

Ao desnacionalizar os grupos oprimidos, a Alemanha nazista negava, em essencial análise, a própria condição humana dos integrantes destes mesmos grupos. Por outro lado, se quem tem a força tem o direito, como apontado pelo citado jurista, caem as hipóteses legais de resistência.

4 Como apresentado, era corrente na Alemanha nazista a noção de que o povo judeu não estava compreendido entre aquele conjunto de cidadãos ou portadores de um vínculo jurídico de pertencimento ao povo alemão.

Nada mais lógico naquele contexto jurídico, afinal, se a Lei é a força suprema e se apenas por ela as forças de resistência podem operar, não há força de resistência possível de ser instrumentalizada. Não havia, logo, instrumento juridicamente possível para sanar quaisquer violações, já que, do ponto de vista do direito positivo alemão, não havia violação nenhuma.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, ocorrido em 1945, a própria noção do sentido absoluto do direito positivo foi revisitada pela teoria jurídica. O tema relativo ao direito de nacionalidade, como é perfeitamente compreensível, foi dos primeiros alvos de debate. Nesta esteira, a Corte Internacional de Justiça tratou de sagrar o conceito de nacionalidade como "um vínculo legal que tem sua base no fato social do enraizamento, uma conexão genuína de existência, interesses e sentimentos, junto com a existência de direitos e deveres recíprocos" ao passo em que, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, igualmente, tratou da nacionalidade como direito:

Artigo XV

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar sua nacionalidade.

Analisando tudo o que até o momento foi exposto, notadamente a respeito da relação existente entre valores humanitários supremos e positivismo, também se conclui que o próprio reconhecimento destes valores depende, em um ou em outro nível, de um sistema positivado.

Afinal, é plenamente possível a afirmação conclusiva do raciocínio segundo o qual direitos individuais ou humanitários existem de *per si*, são próprios da espécie humana, inerentes à condição de homem, sendo meramente reconhecidos ao longo do processo de evolução do pensamento humano. Por outro lado, é discutível como o reconhecimento há de ser dado.

Se, de um lado, é possível argumentar no sentido de que se trata de reconhecimento notável pelo consciente e inconsciente coletivo, também é possível argumentar no sentido de que apenas do direito positivado, como a carta registradora deste consciente e inconsciente, é o instrumento adequado para, para além de qualquer questionamento, consolidar este reconhecimento.

Daí pode-se discutir acerca das bases jus-filosóficas que, em tese, seriam capazes de render substrato à doutrina destes direitos. Entretanto, antes que novos passos sejam dados no estudo deste tópico, é necessário, sob os auspícios de Bobbio (1997), compreender a basilar diferença entre um direito humano e um direito fundamental.

De início, é relevante apontar que Bobbio (1997) despreza a busca pelo substrato filosófico dos direitos do homem, entendendo ser mais produtivo encontrar formas de protegê-los do que localizar suas bases de sustentação. Não que o jurista despreza o raciocínio jurídico-filosófico, mas sim em razão da impossibilidade, para o autor, de localizar uma força geradora ou um substrato de natureza absoluta.

Para Bobbio (1997), a doutrina dos direitos do homem precede a doutrina dos direitos fundamentais. Mais: os direitos do homem passam a ser fundamentais na medida em que reconhecidos como tal pela ordem jurídica suprema de determinado Estado. É dizer: são fundamentais aquele conjunto de direitos com viés humanitários constitucionalizados.

Assim, nasce a noção, em Bobbio (1997), de que mera indicação da doutrina filosófica como mote reconhecedor de um direito de nada adianta, se não ocorre o concurso de condições sociais e históricas favoráveis para que se incorpore aos estatutos vinculantes.

Quanto às formas de reconhecimento dos direitos humanos que, como visto, precede a sua fundamentalização, Gilmar Ferreira Mendes (2015, p. 208), aponta quatro correntes de pensamento que tentam justificá-las.

Os jusnaturalistas, reconhecem que os direitos do homem não têm outra fonte a não ser a própria natureza do homem. Deste modo, prestigia-se um conjunto de direitos inerentes à qualidade humana, anteriores à própria noção de Estado e, portanto, anteriores ao Direito. Despreza-se, portanto, o fator jurídico como necessário ou como fundo de validade, ainda que em processo de reconhecimento.

Em contraposição, os positivistas apregoam o império da Lei como força exclusiva de reconhecimento e conformação dos direitos, inclusive aqueles de natureza humanitária.

A corrente idealista tem que os direitos humanos são valores ou ideias, princípios “abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo” (MENDES, 2015, p. 208).

Em outro caminho seguem os realistas, que apontam as lutas sociais e políticas como motes geradores do processo de consolidação dos direitos fundamentais.

Nos compete, agora, analisar a transformação dos direitos fundamentais no seio das sociedades modernas para, por fim, identificar sua dimensão horizontal de aplicação.

2.2.1 GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A compreensão das gerações de direitos fundamentais está diretamente conectada a uma das características mais marcantes desta ordem de direitos: sua historicidade, na medida em que representam um “conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num determinado contexto histórico” (PEREIRA, 2006, p. 76). Daí dizer que o conjunto de direitos fundamentais, tais quais os conhecemos atualmente, não emergiram em bloco unitário em determinado momento único da história humana.

Foram frutos de processos de reconhecimento forçados por certos eventos históricos, ou pelo novo modo da sociedade ou do Estado se enxergarem.

Com o objetivo de entender este processo de formação, a doutrina costuma apontar gerações ou dimensões de direitos fundamentais. O assunto, em que pese possua valor notadamente teórico, é de principal importância para o tema ora em debate. Afinal, se o que se busca verificar, em última análise, é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é determinante apontar a trajetória do pensamento humano que conduziu até semelhante afirmação.

Tem-se, que a primeira geração de direitos fundamentais, emergiu como fruto das lutas da Revolução Francesa⁵ (segundo aponta a maioria da doutrina) e, ainda, da Revolução Americana⁶. Revoluções que tinham, em nível mais essencial de compreensão, o intento de limitar o poderio estatal frente o homem comum. Quando se fala em limitação de poderio estatal, fala-se, portanto, em normas

5 Período de intensa revolução política dada na França dada no século XIX, que culminou em profundas alterações sociais e políticas ao longo de toda a Europa. Tinha por lema a tríade igualdade, liberdade e fraternidade, que acabariam por corresponder às três primeiras gerações de direitos fundamentais, conforme já estudado.

6 Revolução manejada pelas antigas 13 Colônias estadunidenses, que culminou com a independência e formação de um Estado autônomo, federado e republicano.

impositivas de proibição, consistentes na fixação de obrigações negativas colocadas em desfavor do Estado.

Deste modo, consiste na delimitação de um conjunto de garantias e direitos que defendiam o homem do arbítrio estatal, como que a cerca-lo contra as arbitrariedades do Estado. É negativo, por impor uma não-ação ao Estado: não avançar sobre a propriedade privada, não avançar arbitrariamente contra a liberdade de locomoção, dentre outros. Segue Mendes: (2015) que os direitos fundamentais de primeira geração:

São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião e, à violabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com as desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. (MENDES, 2015p. 206)

Os direitos de primeira geração representam, assim, um conjunto de garantias de que dispõe o cidadão em defesa das ações do Estado. Diferentemente do que ocorre com os direitos fundamentais de segunda geração, que vinculam obrigações de natureza positiva, em evidente carta de crédito por meio do qual os cidadãos absorvem o direito de exigir ações de ordem social em desfavor deste mesmo Estado.

Cuida-se de consequência da transição do Estado Liberal, em que o Estado, como visto, assumia posição negativa na relação com os particulares, para o Estado social de direito, em que se reconhece o papel do governante na concretização de direitos relacionados ao princípio de justiça distributiva. Como aponta Gilmar Mendes (IDEM, 2015) “o ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/Sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais”.

Tal noção pode ser plenamente evidenciada pelo extenso catálogo de direitos sociais estampados no caput do artigo 6º da Constituição da República. A objetividade dos direitos sociais, nesta linha de raciocínio, pode ser facilmente explicada quando se analisa o conceito de liberdade e igualdade, corolários da Revolução Francesa, marco da primeira geração de direitos.

Se antes detinha-se liberdade e igualdade como valores absolutos, em análise fria e quase cega, que não mais pode ser admitido no Estado social de direito. Aqui, tais valores são relativizados para que se concretizem no viés não meramente formal, mas, e principalmente, em âmbito material.

É dizer: liberdade e igualdade só existem quando direcionados como instrumentos persecutórios da verdadeira justiça. Supera-se o conceito de liberdade meramente formal, para que se abrace o conceito de liberdade material. Cuida-se da máxima segundo o qual se deve tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual, na medida desta desigualdade. A liberdade, de igual modo, deve ser implementada de sorte que todos se vejam beneficiados por esta noção, afastando-se a liberdade nociva, pois nem toda liberdade reflete o bem-estar social.

Todos devem ser livres para empreender, mas esta liberdade encontra limites nos direitos do consumidor, dos trabalhadores, de concorrência. Assim, cabe ao Estado o dever de regular a atividade econômica, limitando o exercício desta liberdade, melhor: moldando o exercício desta liberdade aos interesses da sociedade, postos acima do mero interesse subjetivo.

Chega-se, com esta noção, a uma terceira fase do pensamento relativo aos direitos fundamentais: os direitos fundamentais de terceira geração, de titularidade difusa ou coletiva “uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos” (IDEM, 2015, 207). São direitos relacionados com a paz, o meio ambiente equilibrado, a conservação do patrimônio histórico e cultural, dentre outros.

Esta terceira geração de direitos, conjugada com a geração anterior e temperada à luz da primeira, geram uma noção que deve ser plenamente compreendida para que bem possamos analisar o motivo que leva a atuação estatal na repressão de discursos de ódio.

Chega-se, deste modo, à conclusão e que os direitos fundamentais não mais representam um conjunto de direitos e obrigações impostas ao Estado e em favor do cidadão. Cuida-se, agora, de obrigações reconhecidas e impostas à toda a coletividade. A eficácia destes direitos já funciona mais exclusivamente de cima para baixo ou de baixo para cima, mas de maneira horizontal, trazendo obrigações para o cidadão e para com ele mesmo.

Refere-se à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tema do tópico que segue.

2.3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais ganhou relevada força no direito constitucional brasileiro, como se verá adiante. Entretanto, a construção desta noção não se deu sem grandes resistências no âmbito da doutrina mais clássica.

O que se discute, aqui, a respeito daquilo que parte da doutrina chama de “sujeição passiva dos direitos fundamentais”, em que se busca identificar quais agentes do modelo social de vigência são alvos das normas impositivas de proibição e de ação consagradas pelo modelo constitucional. O Poder Público, como já restou evidenciado, é um destes sujeitos passivos, o principal. Modernamente, tem-se pela instituição das pessoas privadas como, também, sujeito passivo de tais direitos.

Exemplo deste reconhecimento da eficácia horizontal no âmbito normativo moderno, é a Constituição da República de Portugal, onde se previu, expressamente, que os direitos fundamentais vinculam as entidades privadas. A discussão que resta, é saber os limites desta vinculação, ou seja, até que ponto os direitos fundamentais reverberam nas relações jurídicas de direito privado.

De saída, é possível perceber que a própria Constituição Federal estabelece uma série de direitos fundamentais que vinculam pessoas privadas. Certamente, o marco mais importante desta percepção repousa no âmbito do direito do trabalho. O direito social ao gozo de férias anuais remuneradas, à percepção do 13º salário, a vedação de critérios discriminatórios para admissão e demissão, são alguns dos exemplos de eficácia horizontal dos direitos sociais, já que incidentes em campo nitidamente privado, como a relação de emprego. Revela-se, assim, tanto a eficácia de direitos de natureza social, quanto direitos de natureza individual, como é o caso do direito à igualdade (vedação à discriminação).

Como aponta Mendes (2012, sp), a questão dos limites da eficácia dos direitos fundamentais na relação privada é encontrável no momento em que esbarra a autonomia individual, especialmente quanto à liberdade de contratar (acordo de vontades de que resulta um dado negócio jurídico), que também é constitucional.

Conclui-se, pois, que o assunto resvala em três pontos de primeira importância: a efetividade material dos direitos fundamentais, a eficácia horizontal destes direitos o reconhecimento da autonomia da vontade enquanto direito igualmente fundamental. Afinal, não há efetividade material dos direitos

fundamentais em uma sociedade que tolera a orientação sexual como critério para admissão em organizações. De igual modo, a autonomia da vontade consistente na escolha daqueles que podem compor seu quadro de funcionários, alunos, clientes, dentre outros, também se vislumbra como constitucional, coloraria do princípio da liberdade geral insculpida no caput do artigo 5º da Constituição.

Aqui, surge, já, o ponto fulcral do debate que se pretende desenvolver. Afinal, o discurso de ódio em redes sociais confronta, de maneira direta, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana com o direito igualmente constitucional de livre manifestação do pensamento (dentre outros), que há de ser analisado à luz da eficácia horizontal destes direitos constitucionais.

No capítulo seguinte, buscar-se-á identificar o princípio da dignidade da pessoa humana e visualizar a técnica adequada de conciliação de princípios fundamentais tendo em consideração dois relevantes institutos do direito constitucional: a teoria do abuso de direito e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

3 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os direitos fundamentais, como já se teve a oportunidade de destacar, representam valiosa nota concretizada de valores universais no plano interno. Diz-se no plano interno, ante a normatização através do instrumento de mais potente força dentro do ordenamento jurídico dos estados democráticos de direito: a constituição federal.

Em que pese imprescindíveis para a realização das potencialidades humanas, não se revestem, entretanto, de caráter de absoluto. Comportam, pois, uma série de restrições capazes de orientar o exercício de todos eles, sem que um direito possa ser plenamente exercido às custas do integral sacrifício de outro.

Na tratativa própria acerca das limitações existentes, Gilmar Ferreira Mendes apresenta a escola mais elucidativa, do ponto de vista didático, a respeito do assunto.

À luz disto, o doutrinador menciona limitações ou restrições, diretas ou indiretas, há diferentes direitos fundamentais.

Ilustrativa da mencionada restrição, é a norma extraída do artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal. Estabelece-se, ali, a liberdade para o exercício de qualquer profissão. Eis o direito fundamental posto pelo constituinte originário. A limitação, igualmente por ele colocado, fica por conta da necessidade de atendimento das qualificações profissionais a serem estabelecidas pela legislação.

A Constituição igualmente assegura, com status de direito fundamental, a liberdade de locomoção ao longo de todo o território nacional. Eis o direito fundamental. Em seguida, o constituinte originário ressalva: em tempo de paz. Também assegura, no mesmo artigo 5º, inciso XV, que qualquer pessoa poderá nele ingressar, permanecer ou dele (do País) sair com seus bens. É direito fundamental. Segue a restrição: nos termos da lei.

A liberdade de associação também encontra previsão constitucional, como direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XVIII. Veda-se, como força limitadora ou de restrição, a associação para fins ilícitos.

Friedrich Klein e Lerche intentaram categorizar as restrições aos direitos fundamentais à luz de duas perspectivas distintas, porém igualmente interessantes.

O primeiro aborda restrições de garantia e restrições a garantia. O segundo, tem normas puramente restritivas e normas destinadas a explicitar, conformar, evitar abusos e as solucionadoras de conflitos entre direitos fundamentais.

Mendes (2017) estipula regra inicial para a compreensão das restrições. Se os direitos fundamentais encontram expressa previsão no texto constitucional, apenas poderão semelhantes direitos serem limitados a mando outra expressa disposição constitucional. É dizer: não cabe à lei limitar de ofício o exercício de um direito fundamental, apenas podendo fazê-lo quando o texto magno assim determinar. Eventual Lei Complementar limitadora apenas pode fazê-lo, logo, com fundamento direto na Constituição.

Este fator limitador representa o ponto de diferença entre restrições imediatas e as restrições mediatas. Quando a restrição for imposta e expressa na Constituição, cuida-se de restrição imediata. Quando, fundamentada na Constituição e exteriorizada pela lei complementar, tem-se restrição mediata (MENDES, 2017).

As limitações ou restrições podem ser incluídas, com fundamento constitucional, à luz da reserva legal simples ou da reserva legal qualificada, ainda conforme apontada pelo mesmo doutrinador.

As restrições impostas por simples reserva legal ou, como, ainda, como simples restrição legal, tem-se a mera imposição por parte do constituinte de que a limitação se dê, apenas, através da Lei. Deste modo, basta que a restrição se encontre prevista na Lei para que a limitação seja legítima. Citam-se, como exemplos de restrição por reserva legal simples, a exigência já citada de qualificação profissional para o exercício de qualquer profissão. Igualmente, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, direito fundamental, pode ser restringida, nos termos da lei. Aponta Mendes, que estes exemplos:

Demonstram que o constituinte se vale de fórmulas diversas para explicitar a chamada reserva legal simples (na forma da lei; nos termos da lei; salvo nas hipóteses previstas em lei; assim definida em lei; no prazo da lei). Diante de normas densas de significado fundamental, o constituinte defere ao legislador atribuições de significado instrumental, procedimental ou conformador/criador do direito. (2017, p. 302)

As limitações instrumentais asseguram o modo como um direito deve ser exercido, como ocorre no direito fundamental a obtenção de informações em órgãos

públicas, marcadas pelo verbete “que serão prestadas no prazo que a lei fixar” (art. 5º, XXXIII da Constituição Federal).

De outra banda, tem-se normas limitadoras que representam, também, natureza substancializada a ou definidora do direito, sem que tal fato deixe de representar restrição.

É o que ocorre, a título de exemplo, com a proteção disposta à pequena propriedade, que é impenhorável. Nota-se, que a Constituição não se ocupou em definir expressamente o que seria a pequena propriedade, deixando para a lei a tarefa de conceituá-la para fins de proteção.

As reservas ou restrições legais qualificadas aparecem quando a Constituição “não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados”. Logo, o texto constitucional exige, para a validade da limitação, um elemento consistente em fato a ser verificado como compatível com a limitação que está sendo proposta.

Ilustrativo da questão é a disposição constitucional que possibilita a redução ou limitação do exercício de qualquer ofício ou profissão. O Supremo Tribunal Federal já decidiu (Resp 930), que limitações apenas têm lugar no tocante às qualificações profissionais, sendo inconstitucionais restrições outras lastreadas em diversos fundamento.

Existem, por outro lado, direitos fundamentais assegurados sem a nota da reserva legal, seja ela simples ou qualificada. A respeito de tais direitos, tem-se que não se cuida de admitir exercício ilimitado, sempre tendente para abusos daquele o exerce. Por outro lado, como também fixa Gilmar Mendes (2017), as limitações exercidas pelo legislador infraconstitucional não podem ir além dos próprios limites definidos no âmbito de proteção.

Como restou anotado, todo direito fundamental encontra limites de exercício. Tais limites devem obediência ao texto constitucional, se não em obediência aos mandamentos constitucionais expressos, ao quanto pode ser extraído do espírito mesmo da Constituição. Logo, mesmo os limites permitidos ou de viável imposição restritiva por parte do legislador, também são limitados e restringidos:

Cogita-se aqui dos chamados “limites dos limites” (schranks-schranks), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Tudo para afirmar, que existe um núcleo essencial que não pode ser limitado, sob pena de se detonar a própria razão de ser de um direito fundamental.

As limitações justificam-se na medida em que úteis para viabilizar o motivo de existência do estado democrático de direito, calcado na busca pela realização do bem de todos, evitando-se que o direito de um se torne o flagelo do outro ou da coletividade como um todo. É este o objetivo e a finalidade de qualquer limitação.

Aqui entra assunto diretamente conectado com o tema que ora se pretende desenvolver: o princípio da proporcionalidade.

3.1 PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

Inicialmente, calha apontar que o princípio da proporcionalidade tem lugar tanto no âmbito das relações privadas em que os direitos são exercidos, quanto no âmbito legislativo, onde estes mesmos direitos sofrem limitação. A afirmação faz todo sentido quando se verifica que qualquer tentativa de exercício de uma faculdade pode ter como barreira limitadora as próprias normas de condutas socialmente aceitas, como o texto da lei em si mesmo considerado.

É assegurado direito consubstanciado na frase segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa senão em virtude de Lei. Porém, é igualmente correto afirmar que certos comportamentos, embora previstos no campo das liberalidades, são mais ou menos aceitos a depender de um dado contexto social ou cultural.

No âmbito do exercício do poder-dever legislativo, a questão da proporcionalidade, como aponta Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2014), foi primeira introduzida pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, ao cabo da Segunda Grande Guerra. Cuidou-se, ao tempo, da reiterada presença de expressões do tipo “excessivo”, “inadequado”, “necessariamente exigível”. Com o passar dos anos e com o aprimoramento do pensamento jurisprudencial alemão, o que antes

representavam fundamentos abstratos aplicados em casos em concreto, tornaram-se verdadeiro princípio.

Falou-se, a partir de então, no princípio da proporcionalidade ou do princípio da proibição do excesso. Inicialmente aplicado no âmbito do controle de constitucionalidade, evoluiu para limitar, inclusive, decisões do Poder Executivo e do próprio Poder Judiciário (ALEXANDRINO, PAULO, 2014).

O princípio da proporcionalidade encontra-se, como conformação doutrinária orientada, subdividido em três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação reconhece idoneidade ou a pertinência da medida tomada como meio mais apto à consecução de um dado objetivo. O meio deve ser, pois, o mais eficiente para o atingimento da finalidade. É dizer: a eventual tendência limitadora, apenas pode ter lugar nas situações em que a limitação se mostrar o meio adequado para o atingimento do objetivo em questão. Guarda profunda conexão com o elemento da necessidade.

A necessidade, indica que eventual medida apenas deve prosperar quando se revelar nitidamente indispensável para assegurar a manutenção do direito em questão. “Só será válida a restrição de direito se não for possível adotar outra medida menos restritiva que seja capaz de atingir o mesmo objetivo, alcançar o mesmo resultado” (IDEM, 2014, p. 189).

Ingressa-se, assim, na seara do juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Apenas é analisado, quando da avaliação da situação posta em concreto, após a superação da análise da necessidade e da adequação. Aqui, tem lugar a aferição dos benefícios obtidos em relação aos prejuízos enfrentados pela imposição da medida. Seguem Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo para afirmar:

Como medida restritiva de direito contrapõe o princípio que se tenciona promover e o direito que está sendo restringido, a proporcionalidade em sentido estrito traduz a exigência de que haja um equilíbrio, uma relação ponderada entre o grau de restrição e o grau de realização do princípio contraposto. (IDEM, p.190)

O Supremo Tribunal Federal vem aplicando, iterativamente, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade como instrumentos verificadores da constitucionalidade de medidas limitadoras de direitos fundamentais. Aponte-se, por oportuno, que a Suprema Corte extrai a proporcionalidade, enquanto princípio da

natureza constitucional não expresso, do conteúdo substantivo do princípio do devido processo legal. Afirma-se, que dentro da “perspectiva de um Estado Democrático de Direito, no qual todas as leis têm que ir ao encontro dos anseios do povo, o princípio de devido processo legal não se limita a assegurar a observância do processo na forma descrita na lei, mas impede também a permanência no ordenamento de leis desprovidas de razoabilidade” (IDEM, 2014, p. 233).

De fato, o Supremo Tribunal Federal vem reunindo importantes precedentes a este respeito, não apenas para desqualificar atos restritivos no âmbito do Executivo e mesmo do Judiciário, mas, e com mais intensidade, para a realização do controle de constitucionalidade. Sob os auspícios do princípio da proporcionalidade, tem havido a declaração de contrariedade ao ordenamento magno vigente de normas regularmente aprovadas pelo Congresso Nacional. É da lavra do Supremo a afirmação segundo a qual “todos os atos emanados do Poder Público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade, bem assim, a legitimidade de medida restritiva a direitos fundamentais há de ser aferida no contexto de uma relação meio fim, devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais, não razoáveis”. (ADI 1969, 2007).

Para Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade pode ser "caracterizado pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo" (Bonavides, 1994, p. 357).

Deste modo, à luz do quanto preconizado pelo renomado jurista, a proporcionalidade se faz presente quando ocorre a adequada reflexão conclusiva no sentido de ser escolher a solução jurídica mais apta à resolução da questão posta em debate. Assim, o que se tem é a eleição do remédio adequado para o problema proposto, sem que, nas consequências colaterais por ventura existentes, haja o sacrifício de outros valores jurídicos igualmente relevantes.

O mesmo autor pontua que a proporcionalidade consiste no correto equilíbrio que deve existir entre o fim que se almeja o meio escolhido para obtê-lo. Cuida-se de velar pela vedação do excesso no exercício das prerrogativas estatais

proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem (sic) . Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de 'justa medida' (LARENZ). (Canotilho, 1977, p. 447)

Assim, toda a atividade estatal deve ser guiada à luz do princípio da proporcionalidade. O Estado deve ser proporcional em todas as suas instâncias de movimentação, o que deve incluir, necessariamente, a edição de atos administrativos, a produção e a interpretação normativa. A jurisprudência moderna vem admitindo, inclusive, a declaração de inconstitucionalidade de atos legais e a ilegalidade de atos infralegais, com fundamento na ofensa ao princípio da proporcionalidade, não expressamente previsto no texto constitucional.

Não sem razão Márcia Haydée Porto de Carvalho já destacava que o princípio da proporcionalidade é "uma verdadeira garantia constitucional que tem uma dupla função: protege os cidadãos contra os abusos do poder estatal e serve de método interpretativo de apoio para o juiz quando esta precisa resolver problemas de compatibilidade e de conformidade na tarefa de densificação ou concretização das normas constitucionais" (Carvalho, 1997, p. 74).

Assevera Stum:

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo é também chamado de princípio da proibição do excesso, possuindo como características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito a exigência da análise da relação de meios e fins. A expressão 'princípio da proibição do excesso' é aplicável no âmbito do controle legislativo, onde 'suscita o problema do espaço de decisão dos órgãos legiferantes' (Canotilho, 1982, p. 198), questionando a adequação dos atos legislativos aos fins expressos ou implícitos das normas constitucionais. _ 'As valorações do legislador não podem ser isoladas. Elas têm de ser relacionadas com outras valorações que estão por de trás da lei e imprimem o seu cunho ao Direito. (Stumm, 1995, p. 78)

O princípio da proporcionalidade visa, assim, garantir que todo o ordenamento jurídico seja instrumentalizado com o objetivo de entregar a correta solução na medida adequada, evitando-se a existência de excessos que podem surgir no exercício das prerrogativas estatais. Não é possível, deste modo, que se possa admitir o exercício de um determinado direito sem que se atente, antes, aos ditames da justiça, adequando-se o que se pretende obter com o espírito democrático que inspira o Estado de Direito.

Não é por outra razão que Luis Roberto Barroso, quando trata a respeito do assunto, associa diretamente a proporcionalidade à própria noção de justiça quando afirma que "o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça".

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

O tema proposto para debate no âmbito do presente trabalho, tem como desavio realizar a análise do discurso de ódio nas redes sociais e suas implicações. Cuida-se, como se nota, da colisão de dois direitos fundamentais: o direito à livre manifestação de pensamento e o princípio da dignidade da pessoa humana. É dizer: eventuais implicações penais ou civis oriundas de discursos apenas têm lugar quando em conflito com outros princípios fundamentais de idêntica relevância. Deste modo, é todo necessário o pleno conhecimento a respeito do conteúdo doutrinário e normativo dos dois institutos.

4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é, como ponto principal de destaque, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É o quanto pode ser extraído do artigo 1º, III da Constituição Federal. Representa, como aponta a maioria da doutrina, por todos citamos Pedro Lenza (2014), o princípio-matriz de todos os direitos fundamentais.

Através deste princípio, coloca-se “a pessoa em patamar diferenciado do que se encontrava no Estado Liberal”, de sorte que se tem por meta “orientar a ordem jurídica para a realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais, para além dos meramente patrimoniais” (FINGER 2000 apud LENZA, 2015, p. 94-95).

Cuida-se de princípio, como já apontado, referido no artigo inaugural da Carta Magna e novamente repetido no título dedicado à Ordem Econômica, quando, no artigo 170, refere-se à expressão “existência digna”. Se não existem palavras mortas ou desnecessárias no corpo do texto constitucional, se extrai que perseguir o estado de dignidade é, mais que mero verbete lançado na Constituição, um verdadeiro objetivo a ser alcançado.

Cuida, agora, de tratar de um desafio que se apresenta como um dos mais complexos para aquele que se aventura analisar a dignidade: seu conteúdo

mesmo. Não se cuida de dificuldade encontrada exclusivamente entre aqueles menos experimentados na dogmática humanitária-constitucional.

A dificuldade de precisão, entretanto, não impediu que o Judiciário o aplicasse diretamente, ou em consonância com outros princípios constitucionais fundamentais, para a solução dos mais variados casos postos em discussão na Suprema Corte.

Não é por outro motivo, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal reconhecer que o nome “insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família”, em que pese não se tenha, expressamente no texto constitucional, o nome como direito.

Ao analisar situações como a ora proposta é que se verifica a importância do princípio da dignidade enquanto norte ou força orientadora não apenas das políticas estatais, sejam elas públicas (estrito sensu), ou marcadas pela atuação legislativa ou judicial. É a força propulsora que deve mover toda a atuação estatal, no sentido de se buscar, tanto quanto possível, a realização máxima das faculdades humanas.

Representa valor universal, amplamente solidificado nos pós Segunda Grande Guerra, internalizado pelas Constituições ocidentais nos mais variados países.

A Constituição Italiana, de 1947, afirma, em seu artigo 3º, que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. A Constituição Portuguesa de 1976, igualmente, consta que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Constituição Espanhola adverte que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”. Mais sucinta, porém com grande carga valorativa, a Constituição Alemã fixa que a “dignidade humana é intangível, respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”.

Daí se conclui, com suporte nas falas kantianas, que a pessoa humana se apresenta como o objeto mesmo do ordenamento jurídico contemporâneo. Atesta:

Diríamos, de seu caráter enigmático, a pessoa humana – na dignidade que lhe é própria – vem sendo colocada como pedra angular, vértice e ponto e ponto de referência do ordenamento jurídico, quer seja no âmbito dos diversos Estados nacionais contemporâneos, quer no âmbito supranacional. (ALVES, 2012, p. 1-9)

Logo, se todo o ordenamento jurídico se apresenta configurado para a realização do homem, enquanto sujeito dotado de uma carga de direitos indisponíveis e inatacáveis pelo estado e seus semelhantes, é de todo coerente afirmar que toda norma ou princípio constitucional, há de ser analisado e interpretado à luz da dignidade da pessoa humana.

Todo direito reconhecido pelo ordenamento jurídico tem como objetivo primário assegurar o princípio da dignidade. Assim, não se pode afirmar que um ou outro princípio, seja utilizado como instrumento para alijar este ou aquele indivíduo de idêntico grau protetivo. Não se pode, sob o argumento de se tratar de princípio integrador da dignidade, que a liberdade de expressão justifique o discurso negativo, em detrimento de um certo grupo social ou étnico. É dizer: nenhum direito fundamental pode ser utilizado como arma de ataque a outro direito fundamental, porque todo cidadão é envolvido pelo manto da dignidade, quebrantado quando um direito de idêntica monta é violado sob o pretexto da realização de um outro.

4.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Inicialmente, cabe ressaltar que corre diferenciação imprescindível entre a livre manifestação do pensamento e a liberdade de pensamento. Natália Masson (2015), sinaliza que toda pessoa dotada com algum, ainda que mínimo, grau de discernimento mental possui a liberdade de pensamento. E a coerência da afirmação ganha concretude no campo lógico, afinal, é impossível que alguém, mesmo o Estado, possa limitar ou impor regras ao quanto o indivíduo, no seu íntimo, elabora acerca desta ou daquela situação. Os pensamentos humanos são livres, por definição, de sorte que é impossível a quem quer que seja a eles ter acesso.

Por outro lado, a liberdade manifestar o pensamento guardado no íntimo, este sim, é possível de sofrer limitações em Estados cuja organização política e social possuam notas de autoritarismo.

No caso brasileiro, o artigo 5º, inciso IV da Constituição de 1988 assegura duas dimensões distintas de exercício do direito de livre manifestação. A doutrina

(MASSON, 2015), aponta que estas dimensões se organizam em aspecto positivo e aspecto negativo. No aspecto positivo, tem-se a possibilidade de exteriorização de opiniões. No aspecto negativo, encontra-se a vedação à censura prévia.

Desta maneira, tem-se que o texto constitucional assegura a livre manifestação de ideias pelas mais variadas formas possíveis, seja essa manifestação realizada através da fala, de ilustrações, através de gestos, programas televisivos, peças de teatro, livros, dentre outras possibilidades (MENDES, 2008). Na mesma dimensão de raciocínio, é possível afirmar, como bem lembrou Gilmar Mendes (2008), que a liberdade atinge, até mesmo, o direito de não manifestar posição acerca de qualquer tema.

A este respeito, o tema ganha tal relevo, que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América chegou a decidir, no âmbito daquela nação marcada pela elevada nota de patriotismo, que mesmo a queima da bandeira estadunidense não deveria ser punida, tendo em vista que o ato jaz resguardado pela liberdade de expressão do pensamento.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, colhe-se situações interessantes já apreciadas pela Corte. No âmbito do Habeas Corpus n. 83996/RJ, a 2ª Turma do STF decidiu que o ato de mostrar as nádegas ao público, que vaiara a peça ao fim do espetáculo, se encontra dentro da liberdade de manifestação do pensamento.

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal, na ADIn 4815/DF, deu interpretação conforme a Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, impondo que não é exigível a autorização da pessoa biografada para a realização de obras biográficas, sejam elas literárias ou audiovisuais, direito que abrangeria o retrato, inclusive, de personalidades coadjuvantes (não públicas ou não conhecidas do grande público).

As posições do STF deixam clara a intenção de concretização material do artigo 220 da Constituição Federal, quando afirma ser vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Por outro lado, se a Constituição assegura a liberdade para exteriorizar o quanto subjetivamente se pensa, ela mesma prevê, com vistas a assegurar a realização de outros direitos fundamentais de idêntica envergadura (como a honra objetiva e subjetiva), a vedação do anonimato. Manifesta Natália Masson (2015, p. 239):

O que a Constituição não resguarda é o anonimato da manifestação. Isso porque, eventualmente, no exercício dessa faculdade, o sujeito pode agir abusivamente e ferir direitos de outrem (honra ou imagem, por exemplo), ou até mesmo cometer um ilícito penal, casos em que sua identidade será imprescindível para viabilizar a responsabilização aplicável à hipótese. (

Assim, na hipótese de abuso do direito da livre manifestação de pensamento, corre no texto constitucional não apenas a possibilidade de eventual indenização decorrente de eventual lesão de natureza moral, mas, também, a possibilidade de realização do desagravo, naquilo que se tem chamado de direito de resposta. O direito de resposta deve ser realizado pelo mesmo meio de comunicação em que o dano foi perpetrado de modo a receber o mesmo destaque (MASSON, 2015).

A relevância do resgarde constitucional da liberdade de expressão, como apontam Ferreira e Bernardes (2017) ganha pouso em quatro pontos fundamentais.

Inicialmente, garante a autorrealização do indivíduo, na medida em que propicia a propagação do conhecimento. Ademais, “fomenta a ampla discussão e esclarecimento de assuntos variados, de modo a garantir o direito difuso à informação” (BERNARDES; FERREIRA, 2017, p. 109).

Também funciona como instrumento garantidor de formação da opinião pública, sem que haja a interferência do Poder Político na formação desta opinião. Por fim, tem como objetivo “contribuir ao bom funcionamento da sociedade e das instituições públicas, desautorizando sanções contra quem decida denunciar ilícitudes, crimes e abuso de poder” (BERNARDES; FERREIRA, 2017, p. 109).

Nos pontos levantados pelos doutrinadores, é de vital importância, antes que se adentre na análise dos abusos advindos do exercício irregular do direito de livre manifestação do pensamento, ressaltar os aspectos práticos que tornam o direito tão relevante em um Estado Democrático de Direito.

Neste aspecto, tem-se que se busca privilegiar aquilo que John Stuart Mill chamou de livre mercado de ideias (1859). Cita-se importante passagem atribuída ao autor:

Embora a opinião silenciada possa estar errada, ela pode, o que muito comumente ocorre, conter uma parte da verdade; é uma vez que a opinião geral ou prevalecente em qualquer assunto é raramente ou nunca toda a verdade, é apenas pela colisão de opiniões divergentes que o restante da verdade tem alguma chance de ser preenchido (FERREIRA; BERNARDES apud MILL, 2017, p. 110).

Daí se extrai a relevância da liberdade de pensamento para a busca da evolução do pensamento coletivo e, em especial, a vedação à censura prévia. É necessário que determinadas linhas de pensamento, ainda que equivocadas, venham a público, seja para reforçar a noção de que são de fato equivocadas, seja para levar ao escrutínio social as partes positivas de um dado pensamento. É dizer: é possível que todos estejamos certos o tempo todo, sobre tudo, da mesma forma que é impossível que alguém esteja errado, o tempo todo, sobre tudo.

É necessário permitir que determinadas ideias venham a tona, para que possam ser testadas e, na expressão utilizada por Mill, para que a sociedade lhes atribua o valor que possam merecer, ou desvalor.

Aqui, entretanto, tem-se limites ao exercício de tal direito.

Todo direito, seja ele tido como fundamental ou não, deve ser exercido à luz de princípios como a boa-fé objetiva e, sempre, tendo como fonte de interpretação a função social que toda atividade humana exerce. Bem por isso, a liberdade de manifestação do pensamento também encontra limites em uma série de vedações que devem ser observadas, sob pena de configurar o abuso.

Já foi ressaltado, que é possível o exercício do direito de resposta, proporcional ao agravo sofrido, pelo mesmo meio utilizado para provoca-lo, ressalvada a indenização moral cabível. De igual modo, atos de violência não se encontram resguardados pelo direito de livre manifestação do pensamento.

Aqui já se insere o tema que se pretende debater ao longo do presente trabalho.

Não se pode, sob a argumentação de que exerce o direito de livre manifestação do pensamento, realizar a pichação de muros de residências com palavras de ordem, já que, além de se tratar de nítido choque do direito de propriedade com um suposto direito de livre manifestação, tem-se a prática de um crime. No mesmo contexto situam-se abusos como a violência contra pessoas e coisas.

O caráter conciliador do quanto dito é possível de ser sintetizado pelas posições consolidadas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da já mencionada ADIn 4815/DF, quando fixou cinco vetores fundamentais para a interpretação do princípio da livre manifestação do pensamento.

Em primeira conta, tem-se que a Constituição assegura, como direito fundamental, a liberdade de manifestação do pensamento. Esta liberdade pode se

concretizar tanto através da atividade intelectual, quando artística, literária, científica e cultural.

De idêntica sorte, a Constituição assegura o direito de acesso das pessoas às essas formas de manifestação. É dizer, todo cidadão tem direito de acessar o conteúdo destes instrumentos utilizados para a concretização do princípio: assistir à peça teatral, ler o livro, assistir ao programa de TV, ver o quadro pintado, dentre outras atividades identicamente asseguradas.

A censura também é vedada pela Constituição, “não se podendo concebê-la de forma subliminar pelo Estado ou por particular sobre o direito de outrem” (STF). Aqui, tem-se a Suprema Corte afirmando que o direito de livre manifestação do pensamento não pode ser tolhido por alegações de somenos relevância. Não correm vírgulas propositalmente fincadas com o objetivo de inviabilizar o exercício do direito, sejam elas postas pela legislação infraconstitucional, sejam elas postas pelos próprios particulares.

O STF fixou, ainda, que outro fator de orientação é aquele segundo o qual devem ser respeitados outros valores de idêntica relevância quando do exercício do direito de livre manifestação do pensamento. Estes valores também são protegidos pela Constituição Federal, e incluem notas como a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra ou da imagem das pessoas.

Por fim, tem-se que a legislação infraconstitucional não pode amesquinhar ou restringir direitos fundamentais constitucionais, impondo condições ao exercício de liberdades de forma diversa da constitucionalmente fixada, ainda que a pretexto de estabelecer formas de proteção (FERREIRA; BERNARDES, 2017).

4.3 RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Conforme já restou anotado por mais de uma vez ao longo da presente exposição, todo direito fundamental comporta restrições, já que não é absoluto. A liberdade de manifestação do pensamento também não pode ser exercida a qualquer preço, a qualquer custo e de qualquer maneira.

O próprio Supremo Tribunal Federal já restou consignada esta posição em mais de um julgado. Por exemplo, toma-se o quanto restou anotado no julgamento do Habeas Corpus n. 82424/RS, quando a Corte ponderou que o:

direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso, devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos pela própria Constituição Federal (art. 5º, §2º, primeira parte)”.

Desta feita, em que pese a normatização infraconstitucional não possa inviabilizar (ainda que através de subterfúgios) a livre manifestação de pensamento, pode fixar limitadores com o objetivo de preservar valores relevantes para a vida em sociedade.

Neste sentido, é possível citar um conjunto de diplomas normativos: a) a restrição da poluição visual, através da regulamentação de propagandas como outdoor, dentre outros; a previsão de natureza penal contida no Decreto Lei 3688/41, em seu artigo 42, que prevê a contravenção de perturbação de sossego, vedando o uso de instrumentos sonoros e demais manifestações acústicas que o violem; a restrição de posse, divulgação, dentre outras condutas, de material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, conforme se vê no Estatuto da Criança e do Adolescente; a vedação de determinados tipos de propaganda eleitoral, prevista na Lei 9504/97.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a analisar a constitucionalidade de decreto exarado pelo Governador do Distrito Federal, consistente na vedação de utilização de equipamentos sonoros em manifestações realizadas na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios ou na Praça do Buriti. O Supremo entendeu que, na realidade, não se buscava preservar a regularidade dos trabalhos realizados nas repartições públicas adjacentes, mas, sim, em verdade fraudar o direito de livre manifestação do pensamento (ADI em MC 1969/DF).

Ainda sobre o assunto, o STF consignou que:

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 220, estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição.

Mesmo a liberdade de expressão através da veiculação de reportagens (liberdade de imprensa), um dos pilares superiores de qualquer democracia, sofre limitações impostas pela própria Constituição: a) proibição de anonimato; direito de

resposta proporcional ao agravo e indenização por danos à imagem; c) direito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas; dentre outras.

Com vistas ao atingimento destas realizações paralelas, foi editada a Lei 13188/2015, regulamentando o direito geral de resposta e a retificação do ofendido em matérias jornalísticas divulgadas. Consta, inclusive, súmula do Superior Tribunal de Justiça asseverando que “são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de danos, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação” (Súmula n. 221 do STJ).

4.4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS: TÉCNICAS DE SOLUÇÃO DO CONFLITO

Se os direitos fundamentais não são absolutos, comportando limitação na medida em que se ponham em conflito com outros direitos de idêntica relevância, tem-se que a ciência jurídica necessitou estabelecer técnicas de interpretação do Direito, capazes de solucionar eventuais choques.

A este respeito, desenvolveram-se duas teorias aplicáveis quanto à colisão envolvendo outros direitos e a liberdade de imprensa, mas que, pela amplitude do conteúdo, também podem abranger outras situações.

Ressalta-se, inicialmente, a teoria da ponderação simples. Aqui, tem-se que na colisão entre o direito de livre manifestação do pensamento e eventual dano a outro bem jurídico, a liberdade pode ser limitada, de sorte a se vedar a publicação de manifestações abusivas.

De outro modo, consta a teoria da relativização a posteriori. Aqui, tem-se que descabe a vedação antecipada de um dado comportamento capaz de ferir um bem jurídico. É dizer: veda-se, inclusive ao Poder Judiciário, que haja a proibição geral acerca da livre manifestação de pensamento de uma dada forma, de sorte que o controle poderia ser realizado apenas posteriormente, seja através da composição civil dos danos, seja através do direito de resposta.

Segundo afirmam Ferreira e Bernardes (2017, a primeira posição parece ser aquela adotada pelo Constituinte. Especialmente quando se considera o quanto consta no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, onde se notou que a vedação de acesso ao conteúdo sensível nos processos será realizada a priori, ou seja, independentemente de requerimento das partes. Nota-se, que o próprio corpo

normativo fixo, previamente, as hipóteses em que dados serão restritos, em nítida tendência à primeira teoria.

No mesmo sentido segue a posição de Mendes, Coelho e Gonet (2013, p. 377)

Se um indivíduo defronta com iminente publicação de notícia que viola indevidamente sua privacidade ou honra, há de se reconhecer-lhe o direito de exigir, pela via judicial, que a matéria não seja divulgada. Não há por que cobrar que aguarde a consumação do prejuízo ao seu direito fundamental para, somente então, vir buscar uma compensação econômica.

O Supremo Tribunal Federal no âmbito da Petição n. 2702/RJ, adotou a teoria da ponderação simples quando negou a divulgação jornalística de conteúdo de interceptação telefônica irregularmente obtida pelo veículo.

Não se cuida de tema que ganha contornos de pacificação no STF. A este respeito, colhe-se o quanto dito pelo Ministro Carlos Brito na ADPF 130/DF:

Primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a 'livre' e 'plena' manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana.

Aqui, o Ministros claramente se alinha à tese do controle a posteriori, na medida em que admite a plena manifestação, penalizada em seguida no caso de abuso.

O Código Civil de vigência, em tópico mais próximo ao assunto em debate, acolheu a teoria da ponderação simples. A afirmação pode ser extraída do quanto consta no artigo 20 da codificação, onde se tem a vedação de divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa". Se o Código pretendesse adotar a teoria do controle a posteriori, não teria fixado a vedação de divulgação, limitando-se a prever as circunstâncias da penalização do abuso.

De igual modo, o artigo 21 do Código Civil, em nítida inspiração da teoria da ponderação simples, fixa que o magistrado pode, a requerimento do interessado, fixar medidas necessárias para impedir os atos contrários à inviolabilidade da vida privada da pessoa natural.

Nota relevante quanto à preferência do legislador infraconstitucional à teoria da ponderação simples, é o fato de que a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7347/85) previu que a Ação poderá ser ajuizada com o objetivo de evitar danos à honra e à dignidade de grupos raciais, técnicos ou religiosos. É o que se extrai do artigo 4º da Lei.

Ferreira e Bernardes anotam (2017, p. 119)

Enfim, parece mais correta a linha adotada pelo Ministro Barroso em decisão monocrática na RclMC 18638 (j. em 14-9-2014). Para ele, embora a liberdade de expressão possua natureza preferencial, descabe excluir, ainda que em termos absolutamente excepcionais, a possibilidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos de personalidade.

Assim, como se nota, tem-se entendido que no caso de conflito entre outros direitos de personalidade o direito de livre manifestação do pensamento, deve-se adotar a teoria segundo o qual é possível ocorrer a vedação de divulgação de uma dada informação ou o pronunciamento em certos termos, sem prejuízo da possibilidade de liquidação e reparação do dano na hipótese de abuso.

4.5 DISCURSO DE ÓDIO E ABUSO DE DIREITO

Como se teve a oportunidade de destacar o tema relativo aos direitos de personalidade (que se encontram protegidos pelo manto da garantia da dignidade da pessoa humana) pode, em diversas circunstâncias, chocar-se com a livre manifestação de pensamento.

Entretanto, há situações em que a permissão livre, ampla e incondicional da livre manifestação de pensamento pode resultar na redução de determinados indivíduos às situações de notória indignidade.

Estas ações, caracterizadas, como visto, pelo abuso do direito à manifestação do pensamento, pode se dar das mais variadas formas. Modernamente, o acesso à informação restou consideravelmente ampliado, assim como restou ampliada a possibilidade de produção de conteúdo, que, por sua vez, é acessível a um número cada vez maior de pessoas.

Cuida-se, aqui, do universo virtual formado com a popularização da rede mundial de computadores, que deu voz, para o bem ou para o mal, a uma infinidade

de indivíduos que, antes, não tinham condições plenas de divulgar seu pensamento a um número considerável de pessoas.

Atualmente, os conteúdos produzidos na rede mundial de computadores podem ser acessados sem filtros e barreiras por indivíduos residentes no mundo todo, em alcance inatingível, inclusive, por veículos populares de comunicação em massa, como o jornal, rádio e a televisão.

Um determinado conteúdo postado em remota vila, localizada na zona rural de um determinado município situado em um rincão absolutamente isolado do Brasil, pode facilmente tornar-se conhecido por centenas de milhões de pessoas ao redor do mundo.

As redes sociais e outras formas eletrônicas de manifestação do pensamento contribuíram sobremaneira para a democratização do direito posto em discussão o que, como já apontado, é um dos elementos fundamentais deste princípio: a livre circulação de ideias.

Entretanto, ainda que as ideias e manifestações positivas do ponto de vista social sejam passíveis de rápida circulação – em nota evidentemente positiva – também é correto afirmar que o inverso é verdadeiro. Comportamentos negativos, como dizeres preconceituosos direcionados aos membros de determinado grupo igualmente são capazes de ganhar maior repercussão em pouco tempo, ferindo de morte reputações, carreiras, famílias, arrastando vidas para a miséria ou para o seu fim precoce.

Não são poucos os relatos de pessoas que, objetos de bullying realizado pela rede mundial de computadores, optaram por retirar a própria vida.

Cuida-se do fenômeno dos discursos de ódio que se proliferam nas redes sociais, em diversas situações supostamente amparadas pelo direito a livre manifestação do pensamento.

No âmbito brasileiro, a Constituição Federal anterior à vigente, previa que a liberdade de manifestação era limitada, não tolerando preconceitos de religião, raça ou de classe (art. 153, §8º do artigo 153). Entretanto, a Constituição de vigência não previu expressamente semelhante vedação, embora seja prevalecente a noção segundo o qual tais discursos não encontram amparo no direito fundamental de livre manifestação de pensamento.

Na legislação infraconstitucional, tem-se como exemplo a Lei 7717/89, que, dentre outros elementos, veda a publicação de discursos de ódio.

O Supremo Tribunal Federal no HC 82424/RS entendeu que:

O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com direitos contra a honra. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias anti-semitas equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

Tal interpretação pode ser extraída, quando se tem que a Constituição Federal de 1988, de maneira expressa, previu o combate ao racismo, além de determinar a criminalização de condutas ofensivas por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

4.5.1 DISCURSO DE ÓDIO NO DIREITO COMPARADO

O direito americano, neste tocante, consagrou inclusive expressão própria para conceituar manifestações desprovidas de conteúdo social ou persuasivo, mas voltada apenas para provocar determinada pessoa ou classe de pessoas: as *fighting words* ou palavras belicosas. Não se confundem com as críticas ou mesmo a natural divulgação da verdade, como asseverado por Pontes de Miranda (1995, p. 85) para o qual não se deve “confundir direito com suscetibilidade, honra com amor próprio, ofensa com narração da verdade que pode melindrar o indivíduo, desintegrar-lhe a personalidade moral, sem ofendê-lo, no sentido legal”.

É dizer: não se incluem nas categorias ofensivas aquelas divulgações ou informações direcionadas de maneira crítica, no seu sentido positivo, bem como a divulgação regular de informações verdadeiras.

Entretanto, as palavras belicosas do direito americano não se confundem com o discurso ódio, objeto do presente trabalho.

O discurso de ódio representa aquelas manifestações direcionadas à uma dada classe de pessoas e baseadas em afirmações preconceituosas em função do gênero, raça, orientação sexual, dentre outras formas.

O direito americano, que já teve diversas oportunidades para decidir acerca do assunto, houve por bem entender que mesmo as posições preconceituosas, caracterizadoras do discurso de ódio, encontram guarida na liberdade de expressão. Assim, no contexto estadunidense, não se deve vedar a

manifestação do ódio direcionado contra negros, tendo em vista que mesmo esta manifestação abjeta é protegida pelo direito fundamental de livremente expressar-se, naquilo que ficou consagrado naquele País como “liberdade para o discurso que odiamos”.

Especificamente, no caso RAV vs Cidade de St Paul, julgado em 1992, teve-se a seguinte decisão:

Um jovem membro da KuKluxKlan fora acusado de crime por queimar, no meio da madrugada, uma cruz no jardim de família negra. Pretendia-se condená-lo com base na lei estadual que tornara ilegal a instalação, em propriedade pública ou privada, de cruzes em chamas, suásticas ou quaisquer outros símbolos capazes de causar “raiva, alarme ou ressentimento alheio em razão da raça, cor, crença, religião ou sexo”. A Suprema Corte entendeu, contudo, que embora o jovem pudesse ser penalmente responsável por invasão de propriedade, por exemplo, a lei em questão era inconstitucional, pois tinha por alvo o conteúdo odioso da mensagem que se queria transmitir (ainda que isso fosse a motivação criminosa), e não algum comportamento criminoso em si. (FERREIRA; BERNARDES, 2017, p. 129).

Pensamento diverso é o externado pela Corte Europeia de Direitos Humanos que consagra que a liberdade de expressão encontra óbice nos discursos de ódio, embora com determinadas reservas ao âmbito de aplicação das restrições.

Tem-se, que é crescente o volume de indivíduos e nações que compreendem que discursos de ódio não são compatíveis com um suposto direito ilimitado à liberdade de expressão. No contexto das redes sociais, tem-se que grandes organizações como Google e Twitter, já testam algoritmos capazes de identificar e barrar a proliferação de manifestações dotadas de conteúdo de ódio.

O direito alemão optou por caminho diverso no tocante ao discurso de ódio proliferado através de redes sociais. Apartando-se do pensamento segundo o qual a responsabilização deva recair exclusivamente sobre o autor do texto eivado de conteúdo abusivo, na Alemanha optou-se pela imposição da obrigação da empresa detentora da rede social a obrigação de remoção de conteúdos representativos de discurso de ódio.

A Lei, conhecida como *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG) foi aprovada no final do mês de junho de 2017, tendo entrado em vigor de maneira plena no final do mês ano.

Pela legislação, as empresas operadoras de redes sociais portadoras de mais de 2 milhões de usuários devem retirar de suas plataformas, no prazo de até

24 horas, o conteúdo ofensivo reportado pelos usuários. O conteúdo vetado abrange tanto discursos de ódio quanto notícias falsas.

Na hipótese de descumprimento do prazo ou de não atendimento da solicitação de retirada, a rede social pode ficar sujeita ao pagamento de multa capaz e chegar até a 50 milhões de euros.

Indiscutivelmente, cuida-se de verdadeiro avanço na tratativa dos nocivos discursos de ódio, na medida em que retira a plataforma ou palanque daqueles que, sob o pretexto de exercício de um direito fundamental (como a livre manifestação do pensamento), acabam por defraudar outros, como o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Não existe direito fundamental absoluto, de sorte que todos devem conviver sem abusos e excessos, sendo dever da sociedade do Estado zelar pela plena efetividade do estado social de dignidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, foi possível observar que o assunto em questão guarda profunda conexão não apenas com os dois temas postos em conflito: a livre manifestação do pensamento e a ofensa aos direitos de personalidade, mas também com todo o conteúdo relativo à dignidade da pessoa humana.

Como ponderado, cuida-se de verdadeiro supra princípio capaz de guiar não apenas a conduta do legislador, mas também as políticas públicas voltadas à concretização de uma sociedade livre, justa, solidária e livre de preconceitos de qualquer natureza.

A liberdade exigida do Estado pela Constituição apenas pode ser plenamente alcançada quando todos os direitos fundamentais, sejam eles sociais ou individuais, restarem concretizados, de maneira efetivo, no seio da sociedade. Essa concretização passa, necessariamente, pelo desenvolvimento de condições capazes de educar a população, de sorte a despertar o interesse pelos temas existenciais mais basilares, que também percorrem a própria noção dos direitos que possuem.

Um dos passos para a concretização destes direitos, como observado, é a própria consciência a respeito deste conjunto de elementos jurídicos capazes de lhes dar privilégio em relação à força estatal. É dizer: a cidadania deve ser obtida através de exercícios que vão para além da mera manifestação de sua vontade política através do voto, mas, e em especial, pelas demandas postas como verdadeiros créditos constitucionais consagrados pela Carta Magna.

A realização deste aspecto da cidadania é capaz de provocar as mudanças sociais necessárias para o atingimento de um estado mental de consciência dignificante que fundará no ideal coletivo a noção de que todo ser humano é dotado de um conjunto de direitos inalienáveis e imprescritíveis. Este estado figura, como um dos passos inaugurais, de uma sociedade livre de equivocadas premissas racistas, classistas e detentoras de preconceitos das mais variadas ordens.

É certo, que nem toda sociedade já em elevado patamar de compreensão existencial a respeito destes assuntos é plenamente livre de posições extremistas, mas esta compreensão é imprescindível para pretensas suavizações de posturas belicosas.

Nota-se, ainda, que estes direitos fundamentais não ganham relevo apenas e exclusivamente no debate relativo às garantias fixadas ao cidadão como crédito em desfavor do Estado, mas também em desfavor de seus semelhantes, em evidente eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Deste modo, no exercício de um direito tido como fundamental, não pode o particular dele valer-se sem considerar os direitos fundamentais de que outra pessoa seja igualmente detentora.

Assim, nas hipóteses de colisão entre um direito fundamental e outro direito fundamental, como se dá nas situações de discurso de ódio feridora da dignidade em suposto conflito com um ilimitado direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento, afirma-se que nenhum direito fundamental é ilimitado.

Assim, não deve encontrar guarida no ordenamento jurídico nenhum discurso tendente a ferir a dignidade de indivíduos, sob pena de defraudar todo o sistema político-constitucional voltado e construído para obtenção futura de uma sociedade efetivamente livre, justa, solidária e desprovida de quaisquer tipos de preconceito.

6 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2014.

ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. (Tradução Roberto Raposo). São Paulo. Cia das Letras. 1989.

BALERA, Wagner., MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito previdenciário**. 10.a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. **Direito Constitucional**. JusPodivm. Salvador. 2017.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. ALMEIDA. Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo. Atlas. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro. 1997.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set 2016.

Javier de Lucas. **Algunos equívocos sobre o conceito e fundamentação dos direitos humanos**. Madrid. Tecnos. 1992.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo. Saraiva. 2014.

MASSON, Natália. **Manual de Direito Constitucional**. Saraiva. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Tratado de direito constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2012.

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Saraiva. São Paulo. 2013.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Humanos**. 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra. Antonio Amado.1979.

STF. **ADI: 4815/DF**. Relator Min. Cármen Lúcia. D.J: 10 jun. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 set. 2019.