

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ERIBERTO FRANCISCO BEVILAQUA MARIN

FERNANDO LOBO LEMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara

Eriberto Francisco Bevilacqua Marin

Fernando Lobo Lemes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-766-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Goiânia-GO, de 19 a 21 de junho de 2019, sob o tema geral: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”, evento realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO, o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO e a Universidade de Rio Verde (UniRV) e apoiadores o Centro Universitário de Goiás (UniAnhanguera), a Faculdade Sensu, a Faculdade Evangélica Raízes e o Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional, dos reflexos do constitucionalismo na atuação do Poder Judiciário e dos órgãos relacionados às funções essenciais à justiça e da discussão sobre a própria democracia.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 21 (vinte e um) artigos ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo intitulado “A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA RELEITURA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA NOVA HERMENÊUTICA”, as doutorandas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI-SC Mariana Faria Filard e Maria Lenir Rodrigues Pinheiro propõem uma releitura garantista da Constituição Federal, apontando a relevância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Buscaram, com o trabalho, uma abordagem

crítica da temática, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada quanto à fase de investigação foi o método indutivo, na fase de tratamento dos dados o cartesiano, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

Em “A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA SUA INTERVENÇÃO NAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO”, o casal de pesquisadores Delfim Bernardes e Joana Cristina Paulino Bernardes ressaltaram que a integração da Ciência Política nos dias atuais é de uma importância ímpar no nosso ordenamento jurídico, trazendo novas diretrizes, em especial uma nova maneira de observar a democracia. Partindo de uma análise histórica da tripartição das funções clássicas do Estado, o conceito de democracia foi investigado sob a ótica da outorga de poder do povo aos representantes. Também está presente no artigo o tema da judicialização e o ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, em que o Judiciário interpreta a aplicação da norma existente sem invadir a esfera de competência dos demais Poderes. Foi utilizado o método indutivo-dedutivo e revisão bibliográfica.

Por sua vez, Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto, mestrando pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA), e o pesquisador do mesmo Estado Renan Azevedo Santos, na pesquisa chamada “A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL”, investigaram em que medida a ampliação da jurisdição constitucional implica ou não em aprofundamento do ativismo judicial. Partiram de uma análise qualitativa bibliográfica centrada em comentadores do tema, avaliando a relação entre os mecanismos de controle constitucional e o processo de judicialização da política. Analisaram também, à luz de determinadas visões de democracia, a legitimidade ou não da atuação judicial em casos essencialmente políticos. Por conclusão, entenderam que a ampliação da jurisdição constitucional possibilitou expansão da atuação judicial, atuação esta que dependerá do papel que se atribui a cada um dos poderes, a depender da visão do fenômeno democrático.

Em mais um trabalho desta coletânea, foi analisada a Emenda Constitucional nº 95, que instituiu o Novo Regime Fiscal de congelamento dos gastos públicos. O objetivo principal foi analisar se o texto legal configura norma jurídica de efeito placebo. O estudo é delineado por pesquisa bibliográfica e documental e o método de abordagem o indutivo. A análise do conteúdo da norma que fixou o teto dos gastos públicos e da justificativa apresentada pelo autor do projeto, com a constatação relativa aos resultados parciais, desde a vigência dessa norma, induzem à conclusão de que a Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos é

placebo jurídico. A pesquisa denomina-se “A EMENDA CONSTITUCIONAL DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS É PLACEBO JURÍDICO” e foi realizada por João Hélio Ferreira Pes, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Já na investigação científica “A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA SOCIEDADE”, Gregorio Menzel, mestrando pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, e Clayton Reis, seu Professor e membro do corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito pela mesma instituição, abordaram o conceito de função social da empresa, trabalhando a sua origem, seu regramento constitucional e as principais vertentes de interpretação da função social da empresa. Conferiram especial enfoque em perceber a empresa como um elemento transformador da sociedade, de forma a promover a justiça social.

De Minas Gerais veio o trabalho “A SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO”, escrito pelo Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, e o mestrando Reinaldo Caixeta Machado. O artigo faz uma análise da legitimidade legiferante do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que dá relevo à matéria ambiental. Em contraponto, traz o limite razoável de distanciamento do judiciário na implantação de políticas públicas ambientais. Como resultado, verificaram que, nas questões de cunho ambiental, nem sempre o judiciário está apto a fazer uma análise adequada do tema. No entanto, a razoabilidade mostrará quando deverá ser mantida a posição do judiciário relativamente às questões voltadas para a normatização de políticas públicas na proteção do meio ambiente. Valeram-se do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Marcos Augusto Maliska, Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba, e o Professor Hewerstton Humenhuk, mestre em Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina, desenvolveram o instigante trabalho de pesquisa intitulado “AUTORITARISMO JUDICIAL”. Nele, afirmam que o movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista, incorporando dois objetivos institucionais: os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito

jurisprudencial. A combinação entre a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, e o voluntarismo jurisprudencial, degenerou em autoritarismo judicial.

A seu turno, no trabalho “DEMOCRACIA E AUTONOMIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE VIVEM EM CONDIÇÃO DE ASILAMENTO”, objetivou-se lançar luzes no estudo da inclusão social das pessoas com deficiências que vivem em condições de asilamento, sob a ótica da perspectiva democrática e da teoria dos custos dos direitos. Este estudo buscou investigar como pode o Poder Executivo materializar a democracia para as pessoas com deficiência asiladas. Lucas Emanuel Ricci Dantas, Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e o Professor Ricardo Pinha Alonso, das Faculdades Integradas de Ourinhos, autores do texto, utilizaram, como análise comparativa, a história do Hospital Psiquiátrico de Barbacena-MG e o relatório internacional da ONG Human Rights Watch, cuja denominação é “Eles ficam até morrer”. Para o presente trabalho valeram-se de uma metodologia indutiva, com pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e periódicos.

Em “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES EM ESTADO DE EXCEÇÃO”, Laísa Fernanda Campidelli e Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral, mestrandas em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, abordaram, de forma qualitativa e explicativa, o conceito de direitos fundamentais, estado de exceção e estado de sítio. Realiza considerações sobre o desenvolvimento histórico, conceituação, importância e terminologia dos direitos fundamentais. Procederam à caracterização do estado de exceção, observando a teoria da necessidade, trazendo a discussão para o âmbito nacional, tratando sobre o estado de sítio, com suas condições, previsões e controle previstos constitucionalmente. Concluíram que o ordenamento jurídico que nasce para limitar o Estado, passa a legislar a favor deste, fornecendo instrumentos que o ajudam a atingir seus interesses, dando margem a abusos.

O artigo seguinte da lista rediscute, a partir das teorias da hegemonia de Chantal Mouffe e dos diálogos institucionais de Mark Tushnet, os fenômenos da judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) e do ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político). Também contesta a concepção usual de que o judiciário teria a “última palavra” na interpretação jurídica e defende uma maior proteção da democracia, pois é esta, não o judiciário, que, em última instância, protege os direitos. Concluindo que, para sua maior legitimidade e eficiência, deve então o Poder Judiciário receber novos influxos democráticos e estar sujeito a maior accountability, o doutorando em Direito pela

Universidade Federal de Minas Gerais Daniel dos Santos Rodrigues encerra a excelente pesquisa “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CHANTAL MOUFFE E MARK TUSHNET”.

No que lhe concerne, a pesquisa “NEOCONSTITUCIONALISMO: RISCOS DEMOCRÁTICOS DA IDEOLOGIA QUE DOMINOU O DIREITO BRASILEIRO”, do mestre em Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa Raineri Ramos Ramalho de Castro, dispõe que apesar de dominar a cultura jurídica brasileira, não se sabe exatamente o que o neoconstitucionalismo é ou quais mudanças traz para o Estado democrático. Ao estudar os ensinamentos de diferentes autores neoconstitucionalistas, analisar suas concepções e compará-las às posições constitucionalistas tradicionais, o pesquisador concluiu que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia que estimula imenso ativismo judicial com a justificativa de proteger os direitos fundamentais. No entanto, para ele, o que o neoconstitucionalismo realmente faz é prejudicar a separação de poderes, promover a juristocracia e prejudicar severamente as proteções constitucionais elaboradas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais, consequentemente fragilizando a democracia.

Elaborado por Andréia Garcia Martin, Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais, no trabalho científico chamado “O ARRANJO INSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COM VISTAS À INCLUSÃO SOCIAL” é defendida a ideia de que o Estado Democrático de Direito inaugurado na Constituição Federal de 1988 evidenciou valores fundamentais sobre o tema, atuando como parâmetro das instituições estatais. Para a pesquisadora, a democracia permeada na Constituição apresenta-se numa dupla acepção: representativa e participativa. Assim, a finalidade de efetivar o direito fundamental à acessibilidade das pessoas com deficiência, neste estudo, buscou fomentar a participação nos processos de decisão política, na elaboração de políticas públicas deste seguimento, uma vez que a abertura ao diálogo e à participação deste grupo permite o alcance de sua inclusão social.

Mestre em Direito - UNIMEP/SP, Tamires Gomes da Silva Castiglioni e Everton Silva Santos, Professor da Faculdade de Americana-SP, analisaram o caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo STF: o HC 82.424-2, caso “Ellvanger”. O principal tema tratado nesse julgamento foi o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana, que prevaleceu na decisão. Já o RHC 134.682, caso “Abib” houve a mesma discussão de conflitos constitucionais, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. Diante de tal discrepância, foram analisadas as vertentes que possibilitaram que dois casos semelhantes tivessem decisões distintas sob a ótica do princípio da

proporcionalidade. A interessante investigação tem o título “O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA: UM ESTUDO SOBRE O HC 82.424-2/RS- O CASO ELLWANGER E O RHC 134.682/BA- O CASO ABIB”.

No artigo “O DISCURSO DO ÓDIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLAÇÃO À DEMOCRACIA?”, a liberdade de expressão é tratada como um valor primordial para todas as sociedades democráticas. À medida que a manifestação proferida por aquele indivíduo venha a ser invocada para violar outros direitos, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. Na pesquisa, elaborada pelo Professor da Universidade Federal de Sergipe Lucas Gonçalves da Silva e por Carla Vanessa Prado Nascimento Santos, da Universidade Cândido Mendes, utilizou-se o método dedutivo e bibliográfico, para restar comprovado que esses limites não visam tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois o Estado não pode ser condizente ou omissos diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas.

Já no interessante trabalho “OS ARGUMENTOS RELIGIOSOS NA ESFERA PÚBLICA”, Rafael Esteves Cardoso, mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, e Catarina Cruz Salles, mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, investigaram o espaço e a valia dos argumentos religiosos na esfera pública, para a colaboração na formação e desenvolvimento de objetivos comuns em uma sociedade. Inicialmente, analisaram a perspectiva liberal de Ronald Dworkin, com foco para as responsabilidades individuais na solidificação dos valores democráticos. Em contraposição, foram avaliadas as propostas de Charles Taylor, segundo o qual é possível, e de certo modo inevitável, a inserção de argumentos religiosos nos debates públicos e na delimitação dos destinos compartilhados pelos membros de um determinado grupo social. A pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica direta.

O Professor Emanuel de Melo Ferreira, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, em “OS LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL PREVENTIVO – UMA DEFESA DE SUA TOTAL PROSCRIÇÃO EM FACE DOS PROJETOS DE LEI”, analisou os limites do controle de constitucionalidade judicial preventivo, defendendo a inconstitucionalidade de qualquer forma de controle sobre os projetos de lei. A questão central do texto, assim, pode ser formulada dessa maneira: a Constituição Federal admite que o controle judicial preventivo tenha como objeto de controle

um projeto de lei, mesmo que se busque efetivar um controle meramente formal? A pesquisa refere-se, assim, à separação e poderes no bojo do processo constitucional, devendo ser analisada a partir de autores que levam à relação entre direito e política a sério.

No artigo “PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL”, Marcelo Negri Soares, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, e o mestrando da mesma instituição Raphael Farias Martins, estudaram a passagem do homem do estado de natureza ao estado constitucional. Apresentaram a forma do nascimento de uma Constituição e como esta norma de fundamental importância pode ser alterada. Analisaram, ainda, o princípio da soberania popular, bem como verificaram se o povo pode requerer a modificação do texto constitucional, sendo ele o titular de todo poder.

Letícia da Silva Almeida, da Faculdade Pitágoras, e o pesquisador Danilo Felício Gonçalves Ferreira, em “POR UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY, PELA PERSPECTIVA DO ART. 37 CAPUT DA CR/88”, traçaram considerações a respeito do conceito de norma, princípio e regra de Robert Alexy, com fim de buscar construir um conceito mais afunilado sobre o que seria princípio e regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo parecendo já ser pacíficas tais constatações, esse tema é de relevância extrema, uma vez que, a cada dia, se enfrenta mais o problema do pan-principiologismo. Para tanto, a conceituação proposta acarreta em considerações acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil. Utilizou-se o método científico dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

A seu turno, na pesquisa “REFLEXÕES SOBRE AS REGRAS CONSTITUCIONAIS DA COMUNICAÇÃO NA BOLÍVIA, VENEZUELA, MÉXICO E BRASIL”, Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e a Professora Michelle Asato Junqueira, da mesma instituição, ressaltam que a liberdade de expressão é um direito humano que além de garantir o pensar livremente é um baluarte da democracia. Analisaram a disposição específica da liberdade de expressão de quatro países da América Latina, sendo dois deles países com grupos de comunicação mundialmente relevantes (Brasil e México) e dois países bolivarianistas (Venezuela e a Bolívia) e o ambiente em que se inserem. Para o objetivo proposto realizaram uma análise bibliográfica e legislativa da previsão constitucional dos países mencionados, sob o método descritivo, de análise qualitativa para a produção acadêmica e quantitativa para as Constituições.

Letícia Alonso do Espírito Santo, mestre pela Universidade Federal de Juiz de Fora, na pesquisa “UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE”,

analisou o posicionamento do Princípio da Publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua origem e recepção. O trabalho apresenta uma análise introdutória à temática, pretendendo verificar o âmbito de criação da denominada Lei de Acesso à Informação e sua decorrência direta do clamor social por maior transparência dos atos públicos. As nuances do sistema legal de acesso foram introduzidas pela Constituição e consolidados na Lei nº 12.527/2011, sob uma perspectiva de valores fundamentais, que rompem com a institucionalização da exceção e do segredo no âmbito dos atos administrativos.

Por fim, em “UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS”, o Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná Eliezer Gomes Da Silva e a mestrande pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná Simone Valadão Costa e Tressa, a partir das problemáticas de hermenêutica e mutação constitucional, apresentaram um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, notadamente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que consagrou a aplicação, no Brasil, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, criada pela jurisprudência constitucional colombiana. Sob tais parâmetros, o artigo discutiu a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores

Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin – UFG

Prof. Dr. Fernando Lobo Lemes - Faculdade Raízes

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DISCURSO DO ÓDIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLAÇÃO À DEMOCRACIA?

THE DISCOURSE ON HATE IN CONTEMPORARY SOCIETIES: THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION OR VIOLATION OF DEMOCRACY?

Carla Vanessa Prado Nascimento Santos ¹
Lucas Gonçalves da Silva

Resumo

A liberdade de expressão é um valor primordial para todas as sociedades democráticas. À medida que a manifestação proferida por aquele indivíduo venha a ser invocada para violar outros direitos, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. No presente artigo, será utilizado o método dedutivo e bibliográfico, para restar comprovado que esses limites não visam tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois o Estado não pode ser condizente ou omissos diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Discurso do ódio, Limites, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

Freedom of expression is a paramount value for all democratic societies. As the manifestation pronounced by that individual is invoked to violate other rights, it is necessary a state action to curb this abuse of law and maintain public order. In the present article, the deductive and bibliographic method will be used, to prove that these limits do not envisage freedom of expression of thought, but rather protect the order of the pluralistic society in which we live, since the State can not be consistent or speeches that hurt the rights of others.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of expression, Hate speech, Limits, Democracy

¹ Especialista em Direito Constitucional e Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe

1. Introdução

A Liberdade garantida pelo Estado, em sua origem, era restringida a abstenção estatal no sentido de garantir aos indivíduos a menor intervenção possível em suas vidas. Entretanto, esse modelo de Estado liberal não intervencionista seguiu outros rumos, tornando-se incumbência estatal, também, trazer a paz e conforto aos corações magoados e aos espíritos inquietos, saúde aos enfermos, alegria aos infelizes, ciência aos ignorantes, senso aos levianos¹.

Logo, o Estado começou a desempenhar um papel que avoca para si todos os problemas e mazelas presentes na sociedade. Tornou-se responsabilidade estatal a solução das maiorias das adversidades que afligem os indivíduos, seja em um contexto coletivo ou individual. Adversidades estas, que podem ser constatadas diariamente, ao se clamar pela proteção e promoção dos direitos fundamentais previstos nas constituições dos Estados Democráticos de Direito, que muitas das vezes não conseguem ser garantidos a grande parte dos indivíduos pelo poder estatal.

Com previsão em diversos tratados internacionais e regionais de direitos humanos, o direito a liberdade de expressão consiste é um dos mais importantes pilares dos Estados democráticos. Nossa atual constituição teve o cuidado de garantir separadamente o direito a liberdade de expressão² e o direito a liberdade de pensamento³. Bem como veda o anonimato (art. 5, IV da CF), para que se reste garantido o direito de resposta, como também, em caso de eventual violação a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de alguém, o direito à indenização moral ou material.

Nota-se, em grande parte dos países democráticos e envolvidos na proteção dos direitos humanos, uma acentuada preocupação com a concepção das liberdades, seus limites e alcances. Isso ocorre quando a liberdade de manifestação de pensamento muitas das vezes é utilizada para expressar opiniões e disseminar idéias que buscam depreciar o outro indivíduo como pessoa humana surgindo, nesse contexto, colisão de direitos fundamentais presentes nas sociedades democráticas. É, ao depararmos com esses

¹ AZAMBUJA, Garcy. Teoria Geral do Estado, 44ed. Editora Globo, p. 131.

² Art. 5, IV da CF: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

³ Art. 5, VI da CF: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

conflitos, que se suscitam contundentes discussões sobre a limitação no exercício dos direitos fundamentais. São as manifestações de idéias que instigam a intolerância, a violência, a discriminação geralmente direcionadas a minorias estigmatizadas, que fazem nascer um dos grandes problemas da sociedade moderna: o Discurso do Ódio.

A presente pesquisa utilizará a jurisprudência da Corte Européia e dos Estados Unidos para demonstrar que países democráticos enfrentam o tema de forma divergente. Veremos que os Estados Unidos não estabelecem limites para a liberdade de expressão, pois entendem que o discurso do ódio só é passível de proibição se for efetivamente capaz de causar danos a sociedade, divergindo completamente das Corte Europeia.

Além das cortes constitucionais, o problema envolvendo discurso do ódio e liberdade de expressão são enfrentados de maneiras distintas por filósofos contemporâneos renomados, como é o caso de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Esses últimos autores se posicionam de maneira antagônica sobre o tema. O primeiro defende uma liberdade de expressão irrestrita sendo que qualquer limite a ela imposta, mesmo tratando-se de manifestações intolerantes, configura uma afronta a democracia. Por outro lado, o segundo autor entende pelo comprometimento dos valores inerentes a um regime democrático e a segurança da sociedade a disseminação de discurso do ódio sob a justificativa deste estar amparado pela liberdade de expressão.

Diante do exposto acima, a presente pesquisa visa levantar os seguintes questionamentos: Em quais situações de exposição de opiniões, o direito à liberdade de expressão pode sofrer restrições? Em uma sociedade democrática é inconcebível o discurso do ódio? Para responder as essas indagações, o presente artigo utilizou da análise bibliográfica, atentando para teorias que definem discurso do ódio, direitos fundamentais e obras de autores como Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Também buscou fazer uma análise acerca da legislação de país estrangeiro que tipifica discursos violentos, bem como um estudo de levantamento jurisprudencial envolvendo liberdade de expressão, discurso do ódio e democracia.

Quanto à metodologia aplicada foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com aplicação da técnica da pesquisa bibliográfica e documental que serviram de premissas teóricas para a grande maioria das considerações feitas ao longo do artigo, bem como objetivo exploratório.

2. O Direito Fundamental à Liberdade de Expressão: legislação e julgados no âmbito internacional

Para que se exista uma democracia é essencial que determinados valores sejam protegidos pelos Estados. A grande parte desses valores, consagrados direitos ou princípios, encontram respaldo em tratados internacionais, os quais são ratificados por diversos países, vinculando estes a estruturarem seus ordenamentos internos de acordo com os direitos previstos em âmbito internacional ou regional.

Em um panorama internacional, vários direitos inerentes a existência digna do ser humano são assegurados, a exemplo do direito a saúde, a dignidade da pessoa humana, o direito a liberdade de manifestação de pensamento e o de religião.

A liberdade de expressão encontra proteção na Declaração Universal dos Direitos Humanos, relativamente às liberdades de manifestação, como bem dispõe o art. 19 do referido diploma: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão, este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.” Ainda em uma perspectiva global, a liberdade de expressão é protegida no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁴.

Além da proteção internacional, os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos preocuparam-se em criar diplomas que tutelassem o direito a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento, como é o caso da América, onde a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁵ e o pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)⁶ trazem em seu texto proteção

⁴ Artigo 19. 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 3. O exercício de direito previsto no § 2º, do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.”

⁵ “Art. IV. Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio.”

⁶ Art. 13. (Liberdade de Pensamento e de Expressão) 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamentos e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O Exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas as responsabilidades ulteriores, que devem ser

expressa. A Convenção Europeia de Direitos do Homem (Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), também tutela o direito à liberdade de pensamento e de expressão⁷. Ainda no continente europeu, por meio da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸, a liberdade de pensamento foi protegida.

Esses diplomas internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos garantem expressamente a manifestação de opiniões e pensamentos, a livre comunicação de ideias, mas também prevêm a possibilidade de restrição quando o uso desse direito é feito de maneira abusiva. O limite da liberdade de expressão nesses diplomas é exigido a partir do momento que seja utilizado como meio para violar a dignidade de outrem ou

expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inc. 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento a discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

⁷ “Art. 9 (Liberdade de pensamento, de consciência e de religião) 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica liberdade de mudar de religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas em lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral pública, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem. Artigo 10 (Liberdade de Expressão) 1. Qualquer pessoa tem o direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou idéias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção o crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou os direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.”-

⁸ “Art. 10. (Liberdade de pensamento, de consciência e de religião) 1. Toda as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. O direito a objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício. Art. 11. (Liberdade de expressão e de informação) 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de receber e de transmitir informações ou idéias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.”

perturbar a ordem pública. O próprio texto do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que contempla a liberdade de expressão, prevê limites ao seu exercício quando alerta para a necessidade de “a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.”. Fica evidente que o PIDCP proíbe o abuso do exercício desse direito, revestido de liberdade de expressão, que viola os direitos de outrem e atentam contra a segurança nacional. O pacto ainda traz em seu artigo 20 a proibição da apologia ao ódio. Waldir Alves explica:

Alias, esse procedimento cauteloso foi detalhadamente previsto no âmbito interamericano pelo Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969), que ao tratar da liberdade de pensamento e de expressão, previu expressamente que o exercício do direito não pode estar sujeito à censura prévia, porém impõem responsabilidades ulteriores previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas, à proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas (art. 13,2), além da previsão de os Estados –membros proibirem por lei toda e qualquer propaganda a favor da guerra, de toda e qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência, cuja restrição foi confirmada pelo STF, o que evidencia o caráter não absoluto da liberdade. (CLÈVE, 2015, p. 875)

O tema hate speech⁹ foi objeto de contundentes debates na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata em 2001, na cidade de Durban. Uma das principais preocupações suscitadas na Conferência foi à necessidade de repressão imediata às manifestações de ódio e discriminação voltadas contra grupos étnicos e raciais, tendo a Declaração (itens 86 a 91) e o seu Plano de Ação (itens 143 a 147) dedicado uma atenção especial.

Já no âmbito regional europeu, por meio de casos julgados pelo tribunal europeu, os limites à liberdade de expressão são delimitados mais precisamente, sendo possível traçar parâmetros para a aferição do discurso ódio. Anne Weber explica que o Tribunal da Europa, para aferir tais violações nos casos concretos, dá enfoque na posição estrutural que se encontram o ofensor e a minoria alvo:

⁹ Como é conhecido internacionalmente o discurso do ódio.

The Court takes into account the status of the victim of the opinion expressed. In general, it considers that the limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual. Unlike the latter, the former inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his every word and deed by both journalists and the public at large, and he must consequently display a greater degree of tolerance. This is all the more true if the criticism target governments, in the sense that in a democratic system its actions or omissions must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of the press and public opinion. Furthermore, the dominant position which the Government occupies makes it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings, particularly where other means are available for replying to the unjustified attacks and criticisms of its adversaries or the media. Weber (2009, p. 39) WEBER, Anne. Manual on Hate Speech. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2009. (Weber, 2009, p. 39)

A Corte Europeia já entrou diversos casos emblemáticos envolvendo hate speech e liberdade de expressão. Um deles foi o caso Handyside VS. The United Kingdom¹⁰ onde a Corte ao fundamentar sua decisão reconheceu a liberdade de expressão como pressuposto fundamental para o progresso e desenvolvimento da humanidade. Sendo dos Direitos Humanos aplicados também a situações que chocam e perturbam o Estado ou grupos sociais, e não apenas na disseminação de ideias ou informações genéricas, abstratas que não são capazes de impactar a sociedade. A tolerância aos diversos tipos de pensamentos e ideias são inerentes ao pluralismo, e consiste em um dos pilares da democracia. Mas todo esse arcabouço de tolerância e direitos implica responsabilidades que precisam no seu exercício coadunar, segundo a Corte, com o respeito aos outros indivíduos, podendo se impor restrições, condições e, até mesmo, penalidades, desde que sejam compatíveis com os fins os quais se propõem.

No caso Erbakan vs. Turbey¹¹, a Corte Europeia de Direitos Humanos ratificou, como pedra angular de uma sociedade democrática e plural, o respeito pela igual dignidade e a tolerância. Isso permite que sejam sancionadas ou prevenidas todas as manifestações de pensamento que incitem ou promovam intolerância, bem como, ideias

¹⁰ Handyside VS. the United Kingdom [1976] §49. Pleito nº 5493/72. Extrato do julgamento para consulta no endereço eletrônico da corte. Disponível em: . Acesso em: 13 julho de 2018.

¹¹ Erbakan v. Turkey [2006] §56. Pleito nº 59405/00. Extrato do julgamento para consulta no endereço eletrônico da corte. Disponível em: . Acesso em: 17 de julho de 2018.

que visem disseminar o ódio entre os indivíduos. Por fim, a Corte reitera seu entendimento da compatibilidade entre os meios empregados para a restrição da liberdade de manifestação de pensamento, as suas penalidades ou condições para seu exercício e os fins que almejam.

Nos julgamentos da Corte Europeia, envolvendo conflito de direitos de manifestação de ideias em razão de discursos com cunho odioso e intolerante, as condenações possuem natureza criminal e/ou cível e se baseiam em dois padrões de fundamentação:

- a) Proíbe o abuso do direito, com base no artigo 17 da Convenção¹², limitando o exercício desse direito fundamental de livre se expressar, quando este for utilizado como discurso do ódio;
- b) Baseado no artigo 10, §2º da Convenção¹³, relativiza a liberdade de expressão, estabelecendo limites, condições ou restrições para sua prática em razão do discurso do ódio.

Esses modelos foram identificados por meio da análise de diversas decisões da Corte. Aplicação deles dependerá no caso concreto do grau de violação que poderão sofrer os outros direitos fundamentais capitulados na Convenção. Diante do caso, se a retórica possua a capacidade de negar integralmente os valores previstos a Corte determinará a supressão total da manifestação com cunho intolerante e odioso. Porém, se o discurso, embora dissemine ideias de ódio, não tenha força de macular os direitos elencados na Convenção, a Corte adota o segundo padrão, pautado no artigo 10, §2º do diploma normativo. Dessa forma, de acordo com informativo da Corte Europeia, as restrições pautadas no artigo 10 da Convenção, perseguiram as seguintes finalidades:

¹² “Artigo 17.º - Proibição do abuso de direito: Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.” (CONSELHO DA EUROPA, 2015)

¹³ Artigo 10º, §2º Liberdade de expressão: O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial. (CONSELHO DA EUROPA, 2015)

This provision is aimed at preventing persons from inferring from the Convention any right to engage in activities or perform acts aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth in the Convention. Restrictions deemed necessary in the interests of national security, public safety, the prevention of disorder or crime, the protection of health or morals and the protection of the rights and freedoms of others. (HATE SPEECH, 2014)

Tal afirmação resta comprovada ao se analisar o Caso Seurot VS. France¹⁴, onde a Corte entendeu que a divulgação de um boletim em um colégio contendo declarações e xenofóbicas contra imigrantes de islâmicos e africanos¹⁵. Nesse julgamento a Corte entendeu que tais declarações eram manifestadamente capazes de violar os valores da Convenção em sua integralidade, restando um abuso do direito a liberdade de expressão capaz de afrontar os valores precípuos do diploma.

Porém, o entendimento sobre a manifestação de pensamento, nos Estados Unidos, não segue os ditames da Cortes Européia. Prepondera nos tribunais norte-americanos que a liberdade de expressão, assim como a de imprensa, deve receber intensa proteção, permitindo o direito de indenização apenas se for comprovado que o titular do direito à expressão agiu com real malícia (actual malice) ou com temerária desconsideração da falsidade da matéria (reckless disregard of whether it was false or not) nos casos em que se tratar de funcionário público. (CARVALHO, 1999. P.32)

Esse entendimento norte-americano sobre a liberdade de expressão tem amparo legislativo na Primeira Emenda Constitucional¹⁶, de 1791. Essa emenda possui duas vertentes, sendo a primeira posição referente à teoria liberal onde o Estado fica proibido de interferir no direito de manifestação do particular. Já a segunda posição, democrática, visa promover um espaço onde todos os cidadãos tenham direitos à informação para que seja ampliado o debate público. Nos Estados Unidos, subsiste de forma predominante,

¹⁴ Seurot VS. France [2004] §50. Pleito nº 57383/00. Extrato do julgamento para consulta no endereço eletrônico da corte. Acesso em: 18 de julho de 2018.

¹⁵ “Maudits Français d’Afrique du Nord, des hordes musulmanes inassimilables, débarqueraient et investiraient les plus reculés de nos cantons. [...] Construisent partout des mosquées”. (texto original em francês)

¹⁶ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances” (ESTADOS UNIDOS, 1791).

fundamentado juridicamente no direito à liberdade de expressão, a doutrina liberal clássica da livre circulação de idéias, o *market place of ideas*.

Com o julgamento do caso *Brandenburg vs. Ohio* (U.S. SUPREME COURT, 1969), a Suprema Corte norte-americana considerou os discursos de ódio e racistas, em rede televisão emitidos por um líder da Ku Klux Klan, acobertados pela liberdade de expressão. Essa Corte, através do mencionado julgamento, declarou inconstitucional a lei do Estado de *Ohio*, pois considerou que esta norma punia a defesa de uma ideia. De acordo com esse entendimento, idéias de cunho racista e de discriminação podem ser livremente defendidas, caso não sejam direcionadas para a prática de atos de violência e atentatórios a ordem social. A corte acha necessária a adoção desse posicionamento por entender que a liberdade de expressão é uma exposição também de questões públicas, a qual foi reconhecida pela Primeira Emenda como forma de assegurar o livre intercâmbio de ideias para propiciar as mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo. Esclarece Sarmento:

[...] entende-se que o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes idéias presentes na sociedade, ainda que considere algumas delas abjetas, desprezíveis ou perigosas. As concepções defendidas por Hitler ou pela Ku Klux Klan têm de receber a mesma proteção do Poder Público do que as manifestações em favor dos direitos humanos e da igualdade. Como exceção, admitir-se-iam apenas restrições às manifestações que, pela sua natureza, pudessem provocar uma imediata reação violenta da audiência. Trata-se daquilo que a doutrina norte-americana chama de *fighting words*. (SARMENTO, 2006, p. 215)

3. Uma análise jusfilosófica sobre liberdade de expressão e hate speech nas democracias

Nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é tida como a base, a essência da democracia. E seguindo esse raciocínio, Ronald Dworkin defende a irrestrita liberdade de expressão, podendo ser limitada em casos de pornografia¹⁷. Segundo o professor norte americano, a democracia resta comprometida quando indivíduos são proibidos de

¹⁷ Em trabalhos de Dworkin, como o seu debate com Catherine MacKinnon a sobre a proibição da divulgação de pornografia, o autor, entende pela limitação da liberdade de expressão quando envolver “pornografia, assim como a ostentação da suástica e a queima da cruz, é profundamente insultuosa em si mesma” (DWORKIN, 2006b, p. 364),

manifestações suas convicções morais ou políticas, e até seus preconceitos. Ele parte da premissa de que a liberdade de expressão deve ser ampla da maneira que possa garantir que os indivíduos manifestem suas opiniões e ideias, por mais heteróclitas que sejam. O filósofo afirma em se duas obras que a essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às formas de expressão heróicas, mas também às de mau gosto”.¹⁸

Dworkin atenda para o de fato de restrições à liberdade de expressão, sob o fundamento de discurso do ódio, possam servir de como manobras de maiorias legislativas ou pelo próprio governo com o fim de sufocar idéias contrárias aos seus interesses (DWORKIN, 2009, p. ix). Ademais, o filósofo entende que ao se impor limites à liberdade de expressão, como proibir o hate speech, o Estado passaria a violar o status de cidadão livre e igual de cada indivíduo. (DWORKIN, 2009, p. vii). Nesse sentido, o professor entende que é inerente a democracia a tolerância aos intolerantes¹⁹²⁰.

Ao defender a tolerância dos intolerantes, Dworkin baseia-se em dois argumentos. O primeiro reside no fato de para o autor os indivíduos ou grupos que propalam hate speech se submetem as regras democráticas. O segundo argumento é que esses indivíduos ou grupos que se utilizam de discursos do ódio não minoria e nunca chegaram a ser maioria. O filósofo para não contar com a possibilidade do surgimento de uma maioria intolerante e o que poderia acarretar para uma democracia. Tratando-se do primeiro argumento, o autor parece não levar em consideração que ao se valerem do discurso intolerante e odioso esses indivíduos já estariam negando valores inerentes à democracia.

Jeremy Waldron, autor que também se pauta em pilares liberais, não comunga do mesmo entendimento de Dworkin, e, posiciona-se pela desconfiança na aceitação de manifestações intolerantes. Waldron entende que discursos intolerantes, preconceituosos e manifestações ferem a democracia. Por esses, motivos as restrições aos hate speech ao

¹⁸ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norteamericana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 351.

¹⁹ A tolerância aos intolerantes: Karl Popper chamou de “paradoxo da tolerância”. POPPER, Karl. The Open Society and its Enemies. 5ª ed., Princeton: Princeton University Press, 1966, p. 266.

²⁰ John Rawls defende o posicionamento de que numa sociedade justa, só é legítima a restrição à liberdade de expressão do intolerante, quando essa chegue ao ponto de ameaçar a segurança das próprias instituições que mantêm a sociedade. RAWLS, John. A Theory of Justice. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 216-220.

invés de ferir, na acabam por fortalecer os aspectos essenciais às sociedades democráticas²¹.

O filósofo Waldron ao defender as leis ao hate speech, busca demonstrar a necessidade e benefícios de uma regulamentação em lei da proibição de manifestações de ódio públicas. Esse tipo de discurso, já vem sendo proibido e legislações de países, a exemplo da Alemanha, Reino Unido, Nova Zelândia e Canadá. Por meio dessas leis, o autor entende que poderá ser resguardada a igualdade entre os indivíduos e suas dignidades.

Nesse sentido, Waldron entende que os discursos intolerantes além de ferirem a dignidade humana das pessoas, comprometem os aspectos essenciais das sociedades democráticas. E como a maioria dos destinatários do discurso do ódio são indivíduos mais vulneráveis, é necessária uma contundente proteção contra as diversas formas de violência e exclusão as quais eles estão rotineiramente expostos.

Waldron entende que indivíduos ou grupos que utilizam o hate speech não estão preocupados em resguardar qualquer espécie de discussões democráticas, pelo contrário, os intolerantes parecem mais ser indiferentes a discussão de idéias contrárias às suas. Como um intolerante com a diferença de gênero, etnia ou crença irá respeitar a igualdade de outros indivíduos? O autor se preocupa com a segurança de indivíduos que fazem parte de uma minoria vulnerável diante da aceitação de propalar discursos instigadores de intolerância às diferenças.

Fazendo uso de analogia na ceara ambiental, Waldron compara cuidado com a proteção ao meio ambiente, que é protegido por leis de prevenção à poluição e não apenas de repressão. Assim também devem as previsões legais relacionadas ao hate speech. Devem existir leis que se preocupem em prevenir o dano, evitando sua ocorrência, e não apenas reprimi-lo depois de ocorrido. Nesse sentido, a legislação que visa proteger indivíduos ou grupos destinatários do discurso do ódio, antes que esse dano venha ocorrer, resguardando a segurança e a dignidade deles.

Diante disso, Waldron entende pelo comprometimento da democracia ao se permitir que discursos afrontosos a dignidade e a segurança de indivíduos ou grupos

²¹ Em “The harm in the hate speech” (O dano nos discursos de ódio), Waldron defende e argumenta pela necessidade de restrições legais ao discurso do ódio.

sejam permitidos. Segundo o filósofo, ao se editar leis que proíbam a propagação do ódio e da intolerância, ao invés de aceitá-la, a sociedade e seus pilares democráticos se encontram mais protegidos. O discurso do ódio deve ser tratado não apenas como uma mera liberdade crença, expressão ou idéias, mas como uma afronta a democracia, um desrespeito a indivíduos vítimas desse discurso e a todos os membros dessa sociedade que prezam por uma vida social saudável e segura.

4. O Principio da Liberdade e da Igualdade como corolários da democracia

É inegável a vinculação que existe entre democracia²², liberdade e igualdade. As liberdades são pilares em qualquer regime que se comprometa em respeitar a democracia. O direito de ir e vir, de livre associação e demais escolhas que todos nós nos deparamos corriqueiramente, assim como o direito de crença ou de manifestação de idéias são proporcionados pelo direito fundamental à liberdade. Esta por sua vez, caminha de mão dadas com o direito a igualdade que permite um nivelamento de todos os indivíduos perante o Estado e a sociedade na hora de exercer seu direito a liberdade de expressão ou qualquer outra liberdade. A igualdade em exercer nossas liberdades permite que se exista uma real democracia onde poderão ser debatidos temas de interesse público com transparência e franqueza, assim permitindo a todos os interessados estarem a par das situações de interesse comum e formar suas opiniões sobre os mais variados temas.

O dilema acerca da liberdade de manifestação de idéias de cunho odioso gera discussões de até onde o exercício da liberdade de expressão contribui para o Estado Democrático de Direito e não viola outros direitos fundamentais. Até que ponto a manifestação de pensamento não viola o Estado Democrático de Direito e seus pilares democráticos? Se há várias democracias que entendem que discursos intolerantes

²² Robert Dahl em de suas relevantes obras trouxe a importante reflexão sobre o papel primordial da liberdade de expressão na democracia. Ele atentou para o fato de que a liberdade de expressão permite aos cidadãos que participem da vida política das mais diversas formas, como formando idéias firmes e esclarecidas sobre as políticas de governo, exigindo a prestação de compromissos assumidos ou até mesmo participando das decisões. (Sobre a Democracia. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Ed. UnB, 2001, p. 110).

ofendem a igualdade e viola o respeito que se é necessário para viver em sociedade, de outro, temos os EUA onde há a predominância do entendimento de que a manifestação de pensamentos intolerantes são resguardados pela liberdade de expressão.

A mesma democracia que tem como pilar o respeito à livre manifestação de pensamento, é a que, também, protege o respeito à igualdade e dignidade da pessoa humana. O discurso do ódio consiste em propalar a inferiorização de determinadas pessoas, bem como estimular a intolerância contra elas, restando uma clara afronta a igualdade e a outros valores que a democracia se propõe a proteger.

Nesse sentido, a liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito deve ser usada de maneira que se respeite a igualdade entre os indivíduos, por meio de palavras que não afronta ou menospreze a diferenças. Parece ficar evidente que o hate speech gera um desequilíbrio nas democracias ao permitir que se utilizem da liberdade de expressão com o intuito de propalar idéias intolerantes e discriminatórias, ao mesmo tempo que se afirma a desigualdade entre outro.

A postura que se adota em várias democracias e na Corte Europeia de direitos humanos, como se pode notar nos julgados acima, é a de que idéias incompatíveis ou que violem pilares do Estado Democrático de Direito não devem ser toleradas. Esse tipo de idéias, ao contrario do que a liberdade expressão se propõem, colocam, na verdade, em perigo a própria democracia e proibir o hate speech é um mecanismo de salvaguardá-la. Diante disso, o que se pretende evitar é que os intolerantes, usando da liberdade de expressão, assegurada pela democracia, possam em um momento aboli-la.

5. Considerações finais

É incontestável a importância da liberdade de expressão para o Estado Democrático de Direito. Seja por aquele direito ser um dos pilares da democracia, por ser uma maneira das pessoas fiscalizarem e exigirem o cumprimento de outros direitos fundamentais, ou por garantir a formação da consciência individual ou coletiva da nação. Mas, também, como qualquer outro direito, não pode ser exercido de maneira ilimitada e não possui caráter absoluto.

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus e é acompanhada de um alto grau de responsabilidade na hora de ser exercida. O direito à liberdade de expressão, quando exercido de maneira desenfreada pode resultar em danos graves aos destinatários daqueles comentários, tendo seus direitos fundamentais, como a honra, a imagem, dignidade da pessoa humana, entre outros, violados. Esses tipos manifestações com conteúdo odioso são normalmente direcionados a indivíduos vulneráveis e estigmatizados, e têm o condão de promover ou reforçar o preconceito.

A liberdade de expressão quando é utilizada para legitimar o hate speech necessita sofrer limitações, pois a intolerância às diferenças de orientação sexual, étnica, religiosa, política e todas as diferenças presentes em uma sociedade pluralista, inviabiliza o exercício do direito a igualdade e compromete a segurança e o bem-estar social.

Por fim, com todo respeito a posição de Ronald Dworkin, que defende a irrestrita liberdade de expressão, sendo o hate speech protegido por ela, entendemos que esse tipo de restrição não ameaça a democracia, e sim a fortalece. Entende-se que a promulgação de leis contra discursos intolerantes e de ódio, assim como defende Waldron, são essenciais para proteção das pessoas destinatárias do discurso do ódio e da própria democracia.

6. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

_____. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZAMBUJA, Garcy. Teoria Geral do Estado, 44ed. Editora Globo.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e redefinição do dever de proporcionalidade**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 1, p. 86, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista latino americana de estudos constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 297-339, jan./ jun., 2005.

BOYLE, Kevin. **Hate Speech: the United States versus The rest of the World?** Heinonline, Maine Law Review, v. 53, n. 2, 2001.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**.

BOFF, Leonardo. **Limites da liberdade de expressão**. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Coluna/Limites-da-liberdade-de-expressao/32944>>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia Internet: Reflexões sobre internet, negócios e sociedade (tradução Rita Espanha)**. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Doutrinas essenciais Direito Constitucional**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

COLIVER, Sandra. **Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination**. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/striking-a-balance.pdf>>.

Acesso em: 20 de novembro. 2017.

CUENCA, Andrés Gascón. **Evolución jurisprudencial de laprotección ante el discurso Del odio em España em la última década**. Disponível em: <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/2002/3021>>. Acesso em: 22 de novembro de 2017.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Barcelona: Ariel, 1989.

_____. **O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Foreword to Extreme Speech and Democracy**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Editors). **Extreme Speech and Democracy**. New York: Oxford University Press, 2009.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**, 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação**. São Paulo: Pillares, 2005.

GLUCKSMANN, André. **O discurso do ódio**. Tradução Edgard de Assis Carvalho; Maria Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Difel, 2007.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

MELLO, Sylvia Laser de. **A palavra, o Preconceito e o pensamento**: Introdução ao problema do juízo e da consciência em Hannah Arendt. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

WALDROM, Jeremy. **The harm in hate speech**. Harvard University Press, London, 2012.

_____. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

PAESANI, Liliana Minardi. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2007.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Haward University Press, 1971.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Limites à Liberdade de Expressão**. Espaço Jurídico: Journal of Law, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 374-401, dez. 2010. Semestral. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1954/1022>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. ver. Atual. e ampl. 2ª. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002

_____. ; Antonio de Moraes. **Livre e Iguais, Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010.

_____. ; Antonio de Moraes. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

SILVA, Lucas Gonçalves da; DETONI, Andréa Galvão Rocha. **A proteção dos Direitos Fundamentais à luz da sociedade da informação.** In: Irene Portela; Fábio da Silva Veiga; Rubén Miranda Gonçalves. (Org.). **O Direito Constitucional e o seu papel na construção do cenário jurídico global.** 1ed. Barcelos- Portugal: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2016, v. 1, p. 607-617.

TSESIS, Alexander. **Dignity and Speech:** the regulation of hate speech in a democracy. Wake Forest Law Review. Vol. 44. 2009.