

## CAPÍTULO 11

# LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO SOBRE AS FAKE NEWS E O HATE SPEECH

### Rafael Martins Santos

Advogado OAB/DF. Mestrando em Direito e Políticas Públicas.  
Especialista em Direito Constitucional e em Direito Público.  
Residente Jurídico no Tribunal de Contas Estadual do Paraná – TCE-PR.  
Membro de Comissão de Direito Previdenciário - OAB/DF.  
Secretário-Geral da Comissão de Valorização e  
Apoio da Jovem Advocacia - OAB/DF.  
E-mail: rafaelmsantos.adv@gmail.com.

---

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar os pontos gerais a respeito da relativização de direitos fundamentais constantes na Constituição de 1988. O debate acerca da liberdade de expressão se torna necessário quando a disseminação de *fake news* e o *hate speech* (discurso de ódio) se espalham com facilidade na sociedade atual, lembrada por sua amplitude de meios para disseminar notícias. Objetivando ampliar os horizontes alcançados pelo tema, serão apresentados posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários.

**Palavras-chave:** fake news; hate speech; liberdade de expressão; direitos fundamentais.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é uma forte lembrança acerca dos momentos de tensão no território brasileiro. Seu conteúdo, com intensa influência histórica, traz um recado nas “entrelinhas”: o receio de que os horrores ocorridos no período ditatorial se repitam. E, dessa maneira, a Constituição Cidadã foi promulgada com mecanismos de “auto-defesa”, sendo alguns deles a incorporação de “cláusulas pétreas” e direitos fundamentais em seu corpo constitucional que visam dificultar qualquer ataque às prerrogativas que uma vez foram tão violadas.

Os direitos acabam por criar um vínculo causal responsável pelo cumprimento de sua própria função. Em outras palavras: existem direitos que funcionam como condição ou instrumento para o exercício dos outros, agindo

como ferramentas para alcançar seu objetivo final. E, nesse sentido, o Estado consagrou a manifestação de pensamento, ou melhor, a livre expressão de ideias, como um direito fundamental com consequências para além do próprio indivíduo que o exerce.

Na verdade, trata-se de uma ferramenta de exercício participativo político com um forte poder de disseminação de conhecimento, significando importância para toda a sociedade. E, por esse motivo, a Carta Magna deu tanta importância ao seu resguardo. Existem motivos históricos que justificam maior proteção a este direito fundamental, destacando-se o receio de repressões, de censura, assim como ocorrera no período ditatorial. Afinal, não existe nada mais perigoso do que a pretensão de um Estado de regular a liberdade de expressão, pois o pensamento há de ser livre (FAVERO e CRUZ, 2021, p. 13).

Originalmente, a liberdade só cumpre seu objetivo em sociedades que incentivam o discurso livre e igualitário, guiados pela convicção ou persuasão, não pela coerção (MILL, 2011). Embora já seja consolidada a inexistência de direitos absolutos, uma coisa é certa: o âmbito de proteção à liberdade de expressão é o de maior amplitude. É inegável que a CF de 88 deu grande importância à proteção da liberdade de manifestação, haja vista que ela funciona como condição de exercício de tantos outros direitos e, principalmente, o devido funcionamento do regime democrático de direito.

A Constituição aborda o tema em vários sentidos. Primeiramente, faz menção à “liberdade de expressão em sentido estrito” (*stricto sensu*), com previsão no art. 5º, IV. Seu foco é a manifestação de pensamento, vedado o anonimato. Sendo assim, o compromisso com a verdade não é uma questão relevante (nesse momento), mas a identidade sim.

Mais adiante, a “informação ou comunicação” disposta no art. 5º, XIX, também da CF, dará atenção à garantia de acesso à informação e o resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Basicamente, é a ideia de informar, ser informado e informar-se (FAVERO e CRUZ, 2021, p. 6). Dessa maneira, cobra-se a veracidade.

A liberdade de imprensa, presente no art. 220, CF, versa sobre a liberdade de manifestação perante os meios de comunicação. Adentrando-se à questão da Imprensa, há de ser lembrado que ela exerce função relevante para o Estado democrático de direito, pois ela tem o dever de zelar pelas informações que geram modulação de ideias das massas, já que muitas vezes são o primeiro contato do cidadão com os fatos ocorridos na sociedade.

A Constituição é até redundante quando o assunto é liberdade de expressão, afinal, trata-se de um tema que aparece nos seus mais diversos

dispositivos. É uma preocupação compreensível dado ao histórico nacional, com um regime militar que praticara aberta censura política e artística, bases para a construção de uma sociedade livre e democrática (SARMENTO, 2011, p. 45).

Tendo como premissa a narrativa anteriormente exposta, esse direito tão essencial tornou-se (infelizmente) ferramenta para justificar a disseminação de discursos de ódio e desinformações. A modernidade constitucional faz um debate acerca dos riscos deste “super-poder” constitucional, tão relevante para o exercício de cidadania num Estado Democrático de Direito, quando usado para justificar práticas reprováveis. A proposta, a partir daqui, é dar foco aos dois grandes antagonistas do direito fundamental à liberdade de expressão: as *fakes news* e o *hate speech*.

## **FAKE NEWS E O HATE SPEECH**

É imperiosa a abordagem do tema “*fake News*” quando o assunto é liberdade de expressão e direitos constitucionais. Para tanto, antes de adentrar na temática sugerida, é preciso traçar um parâmetro entre contexto brasileiro e o tratamento de manifestações junto com a mídia.

A liberdade de expressão, na realidade brasileira, surge como justificativa para a busca da verdade. Para além de um mero direito político que confere ao cidadão, a capacidade de participação na democracia é uma ferramenta de realização pessoal. E nesse contexto, sua manifestação será, via de regra, preservada (ainda que nociva). Dessa forma, em detrimento de sua qualidade principiológica, seu “controle” se dará somente em momento posterior.

Ora, se é mencionada uma proteção *posteriori*, objetivando preservar os preceitos democráticos de direito, é lógico que a liberdade de expressão não sofrerá restrição que inexista na Carta Magna (art. 220). E nesse contexto, conforme entendimento do Exto. ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa:

“A liberdade de expressão é um direito fundamental de primeiríssima grandeza, de magna importância para a consolidação da democracia, mas não basta uma imprensa inteiramente livre, é preciso que seja diversa e plural e que impeça concentração, por isso, nem sempre o Estado exerce influência nociva sobre a imprensa”. (STF-DF - ADPF 130-DF, Relator: Min. Carlos Britto, data de julgamento: 30/04/2009, Tribunal Pleno, publicado em 06/11/2009).

Sem sombra de dúvidas, a mídia possui influência acentuada na formação de opiniões da sociedade. Sua atuação, a fim de garantir o conhecimento da verdade, é um de seus objetivos principais, sendo este um aspecto de seu “código de honra”. Em detrimento dessa responsabilidade, o Estado não deverá interferir na atividade dos jornalistas ou atores equivalentes.

A liberdade de imprensa não compactua com uma lei que a restrinja ou que seja responsável por criar obstáculos ao livre exercício do direito à liberdade de expressão de jornalistas. Para tanto, se porventura existir lei que regule a imprensa, seu caráter repressivo deverá ocorrer por intermédio de controle posterior. Para que exista harmonia entre os direitos (tendo como pressuposto que o direito de um começa quando o de outro termina), não há de se falar em censuras prévias e abstratas, basta que o abuso de direito seja reprimido posteriormente. Trata-se de um princípio concebido para assegurar a dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível sua interpretação como garantia acima dos demais (TAVARES, 2009, p. 602).

A liberdade de expressão necessita de proteção, visto que é o meio de se alcançar a verdade (MILL, 2011). A grande preocupação está nas censuras feitas pelo Governo. Afinal, ainda que a serviço das minorias, acabará por suprir questões impopulares ou controvertidas. A defesa desta prerrogativa tão importante vai além da percepção de quem a expressa. Na realidade, se estende a toda sociedade (ainda que sejam percepções errôneas). O controle posterior funciona como um tipo de justificativa para dar preferências ao sistema de responsabilidades ulteriores, porquanto a verdade surgiria com o debate e a escolha política do “menor perigo”, uma vez que a censura prévia é entendida como um inconveniente (TOLLER, 2010, p. 26-28)

A opinião jornalística, ainda que elaborada com tom irônico, em nenhuma hipótese estará isenta de eventuais responsabilidades por meio do controle posterior. Em outras palavras, como bem colocou o atual Ministro do STF, Ricardo Lewandowski (RE 652330), “a crítica jornalística não transborda dos limites constitucionais da liberdade de imprensa”.

Embora todo o discurso apresentado tenha sido valoroso, no sentido de ampliar a proteção dos direitos fundamentais (numa constituição outorgada em momento pós-ditadura), o atual Ministro do STF, Gilmar Mendes, trouxe argumentos significativos para o debate acerca da temática:

“O constituinte de 1988 não conferiu à liberdade de expressão um caráter absoluto, insuscetível de restrição, pelo contrário, ela deve ser exercida de modo compatível

com outros direitos, como imagem, honra e vida privada. No entanto, a reserva legal de restrição é qualificada, pois autorizada para preservar os direitos individuais”. (STF-DF - ADPF 130-DF, Relator: Min. Carlos Britto, data de julgamento: 30/04/2009, Tribunal Pleno, publicado em 06/11/2009).

Partindo-se do pressuposto já mencionado, é inteligível que a vedação à censura prévia, bem como a existência de parâmetros de limitações explícitas no texto constitucional, justificam o ônus argumentativo para eventuais restrições. Assim, os problemas conflitantes relacionados com a liberdade de expressão, com os demais direitos, deverão ser resolvidos por meio da ponderação.

A dinâmica dos discursos, capazes de formar opinião pública, deverá ser explorada de acordo com a legislação vigente, sobretudo de maneira a viabilizar a expressão das minorias. Ao passo que se torna garantida a participação pública aos cidadãos, eles se aproximam da igualdade de oportunidades comunicativas, antes vivenciada apenas por democracias avançadas. O conhecimento de grupos minoritários, os quais tipicamente carecem de participação em debates argumentativos, poderá proporcionar uma “revolução” de cunho social.

A atividade democrática não se limita ao esporádico envolvimento em eleições. Ela se estende à capacidade dos cidadãos poderem divulgar e influenciar com suas próprias opiniões a vontade coletiva. Assim, as “*fake news*” em associação com o “*hate speech*” são antagonistas dos discursos apresentados por integrantes de grupos tipicamente estigmatizados (negros, mulheres, homossexuais, indígenas, pobres, dentre outros), prejudicando a sua participação plenamente ativa na sociedade. E nesse sentido, menciona Jürgen Habermas (Habermas, 2003):

“Somente com informação advinda de fontes diversificadas e livremente veiculadas é que se poderá garantir uma base cognitiva capaz de permitir ao cidadão ser incluído no debate político, para que possa participar das decisões ativamente e não como mero espectador, mas como coautor das transformações normativas da sua realidade individual e coletiva. Afirmar que um homem é livre exige reconhecer seu domínio ou controle sobre inputs de outputs de informação”

Todo esse poder de expressão que a mídia possui, também poderá ser nocivo. A título de exemplo, tem-se o caso da publicação da charge de

Maomé no Jornal Dinamarquês Jyllands-Posten. Para alguns, foi o legítimo exercício da liberdade de expressão sobre questão de máximo interesse público: fundamentalismo religioso. Para os demais a manifestação do Jornal foi entendida como uma gratuita ofensa ao Islanismo (o qual prega a vedação da imagem de seu profeta), bem como a incitação ao preconceito contra árabes por meio de estereótipos (SARMENTO, 2010, p.2).

Sendo assim, infere-se que a liberdade de expressão não tem que proteger apenas a difusão de conhecimentos com os quais nos simpatizamos, mas também aqueles que deprezamos ou odiamos. E nesse sentido, existem dois pontos importantes: o primeiro é de que o remédio contra más ideias deve ser a divulgação de boas percepções e a promoção de debate, porém, em relação ao segundo posicionamento, é sustentado que as manifestações de intolerância não serão admitidas, pois violam princípios fundamentais da convivência social como os da igualdade e da dignidade humana, e atingem direitos fundamentais das vítimas (SARMENTO, 2010, p. 03).

Ora, se esse princípio tão importante poderá proteger até mesmo as opiniões que se chocam e agridem, até que ponto poderiam ser aceitos os comentários nocivos? É a partir daí que um grande problema ganha proporção nos diversos meios de comunicação: as “fake news”. E o que esse termo quer dizer? Buscando uma conceituação objetiva (FAKE NEWS, 2022), são informações noticiosas que não representam a realidade, mas que são compartilhadas na internet como se fossem verídicas, principalmente através das redes sociais. Normalmente, o objetivo de uma fake news é criar uma polêmica em torno de uma situação ou pessoa, contribuindo para o denegrimiento da sua imagem.

A “era” em que vivemos é definida por muitos como um momento de “pós-verdade”. Ou seja, trata-se de um momento em que notícias inverídicas são difundidas, em especial por meios digitais como a internet, dando foco maior às crenças do que a própria veracidade dos fatos em si. O dicionário Oxford (POST-TRUTH, 2023) conceitua a expressão “pós-verdade” como “relativo ou referente às circunstâncias nas quais os fatos objetivos tem menos influência a moldar a opinião pública do que apelos à emoção e às crenças pessoais”. Melhor dizendo, trata-se de uma diminuição do peso dado para a verdade factual e valorização de versões não oficiais para, simplesmente, sustentar opiniões e ideologias.

É imprescindível ressaltar que a criação e compartilhamento de “fake news” é um ato reprovável e poderá ter efeitos judiciais. A liberdade de expressão constantemente é invocada como argumento para justificar a

propagação de inveracidades. Por mais devastadoras que sejam as consequências de uma mentira proposital, elas deverão ser observadas em cada caso específico, somente em momento posterior.

O que se sabe é que o ambiente fortemente polarizado politicamente, a crise de instituições tradicionais e o avanço de mudanças socioeconômicas trazidas pela globalização (de cunho individualista e imediatista), bem como as propagandas de ideologia, são os grandes contribuintes para a difusão de notícias falsas como argumentos para sustentar crenças ideológicas (POUBEL, 2017).

Nas palavras do autor Chequer (2011, p. 45), é perceptível que:

“Para a teoria interna, a Constituição impõe, de forma prévia e definitiva, o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais, não podendo disposições legislativas e medidas de outros poderes públicos estabelecer restrições. Assim, segundo essa teoria, como o conteúdo dos direitos fundamentais já está estabelecido de forma definitiva pela Constituição, não pode haver conflito entre essas espécies normativas, porque um direito não interfere no campo de outro. Na teoria, externa, ao contrário, o âmbito de proteção de um direito fundamental passa por duas fases: na primeira, estabelece-se um conteúdo inicial, mas não definitivo de proteção, chamado *prima facie*; na segunda, harmoniza-se esse conteúdo prévio com outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos para se chegar, então, ao seu conteúdo definitivo. A teoria externa utiliza o princípio da proporcionalidade para atingir esse conteúdo definitivo”.

É possível inferir que a propagação de notícia inverídica, “impossível” de verificação (naquele momento), não só deverá ser considerada como uma informação inconfiável, ela é tão grave que ataca a própria liberdade de informação, proporcionando a extensão de um dano não individual que se propagando com reflexos de grande proporção coletiva. A liberdade de manifestação deve ser e continuará sendo respeitada pelo Estado. Porém seu excesso e abuso resultará em sua limitação e/ou censura, ainda que posterior. E esse ato não representa puramente uma intervenção do Estado às funções jornalísticas ou midiáticas. Trata-se de uma alternativa para exigir cautela àquele que espalha informações veiculadas e aptas a formar opinião.

A disseminação de informações baseadas em ideais vagos e ambíguos ferem a liberdade de expressão. O melhor caminho para reduzir o impacto desses discursos inverídicos é o combate à desinformação com a

disseminação de informações reais antecipadas, sendo de responsabilidade do Ente Governamental a obrigação de promover a maior diversidade de meios de comunicação onde a população possa se informar (OLIVEIRA, 2013, p. 12).

Não é coincidência que as publicações do *instagram* (AJUDANDO AS PESSOAS A SE MANTER SEGURAS E INFORMADAS SOBRE AS VACINAS CONTRA A COVID-19, 2021) que versem sobre coronavírus possuem *links* direcionando para o site do Ministério da Saúde. Trata-se de uma ação feita pelo Estado com objetivo de conscientizar os seus cidadãos a buscarem informações diretamente na fonte, reduzindo a possibilidade do compartilhamento de *fake news*. Outra rede social que se manifesta com autoridade contra a divulgação de fatos inverídicos é o *Facebook* com seu novo recurso que se apresenta nas publicações de páginas e revela dados sobre o veículo responsável por estas informações (NOVA FUNÇÃO DO FACEBOOK COMBATE FAKE NEWS, 2018). Essa rede constantemente derruba conteúdos de gestão duvidosa e com critérios inteligentes e práticos, sem dúvidas é uma forte ferramenta aliada ao compartilhamento de informações reais nas redes.

Não demorou até que o tema chegasse à Suprema Corte por meio da “ADI nº 4815”. O Ministro Luís Roberto Barroso sustentou em seu voto que a liberdade de expressão deverá ser entendida como um direito preferencial (*preferred position*). Ou seja, dentre suas características, será observada a seguinte ordem: função essencial à democracia; justificação da dignidade humana; busca da verdade; liberdade instrumental para outros direitos e, finalmente; a vedação da censura.

Melhor dizendo, o ideal por trás da posição privilegiada (*preferred position*) pressupõe que no atual sistema jurídico brasileiro, é necessária a existência de limitações. Elas precisam estar em sincronia com os demais valores constitucionais. Por ser um direito tão essencial ao exercício de democracia, não deverá ser facilmente limitado. Para que seja evadido, é necessário motivo razoável e proporcional, objetivando a proteção das demais garantias, igualmente importantes para a convivência na sociedade.

O que se concluiu com o julgamento do tema no STF é que a liberdade de expressão será assegurada sim aos meios de comunicação. A censura de publicações deverá ocorrer de forma excepcional. Essa prerrogativa até pode ser entendida como uma forma preferencial para o exercício de demais direitos, no entanto, o eventual uso abusivo do poder de manifestação deverá ser reparado por meio de retificação, direito de resposta



ou indenização. (STF, Primeira Turma. Reclamação 22.328/RJ, Rel.: Ministro Roberto Barroso, de 06.03.2018)

O reflexo de todo esse movimento da “era” da pós-verdade, individualista e globalizada, é ascensão do “*hate speech*” nos debates. Tendo como base a tradução literal, o discurso de ódio é uma prática que consiste em fazer, através da liberdade de expressão, o uso abusivo desse direito, valendo-se de conduta prejudicial para aqueles que figuram como vítimas de suas falas. Serão entendidas como vítimas as minorias (mulheres, negros, homossexuais, dentre outros) que são constantemente discriminadas e subjugadas (POUBEL, 2017).

Em decisão histórica, ao julgar o caso Ellwanger (HC nº 82.424/RS, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento concluído em 19 de setembro de 2003), o STF entendeu que a liberdade de expressão não poderia proteger discursos de ódio (anti-semitas) e que sua prática pode ser objeto de persecução penal em razão do crime de racismo. O resultado foram elogios por parte da sociedade, deixando claro o repúdio às manifestações racistas. Sendo assim, entende-se que a Suprema Corte se posicionou de maneira a proteger os brasileiros de manifestações de intolerância racial (por meio do “*hate speech*”).

O primeiro grande caso da temática se deu em território Norte-Americano, julgamento “*Beauhanais v. Illinois*” (343 U.S. 250, 1952). O processo foi apreciado pela Suprema Corte Americana, no ano de 1952. Nos autos, discutia-se a configuração de crime de ódio em razão da distribuição de panfletos que pregavam a supremacia da raça branca, convocando uma união contra os negros, objetivando a miscigenação racial (inclusive, responsabilizavam os negros por crimes graves como roubos e estupros). A decisão foi fundamentada com base em lei estadual que vedava qualquer tipo de publicação racista (contra grupos identificados pela raça, cor ou religião) que depreciasse os integrantes de grupos específicos, podendo resultar em desprezo, desordem ou tumultos. A condenação se manteve, ainda que a tese de defesa tenha sido a de liberdade de expressão, considerando que a ideia consistia em um tipo de difamação coletiva.

A Suprema Corte Americana trouxe argumentos pertinentes para a criação de precedentes em seu território, que foram aproveitados até mesmo para analogias com o direito brasileiro. A linha apresentada pela Corte, basicamente, separa a defesa de ideais racistas (até então protegidos pela liberdade de expressão) do incentivo à prática de atos violentos (que não serão protegidos). Em síntese, o Tribunal decidiu o que segue:

“As garantias constitucionais da liberdade de expressão e liberdade de imprensa não permitem que o Estado proíba a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando esta defesa seja direcionada a incitar ou promover ação ilegal, e seja adequada ao incitamento ou à produção desta ação”. (SHIFFRIN Steven H, e CHOPPER, Jessé H, 2015, p. 43-46):

A ideia de proporcionalidade na censura da liberdade de expressão deverá ser igualmente aproveitada na hipótese do “*hate speech*”. O Estado, para manter sua posição de neutralidade perante questões políticas (e aqui se fala em política como ideal a ser seguido), embora os cidadãos apresentem pensamentos antidemocráticos, racistas, desprezíveis, perigosos e/ou intolerantes, serão respeitados todos os posicionamentos, assim como os ideais a favor de direitos humanos e da igualdade. Como exceção, estão os casos em que constituem crimes, o quais demandam imediata reação para evitar “violência da audiência” (SARMENTO, 2011, p. 09).

A doutrina chamada “*fighting words*” (elaborada pela Suprema Corte americana no caso *Chaplinsky vs. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 1942) pela primeira vez apresentada no direito Norte-americano, não buscava somente proteger a vítima, ela objetivava manter o equilíbrio da paz pública. Em outras palavras, aqueles termos referentes a raça, cor, gênero ou religião, usados sem depreciar qualquer grupo, poderiam ser usados sem graves sanções. Nada impede que as expressões sejam invocadas de forma positiva, pregando tolerância ou igualdade, sem que resulte em ofensa punível com censura. Em contrapartida, àqueles que se valessem dos termos de maneira negativa, deveriam sofrer sanções por seus ataques ao grupo ofendido.

O que se pode concluir, observando o estudo de caso da América do Norte, é que inevitavelmente surgirão brechas para argumentos de defesa. Atualmente, existem muitos meios de informação que são veículos de propagação de discursos de ódio, tais como *Twitter*, *Instagram*, *Facebook* e *WhatsApp*. Nem sempre a sua fiscalização será eficiente. É compreensível que a restrição ao “*hate speech*” de fato implica numa limitação à liberdade de expressão, mas é uma limitação legitimamente constitucional que busca evitar comprometer direitos alheios de classes culturalmente estigmatizadas.

A melhor forma dos gestores das redes sociais se resguardarem é realizar a adoção de políticas claras e pré-determinadas no seu exercício de deletamento de informações inverídicas divulgadas, encerrando sua disseminação imediatamente, mas prezando pela transparência e objetividade no “banimento” daquele conteúdo. Esse seria um meio de

combater, principalmente, os *trolls* (robôs criados para ampliar o alcance da desinformação) que exploram a vulnerabilidade da rede e de seus usuários, criando uma ilusão de que várias pessoas “compram” aquela ideia. (WARDLE e DERAKHSAN, 2017).

Ao levar o debate para os Tribunais Canadenses e Alemães, é observada uma tendência que se aproximaria dos argumentos atualmente adotados pelo STF, principalmente em razão de questões históricas e sociológicas em comum. A jurisprudência canadense acolhe com firmeza a restrição ao “*hate speech*”, porém igualmente não descarta a defesa das garantias constitucionais ligadas à liberdade de expressão, ainda que em conexão com ideais discriminatórios. E nessa hipótese, será realizada a averiguação do ocorrido caso a caso, sem desprezar o princípio da proporcionalidade (SARMENTO, 2011, p. 19).

Observado os posicionamentos de direito alemão, é perceptível como a maior preocupação está na proteção da dignidade da pessoa humana, e não na liberdade de expressão. A lei fundamental alemã estabelece em seu art. 1º: “a dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todas as autoridades estatais”. Não é por acaso que o Estado Alemão tem tanta preocupação com a violação dessas prerrogativas, afinal, a literalidade da lei exterioriza, ainda que de maneira tácita, o receio com os fatos ocorridos durante a 2ª Guerra Mundial, a qual deixa vestígios negativos em toda a memória de seus nacionais (EBERLE, 2003, p. 253).

O mal da discriminação é, de fato, muito reprovado no panorama internacional. O Estado Alemão, por meio da lei infraconstitucional, trouxe uma série de instrumentos para combater os discursos de ódio, e nas palavras do Prof. Daniel Sarmento (2011, p. 23):

“a criminalização, pelo Código Penal alemão, da incitação ao ódio, insulto ou ataque à dignidade humana de partes da população ou de grupos identificados pela nacionalidade, raça, etnia ou religião; a penalização, ainda, da participação em organizações neonazistas, e da exibição de símbolos, bandeiras, uniformes e saudações nazistas; a proibição, pela legislação administrativa, de reuniões ou manifestações em que seja praticado o *hate speech*, com possibilidade de dissolução imediata pelas autoridades públicas; a colocação dos livros e publicações que incitem ao ódio racial em lista própria, que impossibilita a sua propaganda e aquisição por crianças e adolescentes; a vedação de programas de rádio e televisão que promovam a discriminação, incitem ao ódio, difamem ou

ridicularizem grupos raciais, religiosos, étnicos ou nacionais; e as ações injuntivas e de reparação de danos morais no Direito Civil”

O problema do “*hate speech*” também poderá ser resolvido por vias alternativas. Uma delas é a política de ações “afirmativas” do Estado para garantir os direitos das minorias estigmatizadas. Esse contexto agirá como uma ação estatal que visa, de maneira cristalina, fomentar a igualdade e o respeito aos direitos (de todos). O que, logicamente, não deveria ser nenhuma novidade, já que estes preceitos estão objetivados nos mais diversos meios de garantias (desde a Constituição Federal até mesmo na Carta de direitos humanos).

Tendo como base os fundamentos anteriormente apresentados, é feita a seguinte ponderação: seria o direito à liberdade de expressão absoluto? Por óbvio, a resposta é negativa. A Suprema Corte brasileira se mostrou certa com algumas decisões nesse sentido, tais como: os casos de transfobia e homofobia (STF, ADO 26); ofensas contra o povo judeu (STF, HC 82.424); racismo e apologia ao nazismo (Lei nº 7.716) e; crimes contra a honra previstos no Código penal e na legislação extravagante.

Em suma, a liberalidade na manifestação de ideias é consagrada pelo texto constitucional brasileiro de maneira tão significativa que aparece em diversos dispositivos constitucionais, como por exemplo: “artigo 5º, IV – liberdade de manifestação do pensamento”; “artigo 5º, X – liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; artigo 5º, XIV – direito à informação e garantia do sigilo da fonte jornalística”; “artigo 220, caput – garantia da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e informação, sob qualquer forma e veículo”; “artigo 220, §1º - liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”; “artigo 220, §2º - proibição de qualquer censura de natureza política, artística ou ideológica”.

A insistência do texto constitucional em lembrar a importância da liberdade de manifestação é um meio de evitar que os horrores ocorridos no período ditatorial se repitam, especialmente aqueles resultados de censuras cruéis e desumanas. O objetivo principal é assegurar a construção de uma sociedade livre e democrática, ainda que existam alguns males persistam (como as *fake news* e o *hate speech*). Em verdade, uma coisa é certa: a limitação ao direito de liberdade de expressão (mediante controle posterior) é um preço que vale a pena se pagar para proteger os demais direitos

constitucionais, em especial “o princípio da dignidade humana” que é o “princípio dos princípios”.

## **CONCLUSÃO**

O debate acerca do tema diante da modernidade constitucional é de extrema pertinência para a convivência de todos os cidadãos brasileiros, não só para aqueles que fazem parte do seletor grupo jurista. Tendo como pressuposto todas as informações anteriormente dispostas em tela, é perceptível que essa liberdade de manifestação não será absoluta, assim como lembrou a Prof. Wellington Magalhães (2013, p. 90): “o direito à liberdade de expressão não é absoluto e como tal deve se compatibilizar com os demais direitos, liberdades e garantias fundamentais contemplados pela ordem constitucional e internacional”.

Por força de seu impossível critério absoluto, existirão certos limites que, uma vez ultrapassados, poderão ter resultados proporcionais aos atos. Afinal, como bem colocou Miguel Reale Júnior (2010, p. 398):

“Não compartilho do sonho iluminista de que a liberdade de expressão, como quer Ayres Brito, tenha uma precedência constitucional que se impõe em toda e qualquer situação concreta, nem que a liberdade leve naturalmente à responsabilidade. A própria Constituição, em seu art. 220, estatui ser plena a liberdade de expressão, observado o disposto na própria Constituição, ou seja, a submete à composição ou à sujeição a outros valores, em especial, a meu ver, à dignidade da pessoa humana, que constitui um valor fonte, nuclear, cujo desrespeito impede a fruição de qualquer outro direito fundamental”

A simples sobreposição do direito fundamental da liberdade de manifestação sobre os demais poderá, facilmente, resultar na distorção de sua própria finalidade. Se ocorresse desta maneira, seria um tipo de “maquiagem” para atos oriundos de injustiças (tal qual o hate speech e a disseminação das fake news), multiplicando os problemas jurídico-sociais presentes no Brasil.

E nesse contexto, o Estado nem sempre continuará inerte. Afinal, a liberdade de expressão como prerrogativa fundamental não mais se destaca como um mero instrumento de emancipação dos grupos mais desfavorecidos. Agora, ela também é ardilosamente usada como ferramenta dos opositores (tipicamente responsáveis pelos atos de *hate speech* e

divulgação de *fake news*) como um “escudo” em favor da opressão de grupos estigmatizados (SARMENTO, 2011, p. 13).

E com base nesses argumentos, entendeu-se como priorizado o respeito à dignidade da pessoa humana, destacando-se dos discursos de liberdade de expressão sem restrições. Esse posicionamento em prol dos Direitos Humanos surgiu, inicialmente, por meio de dispositivos internacionais como instrumentos para representar o repúdio das práticas que podem ser consideradas formas de ódio ou discriminação. Como por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial (ONU, 1966), devidamente promulgada pelo Decreto nº 65.810.

A tendência é igualmente invocada na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Por meio de seu artigo 13.5, é mencionado que qualquer propaganda de guerra ou defesa de ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à violência ilegal ou qualquer outra ação similar contra qualquer pessoa ou grupo de pessoas por qualquer razão, incluindo raça, cor, religião, linguagem ou origem nacional, deve ser considerada como crime. Seu texto influenciou as legislações de vários países, incluindo a brasileira.

A Carta Magna de 1988 se consagrou como “Constituição Cidadã”, e não é a toa. Além de trazer um extensivo artigo 5º com direitos e garantias fundamentais, a proposta do documento constitucional, em sua totalidade, se traduz com fundamento na ideia da construção de uma sociedade justa, igualitária e que luta contra todo tipo de preconceito.

O princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado como uma “carta coringa” no Direito Brasileiro. Além de trazer uma perspectiva internacional, seu reflexo alcança não só o texto constitucional, mas vários outros dispositivos infraconstitucionais. Esse princípio tão respeitável não existe apenas para conter os excessos estatais, na verdade, é um termo principiológico que causa forte influência nos direitos e deveres positivados. Ademais, será a ferramenta mais importante para estabelecer nortes de interpretação (para ponderação) de interesses conflitantes.

Nas palavras do autor Wellington Magalhães (2013, p. 90), a liberdade de manifestação assume importante papel na promoção da paz e da segurança internacional. Em contrapartida, observando o plano constitucional, busca-se a igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos num ambiente de “coexistência pacífica” de todos os grupos.

Uma das consequências ao ataque dos direitos influenciados pela dignidade da pessoa humana é a repercussão penal. Se em algum momento aquele discurso de ódio ou notícias falsas espalhadas dolosamente atingirem

a honra de alguém, nada mais justo que a incidência de representações penais, tais como: crime de calúnia (“Art. 138: Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”); crime de difamação (“Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”); crime de injúria (“Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”).

Ademais, tem-se como igualmente relevante o crime de injúria racial, presente no art. 140, §3º do Código Penal. Essa conduta, tão revoltante, pressupõe a ofensa à dignidade utilizando-se elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Na maioria dos casos, é configurada essa conduta quando são validados termos depreciativos para atingir raça ou cor do indivíduo, com o objetivo de ofender a honra da vítima. E nessas condições, a pena é de reclusão e pode chegar até 3 anos.

Igualmente repudiante, existe o crime de racismo. Trata-se de uma conduta discriminante que se dirige a grupo ou coletividade. E aqui, estamos falando sobre um crime hediondo com uma lei própria (Lei nº 7.716/89) que dispõe extensivamente sobre a mencionada conduta. Serão enquadradas situações como por exemplo: recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador, vide art. 5º; impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar, vide art. 7º; impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público, vide art. 7º.

A injúria racial (art. 140, §3º, Código Penal) e o crime de racismo propriamente dito (presente na Lei nº 7.716/89), embora muito confundidos, possuem algumas distinções relevantes. O primeiro trará ofensa para uma específica, o segundo, com pena superior, ofende grupo ou classe. Ademais, o crime é de ação civil pública incondicionada, poderá ter a participação do Ministério Público como legitimado da ação.

Inclusive, nada impede que o impulso por notícias falsas ou discursos de ódio “evolua”, por exemplo, para crime de ameaça que consiste em “ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave” (vide art. 174, caput, Código Penal). Vale lembrar que os exemplos demonstrado anteriormente são apenas sugestões de casos previsíveis, mas nada impede que as condutas resultem em crimes ainda mais graves como homicídio, a depender da situação e do comportamento do autor/vítima.

A doutrina manifesta que esses discursos criminais tendem a sofrer um “efeito resfriador” (*chilling effect*). O Tribunal Canadense, pioneiro no uso

do referido termo em casos práticos, dita que leis excessivamente amplas não necessariamente se relacionam diretamente com o combate à intolerância. De fato, os possíveis autores de condutas reprováveis se sentiriam intimidados, com receio da repercussão penal e da condenação, e como consequência, deixariam de expor e defender seus ideais. (SARMENTO, 2011, p. 18). Algo semelhante ao “direito penal simbólico”, ao utilizar arbitrária e simbolicamente o Direito Criminal para causar a sensação de “satisfação” à população e, aparentemente, apresentar soluções imediatas e eficazes ao problema da segurança e da criminalidade (BITENCOURT, 2018, p. 446).

Nada impede que os efeitos dos atos também reflitam na esfera civil. A eventual violação da honra e dignidade de pessoa, em detrimento de discursos de ódio ou propagação de notícias inverídicas, poderão resultar em indenização por danos morais. Assim como bem colocou Gonçalves (2015, p. 388-389), o dano moral será aquele que ofendeu a pessoa, não seu patrimônio. Lesa bens que envolvem direitos de personalidade, como a honra, e acarreta dor e sofrimento. O sofrimento é uma consequência do dano.

Essa ideia de ofensa moral está presente no contexto de responsabilidade civil, no art. 186 do Código Civil, estabelecendo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Esse argumento se baseia na ideia de que, mais uma vez, a prática de um excesso que, uma vez comprovado o abuso, resultará numa obrigação de reparação, vide art. 927 do Código Civil. Nesse contexto, lembraram os autores Sabrina Favero e Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz:

“Os direitos de personalidade podem ser concebidos, assim, como tutela conferida, no nível das relações privadas, à dignidade humana, representada pela proteção ao corpo, ao nome, à privacidade; enfim, tutela conferida àquela esfera individual do ser humano. Por essa razão, o rol previsto na lei civil não é exaustivo, mas meramente exemplificativo”. (FAVERO e CRUZ, 2021, p. 71).

É certo que a jurisprudência e a doutrina divergem quando o assunto é liberdade de expressão. Por isso, é essencial buscar o meio termo nos casos em que esse direito tão essencial colide com demais prerrogativas, tal qual a dignidade da pessoa humana. E nesse sentido, o caminho do “meio” tem sido utilizado para solucionar esse tipo de problema.



Tendo com fundamento a proporcionalidade, as decisões deverão encontrar a justa medida para melhor acomodar os direitos constitucionais em jogo, sem prejuízo de reconhecer, desde o primeiro contato, a relevância da liberdade de expressão, principalmente para divulgação de ideias entendidas como absurdas ou imorais. É certo que muitas certezas morais de hoje são resultadas de questionamentos e desafios aos consensos do passado que não teriam sido possíveis se não fosse o exercício corajoso da liberdade de expressão (SARMENTO, 2011, p. 53).

E tendo como pressuposto a ideia de paridade, o melhor âmbito de proteção para um direito fundamental, é aquele que passará por vários tipos de controles. Como bem colocou o Prof. Steinmetz (2001, p. 148-153), a utilização do princípio da proporcionalidade, inserido no contexto de ponderação, será composto por três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade.

O primeiro pressupõe um questionamento acerca da restrição, se ela é apta a atingir ao objetivo desejado. Já no segundo subprincípio, buscando a intervenção mínima do Estado nos direitos fundamentais, é necessário justificar a real necessidade e indisponibilidade do recurso utilizado. Por fim, acerca do terceiro, a proporcionalidade em sentido estrito – a ponderação propriamente dita, trará o debate acerca do meio empregado e o fim a ser atingido possuem uma conexão de razoabilidade (uma justa medida).

Assim como tudo que engloba o direito, a resposta é: “depende”. É necessário fazer uma análise de cada caso, em especial se existiu exercício regular de um direito pautado nos padrões da razoabilidade. Buscando se aproximar de um posicionamento plausível (juridicamente falando), a proposta do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, no julgamento da reclamação nº 22.328/RJ, é de que deverão ser considerados os seguintes fatores para análise dos casos de excessos ao uso da liberdade de expressão: i) a veracidade do fato; ii) a licitude da forma de obtenção da informação; iii) personalidade pública ou privada da pessoa; iv) local do fato; v) natureza do fato; vi) interesse público na divulgação da tese; vii) interesse público na divulgação de fatos relacionados a atuação de órgão públicos; viii) preferência a restrições posteriores. (STF, Primeira Turma, Reclamação 22.328/RJ, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, de 06.03.2018).

Em suma, por mais que a liberdade de expressão seja um direito extremamente importante para que outras prerrogativas possam ser exercidas (existindo como um direito meio), seus excessos não serão impuníveis. Através da ponderação, que ocorrerá em momento posterior, será decidido qual direito pesará mais na “balança”. O que se pode concluir

com o discurso apresentado pela jurisprudência atual, é que a dignidade da pessoa humana tem maior peso na decisão final. Embora as “fake news” e o “hate speech” representem um “dilema” quando o assunto é liberdade de manifestação de ideias, caberá ao Estado agir ativamente para reprimir tais condutas e preservar não só a dignidade humana, mas todo o prestígio principiológico da liberdade de expressão em meio a tantos casos de “excessos” no Brasil.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

343 U.S. 250 (1952).

*AJUDANDO AS PESSOAS A SE MANTER SEGURAS E INFORMADAS SOBRE AS VACINAS CONTRA A COVID-19*. Instagram. 2021. Disponível em: <https://about.instagram.com/pt-br/blog/announcements/continuing-to-keep-people-safe-and-informed-about-covid-19>. último acesso em 25 de janeiro de 2023.

BEAUHARNAIS V. ILLINOIS, 343 U.S. 250 (1952). Justia US Supreme Court. 1952. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/>. Último acesso em 25 de janeiro de 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. Vol. 4. Editora Saraiva. 12º ed.2018.

BRASIL, *Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969*. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de tôdas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, 8 de dezembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html). Último acesso em 25 de janeiro de 2023.

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

BRASIL. *Dec. n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969: Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de tôdas as Formas de Discriminação Racial*. Acesso em: 05/06/2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html)

BRASIL. Decreto n.65.810, de 8 de Dezembro de 1969: Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília. 1969.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940: Código Penal. Brasília. 1940.

BRASIL. Lei n. 7.716, de 5 de Janeiro de 1989: define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Acesso em 05/06/2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Arguição de Preceito Fundamental n. 130. Rel. Min. Carlos Britto. Brasília, 06/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Rel. Min. Celso De Mello. Brasília. 13/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815. Rel. Min. Carmen Lúcia. Brasília, 10/06/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424/RS. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília. 19/09/03.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82424/RS. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília. 19/09/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 22.328/RJ. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília. 06/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 652330. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília. 25/06/2014.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONVENÇÃO DA ONU SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL. UNESCO - DIGITAL LIBRARY. 1966.

Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139390>. último acesso em 25 de janeiro de 2023.

EBERLE, Edward. *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*. 2003.

FAKE NEWS. Vade Mecum Brasil. 2023. Disponível em: <https://vademecumbrasil.com.br/palavra/fake-news>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

FAVERO, Sabrina e CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha. *A Liberdade de Expressão tem uma posição preferencial?*. Red-IDD - Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia. 2021. Acesso em: 05/06/2022. Disponível em: [https://red-idd.com/files/2021/2021GT06\\_005.pdf](https://red-idd.com/files/2021/2021GT06_005.pdf)

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 4.v. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.  
<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1954>. Acesso em: 5 jun. 2022.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. American State Papers, Federalist – Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica. 1978. P. 275-276

NOVA FUNÇÃO DO FACEBOOK COMBATE FAKE NEWS. Espiral Interativa. 2018. Disponível em: <https://espiralinterativa.com/botao-de-contexto-do-facebook-combate-fake-news/>. Último acesso em 25 de janeiro de 2023.

OLIVEIRA, André Soares e GOMES, Patrícia Oliveira. *Os Limites da Liberdade de Expressão: Fake news como ameaça a democracia*. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 20, n. 2, maio/agosto, 2019. p. 93-118

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

OXFORD, Languages. *Word of the Year 2016*. Oxford University Press. Disponível em: <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>. Acesso em 22 out. 2020.

*POST-TRUTH*. Oxford Learner's Dictionaries. disponível em: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/post-truth?q=post-truth>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

POUBEL, Mayra. *Fake News e pós-verdade*. InfoEscola, Navegando e Aprendendo. Sociologia. Publicado em 2017. Data de acesso: 05/06/2022. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociedade/fake-news/>

REALE JÚNIOR, Miguel. *Limites à liberdade de expressão*. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], [S. l.], v. 11, n. 2, p. 374–401, 2011. Disponível em: São Paulo: Malheiros, 2004

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"*. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SHIFFRIN, Steven H.; CHOPER, Jesse H. e outros. *The First Amendment: cases, coments, quentions*. American Casebook Series. 6th edition. 2015

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. Tradução Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010.

WARDLE, Claire, HOSSEIN, Derakhshan. *Information Disorder: Toward na interdisciplinary framework for research and policy making*. Concil of Europe: Strasbourg, 2017.