



FACULDADES SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS - FASASETE

CLARA MAIA COPPE

**CENSURA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO: Uma
análise sobre a medida cautelar referente à mídia “especial de natal porta dos
fundos.**

Sete Lagoas - MG
2021

CLARA MAIA COPPE

CENSURA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO: Uma análise sobre a medida cautelar referente à mídia “especial de natal porta dos fundos.

Monografia apresentada à Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas (FASASETE), como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Franklin Marques Dutra

FACULDADE SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS- FASASETE

CLARA MAIA COPPE

CENSURA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO: Uma análise sobre a medida cautelar referente à mídia “especial de natal porta dos fundos.

Banca Examinadora de Trabalho de Curso, apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas, FASASETE, como requisito parcial para obtenção de Grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR – Prof. Me. Franklin Marques Dutra (FASASETE)

2ºEXAMINADOR

3º EXAMINADOR

Sete Lagoas, __de_____de 2021

Dedico este trabalho a Deus.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço aos professores Bruno Rangel e Celso Idamiano pelos ensinamentos muito além da sala de aula e por despertarem o interesse profundo na sociedade e no Direito como mecanismo de mudança social. Agradeço profundamente ao professor Giuliano Fernandes por tanto incentivo e informação sobre diversos temas sociais e necessários nos primeiros anos do curso, por acreditar na educação, na informação e na importância do diálogo. Ao querido professor Guilherme Pinheiro por todas as sugestões desde o início da pesquisa.

Ao meu orientador, não apenas por superar todos os desafios e distâncias gerados pela pandemia e ser sempre presente, prestativo e organizado, mas principalmente pela cobrança, incentivo e tamanho brilhantismo.

Aos meus amigos, em especial à Alessa Rodrigues, Marília Lages, Jessica Daniela, Lilian Ferreira, Rafaela Abreu, Júlia Lages, Ianca Rosa e ao Renato Silva e Sávio Junior.

À minha família, em especial ao Ítalo Coppe, por ser sempre luz.

Posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo.
(Evelyn Beatrice Hall)

RESUMO

O presente estudo inicia-se com a análise dos conceitos discurso de ódio, liberdade de expressão e Estado Democrático de Direito e a relação entre eles. Bem como a análise dos fundamentos de Waldron a favor da limitação do discurso de ódio e os fundamentos do marco teórico Ronald Dworkin a favor da proteção ao discurso de ódio. Em uma segunda etapa, é analisado o caso concreto e a relação da censura com os direitos fundamentais. Nesse sentido, o presente trabalho objetiva trazer uma reflexão acerca do direito fundamental à liberdade de expressão frente ao discurso de ódio.

Palavras-chave: Discurso de ódio. Liberdade de expressão. Ronald Dworkin. Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	10
2.1 RELAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.	14
2.2 O EFEITO DO DISCURSO DO ÓDIO NA PERSPECTIVA DE JEREMY WALDRON.	16
2.3 DWORKIN E A DEFESA DAS LIBERDADES	20
3 ESTUDO DO CASO CONCRETO: “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS: A PRIMEIRA TENTACÃO DE CRISTO”	25
3.1 ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO RELATOR	27
3.2 ANÁLISE SOBRE OS DEMAIS VOTOS.....	30
4 CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS.....	37

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa considerou o impacto do avanço tecnológico na expansão da liberdade de expressão. Em especial, o modo pelo qual as plataformas de *streaming* são utilizadas, inclusive para a prática do discurso de ódio.

Dessa forma, é de grande importância observar os limites impostos pela legislação vigente, bem como esclarecer o conteúdo normativo do direito à liberdade de expressão, como direito fundamental. O tema demonstra-se relevante ao se inserir no atual contexto político-social e por discutir, no âmbito do Direito, uma possível limitação para tal direito fundamental, gerando, assim, o seguinte questionamento: o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão é ilimitado e autoriza o discurso de ódio?

A metodologia utilizada foi dedutiva-dialética, através dos métodos histórico e monográfico, com o intuito de relacionar a legislação e a doutrina ao caso concreto.

A hipótese levantada é de que o discurso de ódio é autorizado pelo direito à liberdade de expressão, visto que a limitação dessa atrapalha o desenvolvimento da sociedade, e sua importância se revela como controle ao poder estatal e como mecanismo de proteção do autogoverno.

O marco teórico utilizado foi Ronald Myles Dworkin, apoiado em seus intérpretes Vitor Amaral Medrado e Giuliano Fernandes.

Ressalta-se a importância da liberdade de expressão como direito fundamental essencial nas democracias, principalmente pelo fato de a Constituição Federal de 1988, pós-ditadura militar, declarar que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, tendo em vista as possibilidades de interpretação da liberdade individual a partir da Constituição Federal de 1988.

Diante dessa situação, a pesquisa tem como objetivo esclarecer os conceitos de liberdade de expressão, discurso de ódio e Estado Democrático de Direito, ressaltando a importância da Constituição de 1988.

A análise dos fundamentos da medida cautelar na reclamação 38.782 Rio de Janeiro, referente à mídia “Especial de Natal Porta dos Fundos”, é o meio para compreender a teoria utilizada pela jurisprudência os limites da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito. Com isso, foram demonstrados os efeitos da censura, como violadores dos direitos fundamentais, objetivo da pesquisa.

Para seu desenvolvimento, a pesquisa foi dividida em duas partes: no primeiro capítulo são apresentados os conceitos e relações entre liberdade de expressão, discurso de ódio e Estado Democrático de Direito, o fundamento histórico com base na Primeira Emenda Americana, além do histórico constitucional brasileiro e dos fundamentos na teoria da objetividade do valor moral de Dworkin. No segundo capítulo, estuda-se o caso concreto, com os argumentos utilizados na Reclamação 38.782/RJ, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, e a essencialidade da liberdade de expressão como direito fundamental.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A partir da Revolução Francesa, com seu lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, inicia-se uma nova forma de compreensão dos direitos humanos e fundamentais, principalmente no que diz respeito à liberdade, culminando na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual se lê:

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789

Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. [...]

Artigo 4º- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei. [...]

Artigo 11º- A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei. [...]

FRANÇA. Declaração do Homem e do Cidadão (1789)

Essa Declaração é um marco para a inserção da Constituição como garantidora dos direitos fundamentais, conforme dispõe o artigo 16: “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição” (FRANÇA, 1789). Outro ponto é que o reconhecimento das liberdades fundamentais limita o poder político, de forma a valorar a educação cívica. (SILVEIRA, 2007, p. 21).

Nesse sentido, para a melhor compreensão da liberdade de expressão, é importante também compreender a Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana, sobre a qual nos ensina Ronald Dworkin:

O papel igualitário da Primeira Emenda independe totalmente dessas outras funções. Ela proíbe a censura dos perversos sexuais ou dos neonazistas, não porque alguém pense que as contribuições deles vão impedir a corrupção ou melhorar a qualidade do debate público, mas porque **a igualdade exige que todos**, por mais excêntricos ou desprezíveis que sejam, tenham a oportunidade de exercer sua influência não só nas eleições, mas na política em geral. Não se deduz daí que o Estado vá, no fim, respeitar igualmente a opinião de todos, nem que as decisões oficiais serão igualmente a opinião de todos, nem que as decisões oficiais sejam favoráveis a todos os grupos. **O que a igualdade exige é que todas as opiniões tenham a oportunidade de exercer sua influência, e não que todas triunfem ou mesmo sejam**

representadas naquilo que o Estado efetivamente faz. (MEDRADO, 2018, p.148, grifo nosso)

Sob essa perspectiva, a liberdade não é contraposta a igualdade, mas, sim, trata-se de conceitos cooriginários.

Além disso, o autor ressalta que se deve proteger a liberdade de pensamento e de discurso. Portanto, até mesmo a expressão de um pensamento absolutamente falso, como o terraplanismo ou o negacionismo do holocausto, se for limitada pelo Estado, no exercício do poder de proibir a opinião ofensiva a uma pessoa ou a um grupo, suspenderia a responsabilidade moral do cidadão, bem como evidenciaria perigo à opinião pública democrática.

Assim, a Primeira Emenda dos EUA proíbe leis limitadoras da liberdade de expressão, considerando que tal liberdade não é uma liberdade de fala, mas sim a concepção de liberdade organizada e estruturada. Sobre o tema, Owen Fiss explica: "o que a Primeira Emenda proíbe são leis limitando a liberdade de expressão e não a liberdade de falar. A frase a liberdade de expressão implica uma concepção organizada e estruturada da liberdade" (FISS, 2005, p. 55).

Nesse sentido, ressalta-se que, no caso *New York v. Sullivan* (1964), a Suprema Corte dos EUA inicia uma série de decisões que gera amparo e apoio em favor da liberdade de expressão, como esclarece o professor Vítor Medrado:

Diante dos riscos à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, a *Supreme Court* desenvolveu uma forte tendência em limitar o campo de atuação do Estado quanto à regulação da imprensa ou à proibição do discurso de ódio. (MEDRADO, 2018, p. 52)

Ressalta-se que a Suprema Corte Americana impusera de modo rigoroso a punição penal ao discurso de ódio, quando voltado para grupos raciais ou religiosos, desde que incite uma ação ilegal iminente ou que a ação tenha probabilidade de ocorrer.

Dois casos que merecem relevância são, primeiro, o *Brandenburg vs. Ohio*, sendo julgado sobre o discurso de um líder da seita denominada *Ku Klux Klan*, que disse: "Pessoalmente, acredito que os pretos deveriam ser devolvidos à África, e os judeus devolvidos a Israel." A Suprema Corte anulou por unanimidade sua condenação porque não havia nenhuma prova de que o orador estivesse incitando uma "ação ilegal iminente" (LEWIS, 2011, p. 189).

O segundo que merece atenção é o caso de *Skokie*, que simboliza a questão da liberdade de expressão para nazistas, e ocorreu em 1977, na cidade de *Skokie*, caracterizada por possuir uma grande população judaica. Um grupo neonazista anunciou que realizaria, naquela cidade, uma manifestação na qual símbolos referentes a Hitler seriam utilizados. As autoridades conseguiram impedir tal manifestação através de decretos. Entretanto, ao tramitar na Suprema Corte, o caso foi julgado no sentido de reconhecer que os decretos eram, na verdade, inconstitucionais.

Sobre o tema, vale compreender a liberdade em sua dimensão negativa e positiva. Segundo Isaiah Berlin, a liberdade no sentido positivo é o desejo do indivíduo de ser seu próprio senhor: "Acima de tudo, desejo ser consciente de mim mesmo como alguém que age, tem vontade e pensa, responsável por minhas escolhas e capaz de explicá-las a partir de minhas ideias e meus propósitos." (BERLIN, 2002, p.237). Em outras palavras, trata-se da possibilidade do indivíduo de participar responsabilmente de decisões pessoais e públicas.

Por sua vez, quanto à dimensão negativa da liberdade, Giuliano Fernandes, em sua interpretação de Berlin, considera que o indivíduo é livre de acordo com a não interferência de outros em suas atividades: "A liberdade negativa significando não ser impedido pelos outros de fazer o que se deseja fazer". (FERNANDES, 2018, p. 51).

Segundo o mesmo autor, apesar dos conceitos se distinguirem, historicamente ambos são importantes: A dimensão positiva é uma garantia para todos, considerando tal liberdade como forma do poder de participar das decisões públicas e controlá-las; ao passo que a liberdade se caracteriza pelo impedimento externo de fazer o que se deseja.

A seu turno, na perspectiva de John Stuart Mill, nos esclarece Medrado que, para o bem comum da sociedade "é preciso que o debate público seja compreendido como um mercado livre de ideias, no qual as ideias deveriam se confrontar em busca de uma verdade em constante e eterna construção." (MEDRADO, 2019, p. 40).

Ressalta-se, nessa perspectiva, que a liberdade de expressão garante o debate público, tendo seu apogeu na controvérsia e não na busca pela verdade ou pelo consenso.

No que tange ao discurso do ódio, esse pode ser caracterizado como: "qualquer expressão que desvalorize, menospreze, desqualifique e inferiorize os indivíduos. Trata-se de uma situação de desrespeito social, uma vez que reduz o ser

humano à condição de objeto." (SILVEIRA, 2007, p. 80). Assim, são aquelas expressões que atacam grupos vulneráveis na sociedade, não sendo baseada em algum possível erro praticado por determinado indivíduo ou grupo.

No mesmo sentido, ensina Winfried Brugger (apud MEDRADO, 2019, p.92):

[...] o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas. (BRUGGER, apud MEDRADO, 2019, p. 92)

Na visão de Owen Fiss, essa prática impede a participação integral nas atividades sociais, incluindo o debate público, por meio da diminuição da autoestima da vítima, sendo necessária regulação estatal para estabelecer condições para auto governança, de modo que todos tenham acesso igual ao debate público.

Acredita-se ser possível, aqui, uma relação entre os autores estudados. À luz dos conceitos fornecidos, merece a atenção o seguinte questionamento: o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão é ilimitado ou autoriza o discurso de ódio?

Na busca por uma boa resposta a essa questão, vale recorrer ao professor Giuliano Fernandes, para quem:

A limitação do discurso de ódio não limita o ódio, não acaba com o ódio, muito pelo contrário, acaba o incentivando ainda mais. A título de reafirmação, a essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e aqui liberdade de expressão é uma liberdade negativa, [...] não faria sentido a defesa da liberdade de expressão só para ouvirmos o que concordamos. (FERNANDES, 2018, p. 149)

Em outras palavras, acredita-se que a limitação por parte do Estado à liberdade de expressão no discurso do ódio, por mais que pareça correta, não torna a sociedade mais pacífica e amigável, pelo contrário, prejudica a democracia, a autonomia individual e pressupõe uma verdade e um consenso inexistentes.

Desse modo, para evitar o efeito silenciador do discurso, conforme descrito por Fiss, é preciso uma "estrutura legal que garanta a liberdade de expressão, como forma de franquear a todas, indiscriminadamente, o acesso à publicidade de suas opiniões." (GUIMARAES; AMORIM, 2013 p. 129). Estrutura essa responsável por proteger a intimidade, rejeitar a censura prévia, garantindo o discurso público e protegendo o Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, com um enfoque mais na perspectiva do direito constitucional brasileiro, o ministro Alexandre de Moraes considera como censura prévia: "o controle, o exame, a necessidade de permissão que se submete, previamente e com carácter vinculativo [...] sendo a restrição à livre manifestação do pensamento com finalidade antidemocrática" (MORAES, 2005, p. 46).

No que tange ao Estado Democrático de Direito, segundo Ricardo Quartim de Moraes (1999 *apud* José Afonso da Silva 1999, p. 123), Estado Democrático de Direito: "Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário."

Outro autor de grande importância para compreensão da relação entre Estado Democrático de Direito e a liberdade de expressão como direito fundamental essencial nas democracias, por seu viés constitucional, é Menelick de Carvalho Netto. Segundo ele, após o fim da Segunda Guerra Mundial, o Estado Social é questionado de modo a retomar liberdade e igualdade "como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais" (NETTO, 1998, p. 37).

O questionamento provoca no debate público um novo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, considerando a teoria do Direito de Dworkin sob a perspectiva de Netto, requerendo do Judiciário decisões que retrabalhem regras e princípios.

Ou seja, o paradigma do Estado Democrático de Direito possui um cunho procedimental, com necessidade de participação cidadã mais ativa. Exigindo do Judiciário, assim, decisões que utilizem construtivamente os princípios e as regras com o intuito de reforçar a segurança jurídica e, ao mesmo tempo, considerar a complexidade de casos concretos.

2.1 RELAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Aproximando ainda mais o tema do contexto brasileiro, a atual Constituição positiva a liberdade de expressão como direito fundamental, em seu artigo 5º, incisos IV e IX, além do artigo 220. Como se lê a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

VI - 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; [...]

IX - **é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;** [...]

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

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

Sob essa perspectiva, pode-se entender que o direito à liberdade de expressão é um direito político e fundamental de primeira geração, o qual se funda na ideia da separação entre Estado e indivíduo.

Com isso, possui uma dupla função: a desobstrução dos canais de formação da vontade política, além do pleno desenvolvimento das liberdades individuais, conforme esclarece o professor José Adércio Leite Sampaio, em Direitos Fundamentais: retórica e historicidade:

Não resta dúvida, como assina Ely (1980:105 et seq.), da vital importância dessas liberdades para a desobstrução dos canais de formação da vontade política e de um articulado controle popular sobre o processo de escolha e de atuação de seus representantes do governo. Mas também não se pode esquecer de que são elas também indispensáveis para o pleno desenvolvimento das liberdades individuais. (SAMPAIO, 2004, p. 142)

Ocorre então, através de sociedade pluralista, uma concorrência entre os princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito, não sendo possível que ocorra uma hierarquização entre eles. Nas palavras de Marcelo Campos Galuppo:

A concorrência entre os princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito: não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque são, todos eles, igualmente valiosos para a auto-identificação de uma sociedade pluralista. É o conjunto deles, e não um ou outro, que revela quem somos e quem queremos ser. A concorrência dos princípios deriva do fato que nossa identidade é uma identidade pluralista. (GALUPPO, 1999, p.205).

Conclui-se que a essencialidade do direito à liberdade de expressão seja garantidora do Estado Democrático de Direito. Entretanto, devem ser considerados os

efeitos do discurso de ódio, apresentados a seguir sobre a perspectiva de Jeremy Waldron.

2.2 O EFEITO DO DISCURSO DO ÓDIO NA PERSPECTIVA DE JEREMY WALDRON

Para a compreensão do dano causado com o discurso do ódio é preciso compreender a perspectiva não tradicional de dignidade na visão de Waldron. A dignidade é responsável por assegurar os instrumentos possíveis para a segurança e *status* igualitário entre os cidadãos na sociedade.

No tocante à dignidade do indivíduo, o autor possui uma visão não kantiana, para ele é considerada a posição de igualdade com os outros cidadãos. Tal visão é acompanhada por uma intuição acerca do consenso sobre inviabilidade entre democracias liberais e paz social. Nas palavras de Medrado “um consenso sobre a inviabilidade de se compreender que as democracias liberais devem se responsabilizar em manter um ambiente sadio de mútuo respeito, contrário a certas formas perigosas de expressão.” (MEDRADO, 2019, p. 128).

Segundo Ana Fadel: “A dignidade possui uma característica objetiva, fundada em aspectos sociais da condição social do indivíduo em sociedade, enquanto que a ofensa se relaciona com aspectos subjetivos dos sentimentos dos indivíduos” (2017, p.56).

De modo mais claro em relação a dignidade, Fadel apud Waldron (2017, p. 56):

A dignidade não é uma *happy talk*, nem mesmo um princípio legal que deve ser legislado, mas sim, um valor que fundamenta o próprio argumento político. Um argumento sobre a reputação, o status social e os possíveis danos que podem ser causados pelo discurso de ódio (WALDRON, 2012, p. 136-139).

Na interpretação de Fadel (2017) em relação aos fundamentos de Waldron, ele relaciona à segurança, em seu aspecto visível e o *status* social do indivíduo perante a sociedade, com a sua dignidade, de modo que o reconhecimento das pessoas e do Estado é importante para garantir a dignidade.

Ressalta-se que o *status* social é compreendido em quatro formas: é fundado na ideia de categoria, e não de condição; sendo categórico não há distinção dos indivíduos perante o Direito; a dignidade é um *status*; o *status* é concedido indistintamente. (FADEL, 2017)

Waldron é contra a prevalência absoluta da liberdade de expressão, sob o argumento de que as minorias são dignas de respeito e reconhecimento e que o discurso de ódio pode afetar a dignidade de modo a tornar inviável a vida das minorias. Bem como o perigo de tornar impossível ou bastante difícil o exercício da cidadania por esses grupos, baseando seus fundamentos em dignidade, segurança e status. (MEDRADO, 2019).

Ele acredita que o discurso de ódio destrói o bem público, já que o discurso mina o reconhecimento das pessoas ou do grupo vulnerável, portanto, percebe-se a preocupação de Waldron em proteger a dignidade e a reputação das pessoas. Sendo necessário então limitar através de leis essa prática (FADEL, 2017).

O autor critica os argumentos de Mill; a seu ver, a teoria do mercado livre de ideias não é ideal para a discussão quanto ao discurso de ódio, a teoria considera a controvérsia como o ponto fundamento do debate e não a busca pela verdade ou consenso, tendo em vista que gera um efeito prejudicial acerca da dignidade e da segurança do grupo ou indivíduo minoritário, ao disseminar o discurso de ódio. A seu ver a teoria do mercado livre de ideias desconsidera o fato que o praticante do ódio não está engajado em debates sinceros e sim objetivam a degradação e a exclusão do grupo ou indivíduo que o discurso é dirigido, desse modo a reputação e o status são atingidos, minando a dignidade. (MEDRADO, 2019).

Esclarece Medrado aput Wandron (2019, p.136):

É claro que devemos poder nos manifestar a favor dos nossos compromissos mais fundamentais. Mas apresentá-los como proposições para vencer em um debate – em oposição às características estabelecidas do ambiente social ao qual estamos visivelmente e penetrantemente comprometidos – é exatamente o objetivo do discurso em questão. Sua mensagem implícita aos membros das minorias vulneráveis é algo assim: "Eu sei que você acha que você é nosso igual. Mas não tenha tanta certeza disso. A própria sociedade em que você está confiando para as suas oportunidades e sua igual dignidade não está totalmente voltada ao apoio dessas coisas, e nós vamos fazer crescer essa ambivalência a cada chance que tivermos. Então: pense nisso e tenha medo. O tempo para sua degradação e sua exclusão pela sociedade que atualmente o abriga está chegando rapidamente". (WALDRON, 2012, p. 95)

Em relação aos argumentos a favor da proteção do discurso de ódio, o autor também critica o posicionamento de Baker, que protege não o mercado de ideias e sim o espaço da liberdade individual, por meio do valor da autodeterminação e autorrealização individuais. Segundo Medrado: "Baker argumenta que, ao falar ou

discursar, as pessoas revelam a sua visão de mundo e também se revelam ao mundo” (MEDRADO, 2017, p. 119).

Waldron critica esses argumentos com base em dois aspectos mormente que o discurso de ódio impede o sentimento de segurança, sendo esse essencial para a dignidade individual, fundamenta que há uma distância instrumental entre a fala e as consequências, de modo a minar garantias necessárias para a segurança. Em segundo lugar, a autorrevelação é danosa aos bens sociais, impedindo a manutenção da dignidade. (MEDRADO, 2017)

O autor fundamenta seu posicionamento com base no direito à inclusão e na dignidade do indivíduo. Esse direito é responsável por garantir a segurança no espaço público para todos da sociedade, ou seja, nenhuma pessoa ou grupo pode ser excluído ou discriminado. Ou seja, paz social e discurso de ódio são antagônicos, portanto, quando a sociedade permite livremente o discurso de ódio, ela afasta paz e a inclusão social. (FADEL, 2017).

Sendo necessário, dessa forma, uma sociedade bem-ordenada, que se baseia nos princípios da justiça, igualdade e liberdade, garantindo aos indivíduos a posição igualitária, não permitindo discriminação ou humilhação. O autor também se baseia no princípio de respeito mútuo, sendo aplicado independentemente de qualquer situação real. Entretanto, quando se permite o discurso de ódio, não há uma sociedade bem-ordenada, tendo em vista que sua finalidade sempre será a exclusão. (FADEL, 2017).

Segundo a mesma autora (2017, p. 48-49):

Destarte, uma sociedade bem-ordenada, interessa-se pelo bem público da dignidade, o qual compartilha um aspecto coletivo de tolerância entre os cidadãos. Portanto, as leis que regulam o discurso de ódio não apenas asseguram que essa política de dignidade seja mantida, como também impede que um bem público rival, [...] construa-se socialmente. (FADEL, 2017, p.48-49)

Desse modo, é necessária uma legislação adequada sobre o tema, considerando-se a legislação o modo de proteger os aspectos elementares da dignidade cívica de modo a coibir a difamação de grupos, como ensina Medrado:

Para Waldron, existe uma ameaça inerente ao discurso de ódio que não se esgota na sua violência. É que discursos desse tipo resultam na desconsideração da dignidade, segurança e status de alguns membros da sociedade. (MEDRADO, 2019, p.133)

Ou seja, o discurso de ódio, além de violento, não permite que as minorias exerçam a cidadania, pois mina o ambiente de modo a prejudicar a segurança dos indivíduos e a noção de reconhecimento da sua dignidade por parte do restante da sociedade, sendo que tal reconhecimento é intrínseco à sua dignidade.

Considerando a sociedade não igualitária atual, é preciso proteção e garantias para a não exclusão das minorias, sendo então a legislação restritiva ao discurso de ódio necessária através do Direito Penal. Entretanto, na visão de Waldron, a legislação não é aquela que visa eliminar a ofensa e objetiva a reputação particular do indivíduo e sim visa eliminar o discurso que usurpa a dignidade dos membros da sociedade, de modo a garantir uma posição social igualitária. (FADEL, 2017)

No que tange à legislação de regulamentação, Waldron compreende que apenas a ofensividade não é fundamento para a regulamentação legal, já que a ofensividade é subjetiva e a dignidade não, ela é objetiva quanto ao status que a pessoa tem e como isso é visto socialmente. Não é que o autor desconsidera a ofensividade, e sim que a legislação não deve tutelar sobre ela, diferente da dignidade.

Medrado compactua da mesma visão, “o propósito da legislação de proteção contra o discurso do ódio é garantir o status ou *reputation* dos membros vulneráveis da sociedade” (2019, p.131).

Avulta-se seu argumento conforme explanado por Medrado apud Waldron (2019, p.132):

O que a legislação do discurso de ódio defende é a dignidade da igual cidadania para todos os membros de todos os grupos), e faz o que pode para impedir a difamação grupal quando a difamação grupal (dos membros de um grupo específico ameaça minar esse status em relação a toda uma classe de cidadãos. (WALDRON, 2012, p. 61)

Conclui-se que Waldron, ao defender a limitação ao discurso de ódio, objetiva a proteção da dignidade e da reputação nos espaços públicos, nas palavras de Fadel: “Portanto, uma conclusão que pode ser apreendida é de que a preocupação de Waldron (2012) é a de proteger a dignidade e a reputação das pessoas nos espaços públicos, [...]. Trata-se, portanto de uma questão visual.” (2017, p. 58)

Percebe-se que tal teoria apresenta argumentos quanto à limitação do discurso de ódio, entretanto deixa a desejar quanto a determinar e conceituar grupos e indivíduos vulneráveis e à explicação sobre a utilização do Direito Penal, que é

baseado no princípio da *última ratio*. Observa-se, a seguir, os fundamentos de Ronald Dworkin para a proteção ao discurso de ódio.

2.3 DWORKIN E A DEFESA DAS LIBERDADES

Em sua perspectiva, o importante filósofo do Direito Ronald Dworkin justifica o dispositivo da liberdade de expressão e a da liberdade de imprensa até para os discursos odiosos, por meio de duas categorias: da instrumentalidade e da proteção do autogoverno. Ressalta-se que ambas são utilizadas de modo coexistente.

Inicialmente, é preciso compreender a premissa de que a liberdade é o pressuposto necessário para a igualdade, tendo em vista que seu exercício é o ponto de partida e não o de chegada. Tendo em consideração que a liberdade de expressão vai além das funções de Mill, com o mercado de ideias e de Madison, que compreende a fundamentação da liberdade com base na consequência de um debate mais vigoroso. (MEDRADO, 2019)

Conforme Medrado explica:

É a exigência **moral** fundante das sociedades plurais contemporâneas de que todos possam participar e influenciar a política, e também, uns aos outros independentemente da garantia de que os seus pontos de vista virão a triunfar. **Daí que liberdade não é um valor contraposto à igualdade, mas o seu outro lado.** (MEDRADO, 2019, p.149, grifo nosso)

Avulta-se que essa premissa considera o modelo de democracia coparticipativa, sendo seu exercício impedido pela censura, nas palavras de Fadel (2017, p. 98):

Na realidade, o que o autor norte-americano compreende como igualdade é a igual consideração e participação de todos os indivíduos nesses espaços políticos. Ressalta-se, ainda, como esse argumento se relaciona com o modelo de uma democracia coparticipativa não pode ter como instrumento a censura, pois todos os indivíduos devem ser livres e igualmente considerados pelo Estado a fim de participarem da formação deste ambiente democrático. (FADEL, 2017, P.98)

Em relação às duas formas de justificativa, começando pela instrumentalidade, que tem importância consequencialista, ao considerar os efeitos benéficos para a sociedade e ao permitir que as pessoas discurssem sobre o que desejam. Já a proteção do autogoverno tem importância na construção social, já que a moral dos agentes

responsáveis pela construção é necessária. Dessa forma, conforme explanado por Ronald Dworkin, em seu livro *Freedom's Law*:

O primeiro trata a liberdade de expressão como instrumentalmente importante, isto é, não porque as pessoas tenham qualquer direito moral intrínseco de dizer o que desejam, mas porque ao permitir que façam isso bons efeitos serão produzidos para o resto de nós. (DWORKIN, 2005, p.199 e 200)¹

Novamente em relação à segunda justificativa, esta tem a sua importância não apenas como uma virtude das consequências, mas sim como uma característica essencial para a construção de uma sociedade politicamente justa. Como explica Dworkin:

O segundo tipo de justificativa da liberdade de expressão pressupõe que a liberdade de expressão é valiosa, não apenas em virtude das consequências que tem, mas porque é uma característica essencial e constitutiva de uma sociedade política justa, na qual o governo trate todos os seus membros adultos, exceto aqueles que são incompetentes como agentes morais responsáveis. (DWORKIN 2005, p. 200)²

A importância instrumental se demonstra, por exemplo, nos casos em que a política e o jornalismo descobrem erros e demonstram a verdade de forma mais clara e eficiente que os policiais. Segundo Fernandes: “a liberdade de expressão ajuda a proteger o poder de autogoverno do povo. Ou ainda, o governo tende a se tornar menos corrupto quando não tem o poder de punir aqueles que o criticam” (2018, p.54).

Entretanto, tal importância é frágil segundo Medrado em situações contra majoritárias, considerando sua limitação uma restrição ao próprio discurso político, de maneira oposta à justificativa por meio da importância da proteção do autogoverno. Tendo em vista que a responsabilidade moral exigida para ouvir e ponderar as diferentes opiniões sem interferência estatal, bem como sua consequência na construção social, justifica a proteção ao discurso de ódio.

¹ Texto original: For many people moral responsibility has another, more active, aspect as well: a responsibility not only to form convictions of one's own, but to express these to others, out of respect and concern for them, and out of a compelling desire that truth be known, justice served, and the good secured.

² Texto original: The second kind of justification of free speech supposes that freedom of speech is valuable, not just in virtue of the consequences it has, but because it is an essential and “constitutive” feature of a just political society that government treat all its adult members, except those who are incompetent as responsible moral agents.

Sob essa perspectiva, o Estado, ao proibir o discurso de ódio, com a justificativa do efeito silenciador ao alvo do discurso que, via de regra, é um grupo minoritário, atingiria a autonomia individual de quem fala, não permitindo que os cidadãos cumprissem sua exigência moral.

Segundo Medrado, o fato de o discurso de ódio ser afrontoso para todos ou para um indivíduo não é motivo para sua proibição, considerando bastante arbitrária essa forma de censura. Em suas palavras: "Isso significa que a igualdade inerente à liberdade de expressão não está no ponto de chegada, mas no ponto de partida." (MEDRADO, 2019, p. 149).

Ou seja, a liberdade de expressão é inerente à igualdade por meio da exigência moral que ocorre nas democracias modernas como modo de autogoverno e de participação política e, conseqüentemente, na construção da sociedade justa.

Diante do exposto, sustenta-se que a liberdade de expressão possui tanto uma importância instrumental, quanto uma importância constitutiva não excludente, considerando que a permissão em dizer o que se quer, ainda que se trate de um discurso odioso, pode produzir efeitos benéficos para a sociedade, protegendo o poder de autogoverno do povo.

Avulta-se sua importância, na visão dworkiana, já que, em uma sociedade política justa, o Estado não pode intervir ilegítimamente na esfera de liberdade do cidadão. Somente assim, consideram-se todos os cidadãos capazes e moralmente responsáveis. (MEDRADO, 2019)

Dworkin esclarece ainda que, para que o Estado trate as pessoas como moralmente responsáveis, essas devem tomar suas próprias decisões, caracterizando-se como autoras delas. Em contrapartida, quando o Estado nega a responsabilidade moral dos cidadãos, ele considera que os cidadãos não possuem qualidade moral para ouvir opiniões persuasivas.

Nesse sentido, explica Giuliano Fernandes:

[...] a liberdade de expressão tem uma importância instrumental, ou seja, não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade. [...] O segundo tipo de justificação da liberdade de expressão, de acordo com Dworkin (2006), pressupõe que ela é importante não só pelas consequências que tem, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos capazes como agentes morais responsáveis, sendo esse o traço essencial e constitutivo de uma sociedade política justa. (FERNANDES, 2018, p. 54)

Ressalta-se que o autor é incisivo quanto à intolerância para atos de violência, como atear fogo em alguém, apedrejar bens, tais atos não são representações da liberdade. O direito de fala, entretanto, deve ser garantido pelo Estado, sendo esse ilegítimo para negar a existência do direito à liberdade de expressão. A seu ver, não é preciso que o exercício dessa liberdade possua determinado objetivo para ser legítimo. A legitimidade se encontra no seu exercício. (FADEL, 2017)

Giuliano Fernandes aborda a crítica de Dworkin à teoria de Isaiah Berlin. Para Berlin, liberdade é conceituada pela ausência de interferência alheia, como explicado no primeiro capítulo.

Para Dworkin, no entanto, a liberdade se conceitua, Fernandes apud Dworkin (2018, p. 143):

Não é a liberdade de fazer aquilo que se quer; é a liberdade de fazer o que se quer na medida em que se respeitam os direitos morais, devidamente compreendidos, das outras pessoas. É a liberdade de usar os recursos legítimos ou negociar sua propriedade legítima da maneira que lhe aprouver (Dworkin, 2010, p.159-160)

Ou seja, a liberdade é interpretativa e parte da ideia da objetividade da moral, com base na coerência e autenticidade, estes regidos pelo princípio da integridade e da autenticidade

Conclui-se que devemos proteger até os discursos que odiamos, considerando que a sociedade plural preza pela responsabilidade moral do indivíduo, não sendo legítimo o Estado censurar o seu conteúdo. (FADEL, 2017)

De modo mais detalhado, nas palavras de Fernandes:

É importante deixar claro que Dworkin (2006) considera a liberdade de expressão o direito mais importante em uma democracia, é só a partir dela que poderemos viver verdadeiramente em um espaço em que diferentes concepções de mundo, embora sejam odiosas, podem ser respeitadas (2018, p. 59)

Interessante notar que, apesar dos argumentos apresentados por Waldron acerca da necessidade de legislação sobre o discurso de ódio, os argumentos apresentados por Ronald Dworkin abarcam a co-originalidade entre liberdade e igualdade para a proteção do discurso de ódio. Segundo Medrado, Waldron confirma que Dworkin fornece o argumento mais forte em defesa da liberdade, de modo a justificar as tendências do Supremo Tribunal Federal, para isso será analisado no

próximo capítulo a recente e de grande relevância nacional decisão acerca da suspensão da mídia “Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo”.

3 ESTUDO DO CASO CONCRETO: “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS: A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO”

A plataforma de *streaming* Netflix lançou em 3 de dezembro de 2019 a mídia “Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo”, produzida pela produtora de vídeo Porta dos Fundos. O curta apresenta os principais personagens bíblicos, como Cristo, Maria e os apóstolos, de modo humorístico e mundano. Na produção, por exemplo, Cristo é gay e mata pessoas, Maria é prostituta e os apóstolos são alcoólatras.

Diversas manifestações contra a mídia ocorreram, ganhando destaque a Ação Civil Pública proposta pela Associação Centro Dom Bosco de Fé e Cultura, contra o produtor e contra a plataforma, com o objetivo de coibir a veiculação da referida produção.

Em primeira instância, o pedido foi negado. Entretanto, em 7 de janeiro de 2020, o Desembargador Benedicto Abicair, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, determinou a suspensão da mídia. Ocorre que, em 9 de janeiro do mesmo ano, a decisão foi suspensa por deferimento da medida cautelar do Ministro Dias Toffoli, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) em sistema de plantão, tendo em vista que foi distribuída ao ministro Gilmar Mendes, que dispõe na Reclamação nº 38.782: “Ante o exposto, entendo que os atos reclamados ofendem o entendimento desta Corte consubstanciado na ADPF 130 e na ADI 2.404, e voto pela integral confirmação da decisão monocrática, julgando procedente a presente reclamação.” (BRASIL, 2020)

Apresenta-se a seguir, de forma sucinta, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.404, antes de adentrar-se à análise dos fundamentos utilizados no voto do Ministro Gilmar Mendes.

A ADPF nº 130 declarou como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei Federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Tal lei regulamentava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação durante a Ditadura Militar, que, por exemplo, sujeitava à censura prévia todos os espetáculos e diversões públicas, conforme Art. 1º, § 2º.

A ADPF nº 130 consagrou que as garantias da liberdade plena da imprensa somente podem ser integralmente preservadas se forem entendidas como proibitivas

de censura prévia. Bem como esclarece a relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia, considerando a liberdade de imprensa como patrimônio imaterial e como uma precondição para o exercício de outros direitos. Sendo assim, o caráter sócio-histórico que a ementa produz para a atualidade, uma vez que a imprensa era um alvo corriqueiramente atacado pelos órgãos da Ditadura Militar, representa um avanço inexorável para o exercício pleno da liberdade de informação jornalística, importante para o fortalecimento da recente democracia. Conforme dispõe sua Ementa:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA **COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. [...]. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados.** (grifo nosso)

Já em relação à decisão proferida na ADI nº 2.404, declarou-se inconstitucional a expressão “em horário diverso do autorizado” contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90, considerando que não existe horário autorizado pelo Estado e sim recomendado conforme a faixa etária e o horário. Ressalta-se que permaneceu o dever das emissoras de rádio e de televisão de exibir ao público o aviso de classificação etária, antes e no decorrer da veiculação do conteúdo, com o intuito de auxiliar os responsáveis por crianças e adolescentes acerca do conteúdo apresentado. A seguir, reproduz-se trecho da ementa da referida ação:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Classificação indicativa. [...] É o sistema de classificação indicativa esse ponto de equilíbrio tênue, e ao mesmo tempo tenso, adotado pela Carta da República para compatibilizar esses dois axiomas, velando pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão. 2. A classificação dos produtos audiovisuais busca esclarecer, informar, indicar aos pais a existência de conteúdo inadequado para as crianças e os adolescentes. **O exercício da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação**

estatal prévia. [...] Não há horário autorizado, mas horário recomendado. 3. Permanece o dever das emissoras de rádio e de televisão de exibir ao público o aviso de classificação etária, antes e no decorrer da veiculação do conteúdo, regra essa prevista no parágrafo único do art. 76 do ECA[...]5. Ação direta julgada procedente, com a declaração de inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado” contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90.

O ministro relator utilizou, além dos fundamentos da ADPF nº 130 e da ADI nº 2.404, os argumentos apresentados no Habeas Corpus (HC) nº 83.996, na ADI nº 4451 e os fundamentos constitucionais em seu voto, como será analisado nos tópicos a seguir.

3.1 ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO RELATOR

Em análise dos argumentos apresentados pelo relator em seu voto, o mesmo esclareceu que a ADPF nº 130 disciplina o art. 220 da Constituição Federal, que rechaça a intervenção do Estado em definir previamente o que pode ou não ser veiculado. No tocante à inserção de advertência do conteúdo, esta caracteriza uma afronta à ADI nº 2.404.

O ministro destaca o voto-vista do julgamento do HC nº 83.996, acerca de uma peça teatral com simulação de masturbação e exibição de nádegas que, ao final, o público em sua maioria vaiou, concluindo que o conceito de obsceno e imoral é temporal e que a ação não se enquadra no tipo penal, bem como a reação do público enfatiza a capacidade crítica em uma sociedade plural e democrática.

Destaca-se, ainda, a ADI nº 4451, cujo relator foi o Ministro Alexandre de Moraes, que declarou inconstitucional os incisos do artigo 45 da Lei das Eleições que impedia programas de humor de envolverem os candidatos, partidos e coligações, com base no argumento de que a liberdade de expressão é intrínseca à existência da democracia e necessária à participação política. Fundamentou o relator que o direito à liberdade de expressão não é apenas para opiniões supostamente verdadeiras e admiráveis. Nas palavras de Alexandre de Moraes (apud Gilmar Mendes):

O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. (BRASIL, 2020, p.6)

Após os destaques, o relator salientou a perspectiva constitucional de proteção à forma do credo e que indiferença estatal e neutralidade não se confundem, ou seja, a laicidade estatal não é ser antirreligioso, de modo que eventuais abusos deveriam sofrer intervenção do Poder Judiciário, para ponderar os limites entre liberdade de expressão artística e liberdade religiosa.

Acerca da liberdade religiosa, considerando sua natureza de direito fundamental, ela abrange tanto direitos subjetivos, quantos elementos constitucionais objetivos e que o Estado Democrático de Direito tem como os direitos fundamentais, nas palavras do ministro:

Anoto que a liberdade religiosa, por sua natureza de direito fundamental, abrange, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face do Estado ou de particulares. [...] Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, **os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático.** (BRASIL, 2020, p. 19)

O Ministro Gilmar Mendes também apontou a importância religiosa na história brasileira com tamanha magnitude da fé cristã e grande influência do Cristianismo nas esferas da sociedade nacional. A liberdade religiosa, um direito fundamental, impõe ao Estado o dever de neutralidade, diferente de indiferença, e que no caso em questão não vislumbrou o favorecimento de alguma religião específica.

Argumentando que a prática religiosa é diretamente ligada à intimidade do ser humano, podendo levar a extremismos, o relator apontou para a grande complexidade dos limites da liberdade religiosa, realçando a importância de ser a liberdade de expressão fundamental ao Estado Democrático de Direito, considerando a livre circulação de ideias e a possibilidade do debate público. Desse modo, percebe-se então que, nesse ponto, foi adotado pelo ministro o argumento utilitarista de Mill, assim como apresentado no primeiro capítulo do presente trabalho.

Aduziu que a Corte possui jurisprudência consolidada sobre a relação da livre circulação de ideias e o Estado Democrático de Direito. Nas palavras do próprio Ministro:

Vê-se, dessarte, que esta Corte possui consolidada jurisprudência sobre a importância da livre circulação de ideias em um Estado

democrático; não deixando, porém, de atuar nas hipóteses em que se revela necessária a intervenção do Poder Judiciário, ante situações de evidente abuso da liberdade de expressão. (BRASIL, 2020, p. 29)

O conceito de arte ou de produção artística por ser amplo, contendo provocações e sátiras, possui fins políticos e religiosos. Sendo, portanto, necessária essa conceituação em eventual colisão de direitos. Em caso de excessos é preciso a clara diferenciação entre a intolerância e a crítica religiosa.

Infere-se, após todas essas considerações, que a mídia “Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira tentação de Cristo” não foi considerado um discurso odioso, pois não incita à violência, sendo apenas uma crítica a elementos do Cristianismo por meio da sátira humorística, questionável a sua qualidade. Aduziu, assim, o relator:

Ao analisar os presentes autos, concluo que a obra “Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo”, não incita violência contra grupos religiosos, mas constitui mera crítica, realizada por meio de sátira, a elementos caros ao Cristianismo. Por mais questionável que possa vir a ser a qualidade desta produção artística, não identifico em seu conteúdo fundamento que justifique qualquer tipo de ingerência estatal. (BRASIL, 2020, p. 29)

Argumentou-se ainda acerca da imposição de restrição ao acesso da mídia, tendo em vista que a Netflix é uma plataforma privada de *streaming*, que possui acesso restrito, voluntário e controlado pelo usuário. Elucidou o relator, por meio do parecer da Procuradoria Geral da República, que pressupõe que não cabe ao Estado a censura prévia e sim aos usuários o uso de sua liberdade de escolha de consumir ou não o referido produto cultural, e que a plataforma atende às exigências das normas de classificação indicativa.

O ministro argumentou também que a retirada da mídia pelo argumento que desagrada parte da população não é fundamento para a sociedade democrática e pluralista brasileira e que atos estatais que utilizam desse argumento inflamam o discurso de ódio e inviabilizam a convivência social harmônica, como se lê:

Reitero, nesse aspecto, a importância da liberdade de circulação de ideias e o fato de que deve ser assegurada à sociedade brasileira, na medida do possível, o livre debate sobre todas as temáticas, permitindo-se que cada indivíduo forme suas próprias convicções, a partir de informações que escolha obter. [...]. **Retirar de circulação material apenas porque seu conteúdo desagrada parcela da população, ainda que majoritária, não**

encontra fundamento em uma sociedade democrática e pluralista como a brasileira. (BRASIL, 2020, p.32)

Nesse ponto, percebe-se, mais uma vez, que o Ministro defende uma posição que encontra referências na teoria do mercado livre de ideias de John Mill, com base na importância democrática de que cada pessoa, através do livre debate e dinâmica que o mercado livre das ideias promove, consiga formar suas próprias convicções.

3.2 ANÁLISE SOBRE OS DEMAIS VOTOS

O ministro Edson Fachin foi vogal e acolheu o relatório do relator. Considerou que, a partir da construção de jurisprudência, a ação de reclamação possui duas finalidades diferentes, mormente a tutela da autoridade das decisões e da súmula da Corte e, secundariamente, a proteção do importante rol de competências constitucionalmente atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, e que o caso em tela pertence à segunda finalidade.

No tocante ao mérito, o Ministro Fachin reforça a não recepção da Lei de Imprensa, bem como a existência de uma prioridade, no sistema constitucional, da liberdade de expressão ante à concorrência de outros princípios constitucionais por meio da ADPF nº 130. Ressalta, ainda, que a posição preferencial não possui um caráter absoluto e sim superlativo, ou seja, protege o discurso de censura prévia, considerando que tal censura é um excesso à competência de regulamentação do Estado, porém não possui peso abstrato no momento de ponderação.

Traz à baila a consonância do argumento exposto anteriormente com a matéria constitucionais e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo em vista que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabelece a ponderação entre a liberdade de expressão e demais princípios concorrentes. O vogal também invoca a ADI nº 2.404 como delimitadora dos contornos de liberdade de programação.

Destacou o ministro:

Observa-se que as decisões vergastadas operam, a seu modo, um juízo de ponderação entre a liberdade de manifestação artística da reclamante e um conjunto de proteções concorrentes que alberga tanto a moralidade pública quanto a proibição ao ódio de natureza religiosa (expressões que encontramos no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos). (BRASIL, 2020, p.10)

Ao adentrar o caso concreto, o vogal observou as históricas decisões de ponderação entre a liberdade de manifestação artística e o conjunto de proteção concorrente que atinge a moralidade pública e a proibição ao discurso odioso de natureza religiosa. Bem como esclarece que juízo de ponderação deve ser sobre a dimensão normativa da concorrência de princípios jurídicos, em suas palavras:

Isso significa que o juízo de ponderação deve recair sobre a dimensão normativa da concorrência de princípios jurídicos, e não sobre uma apreciação da eticidade dominante, ou da cultura religiosa majoritária.(BRASIL, 2020, p.11).

Sendo assim, para a excepcionalidade do peso da liberdade de expressão seria necessária uma situação em que o direito à religião fosse gravemente cerceado. Com a análise da documentação acostada nos autos, ressaltou que a plataforma disponibilizou, de modo transparente, as informações acerca do conteúdo apresentado na mídia e que a obra é clara quanto ao seu teor satírico e que não aumenta os custos materiais e simbólicos da fé cristã, nem cerceia o direito à religião. Conclui, então, que o conteúdo não preenche os requisitos necessários para afastar a preferência da liberdade de expressão, votando no mesmo sentido do relator.

Na antecipação do voto, a Ministra Cármen Lúcia atentou-se a importantes pontos do voto vogal, mormente para a questão do cabimento que considerou que o afastamento realizado pelas decisões anteriores é uma interferência Estatal realizada pelo Judiciário. Secundariamente, posicionou-se constitucionalmente sobre a segurança da livre manifestação de expressão artísticas, com exceção nos casos em que a expressão seja impeditiva da expressão do outro. O outro ponto ressaltado pela Ministra foi a dicotomia entre a censura e a liberdade presente na democracia, em suas palavras: “Como canso de dizer, censura é mordaça; e mordaça não pode em uma democracia, porque é contra a liberdade. Simples assim, para mim.” (BRASIL, 2020, p. 54)

Em relação ao caso concreto, destacou que a mídia, por ser em plataforma de *streaming*, não está exposta nem ao menos em um espaço de publicidade ilimitada, de modo que o acesso é voluntário, não podendo o Estado impedir que as pessoas tenham esse acesso. Bem como que não há uma colisão entre liberdade de expressão e a liberdade religiosa, considerando que o conteúdo não compromete nem impede divulgação e exercício da crença.

Na antecipação ao voto do vogal Ministro Ricardo Lewandowski, este relacionou o momento histórico em relação à grande intolerância religiosa e política com a reclamação discutida, de modo que o Tribunal deve assegurar a liberdade de expressão em diversas dimensões.

Trouxe à baila a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com destaque ao art. 19, que garante a liberdade de opinião e de expressão, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos. Lewandowski votou a favor da plenitude da liberdade de expressão e a justificou em duas dimensões: a dimensão de natureza substantiva e a dimensão de natureza instrumental, as quais, respectivamente, garantem a liberdade de expressão por essa ser intrínseca à dignidade humana e, por meio do mercado de ideias, a liberdade de expressão é pressuposto de outros valores constitucionais, como se lê a seguir:

Em primeiro lugar, uma dimensão de natureza substantiva, porque não há dignidade humana possível sem a garantia da liberdade de expressão, na medida em que a realização individual pressupõe o intercâmbio de impressões e experiências a exigir, a toda evidência, a permanente proteção pelos órgãos do Estado. Em segundo lugar, a sua natureza instrumental, uma vez que a liberdade de expressão constitui pressuposto à realização de outros valores constitucionais por meio da exteriorização de convicções ideológicas - e uso uma expressão do Juiz Holmes da Suprema Corte americana - no mercado de ideias. (BRASIL, 2020, p.3)

Expressou também sua preocupação quanto ao dano causado em silenciar opiniões nas gerações atuais e futuras, considerando as perspectivas de Mill que as expressões corretas e incorretas possuem um papel na formação social. Em relação aos programas humorísticos, o Ministro esclarece que o direito à liberdade de imprensa não se restringe à busca pela verdade e pela informação, e sim que abarca a liberdade de pensamento, a crítica, a expressão artística, “de modo a garantir tanto a liberdade espiritual e de pensamento, quanto a sua manifestação expressa.” (BRASIL, 2020, p. 19).

Além disso, fez relação do caso reclamado à ADI nº 4.451, que garante e protege a liberdade de expressão para opiniões não compartilhadas pela maioria, que são consideradas duvidosas, exageradas ou condenáveis. Sendo assim, entende que as declarações errôneas também estão sob a garantia constitucional, votando então a favor do afastamento das restrições impostas sobre o conteúdo discutido.

Além disso, o ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, acolheu o relatório do relator e registrou a questão do cabimento da reclamação de modo a reconhecer

o meio como adequado para a questão demandada, mesmo com jurisprudência já pacificada do STF sobre o tema, como ADPF nº 130/DF e na ADI nº 2.404/DF. Ao adentrar ao mérito, posicionou-se considerando a suspensão da mídia como violação frontal as balizas normativas do entendimento firmado na ADPF 130/DF, de modo a julgar procedente a reclamação para cassar as decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Lewandowski utilizou dos seguintes argumentos: inicialmente, a garantia positivada pelo Art. 5º da Constituição, bem como o art. 19 da Declaração dos Direitos Humanos. No viés hermenêutico, não é autorizada nenhuma espécie de censura. Enunciou, assim, a essencialidade da liberdade para o regime democrático, de modo que a liberdade permite ao indivíduo o compartilhamento de críticas e opiniões que viabilizam o aperfeiçoamento da democracia.

Em relação aos programas humorísticos, posicionou-se de maneira similar à antecipação ao voto, ou seja, é assegurado ao programa a utilização de sátiras e críticas como formas de liberdade. Esclareceu que, pelo fato de a maioria da população brasileira ser cristã não é argumento para a suspensão da mídia, bem como que o conteúdo elementar humorístico é claramente ficcional para apresentar visões sobre os contextos religiosos.

O ministro declarou que a imposição do TJRJ quanto ao aviso anterior à obra que deveria ser incluído pela reclamante extrapola os limites constitucionais e é uma afronta ao julgamento da ADI 2.404/DF. Além de que abre precedente para intervenções estatais em descompasso com as liberdades fundamentais.

Conclui-se que a decisão do Supremo em manter a mídia disponível é correta e baseia-se em argumentos distintos da teoria dworkiana. Percebe-se com a análise de cada voto que a decisão reforça os precedentes já adotados pelo Supremo, demonstra que a teoria utilizada com frequência é a do mercado livre de ideias de Mill.

Teoria essa que defende a liberdade de expressão é necessária para cessar controvérsias, nas palavras de Medrado: “Mill acreditava que existe uma tendência natural de que determinas das opiniões se consolidem como verdades no debate público fazendo cessar a controvérsia a respeito de determinadas questões.” (2019, p.117) .

Enquanto a teoria defendia por Dworkin vai além da não limitação como busca da verdade, defendendo por meio da instrumentalidade e da proteção do autogoverno, com base na moral e autonomia das pessoas em sociedade plural. Ou seja, posiciona-

se de modo que o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão é ilimitado e protege o discurso independente de ser odioso.

Entretanto, percebe-se que a questão da moral do cidadão, trabalhada por Dworkin, é demonstrada em alguns momentos de maneira indireta na decisão. Como por exemplo na citação feita por Lewandowski:

O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral (e a própria capacidade) quando decreta que eles não têm qualidade para ouvir e proferir opiniões que possam persuadirlos de convicções perigosas ou desagradáveis. (BRASIL, 2020, p.15)

Nota-se, todavia, que a decisão desconsidera o discurso de ódio no caso em tela, justificando que os cristãos não são vulneráveis e que o discurso apenas é odioso se for direcionado ao grupo ou indivíduo vulnerável e defende que se direcionado ao grupo ou indivíduo vulnerável é necessária ação estatal.

Ou seja, apesar da liberação do conteúdo da mídia “Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo”, a decisão o STF posiciona-se de modo que o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão é limitado e não autoriza o discurso de ódio.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como estudo o direito à liberdade de expressão e à proteção ao discurso de ódio, considerando as perspectivas dos teóricos Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

De início, foram desenvolvidos os conceitos e as relações entre liberdade de expressão, discurso de ódio e Estado Democrático de Direito, que foram abordados à luz histórica, constitucional e teórica. Ressalta-se o papel fundamental da Primeira Emenda Americana para o estudo. Para isso, foram apresentados os fundamentos de Waldron, bem como foi explanada sua crítica a outras teorias, como a de Stuart Mill. Passando para os fundamentos do marco teórico Dworkin. Para tanto, foi elucidado seus argumentos e suas categorias: da instrumentalidade e da proteção do autogoverno, bem como a relação de existência mútua entre liberdade e igualdade.

No segundo capítulo foi estudado o caso concreto “Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo”; Levando tal caso em consideração, cada voto foi analisado, com esclarecimentos da ADPF 130 e ADI 2.404/DF. Nesse contexto, apresenta-se o diálogo com a decisão e os autores estudados no primeiro capítulo.

Desse modo, percebe-se que o STF defende a liberdade de expressão com base na teoria de John Mill, teoria que possui prevalência em detrimento das teorias de Waldron e Dworkin. Por meio da análise de cada voto percebe-se que o argumento para não censurar a mídia é a desconsideração do discurso de ódio, na visão dos Ministros, os cristãos não são vulneráveis, não sendo cabível o argumento de discurso de ódio para esse grupo.

Em outras palavras, com o estudo da teoria de Dworkin sobre a liberdade de expressão, percebe-se que tal decisão, apesar de fundamentada em Mill, utiliza em alguns momentos da questão moral defendida pelo marco teórico. Conclui-se que a decisão do Supremo é correta, porém baseia-se em argumentos que se demonstraram, no curso da leitura da decisão, externos aos recortes e ao marco teórico aplicados na presente pesquisa.

Sendo assim, acreditam-se que os objetivos gerais e específicos foram cumpridos. Em relação ao caso concreto escolhido, percebe-se que o mesmo esclarece acerca da liberdade de expressão sem adentrar de maneira profunda como gostaria ao discurso de ódio, entretanto o caso escolhido é recente, de grande repercussão nacional e seus fundamentos trazem de forma cruciais teorias, a

Constituição, a legislação internacional e teses já pacificadas pelo Supremo, de modo a engrandecer a pesquisa.

No tocante à hipótese, percebe-se que as escolhas teóricas direcionam e delimitam o resultado da pesquisa, enquanto o caso escolhido demonstra a realidade adota pelos tribunais. Desse modo, o trabalho deixou o desejo de um estudo mais profundo principalmente sobre o impacto da proteção ao discurso de ódio na sociedade plural e democrática atual, o qual se pretende realizar em estudos acadêmicos mais aprofundados, desenvolvidos no futuro pela autora do presente trabalho de conclusão de curso.

REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: Uma antologia de ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130**. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>
Acesso em 16 mai.2021.

BRASIL. Supremo tribunal Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade (ADI) 2.404**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13259339>
Acesso em 16 mai.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 38.782/RJ. Relator Ministro Gilmar Mendes, Diário de Justiça eletrônico. Brasília. 2020

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**, Cambridge: Harvard University Press, 1996. Why Must Speech be free?

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Portal Academia. Disponível em: https://www.academia.edu/14497451/A_Hermeneutica_Constitucional_e_os_desafios_postos aos_Direitos_Fundamentais> Acesso em: 12 mai.2021.

FADEL, Anna Laura Maneschy. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?**: uma análise das teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron à luz da herança do liberalismo de John Stuart Mill. 2017. 133 f. Dissertação– (Mestrado em Direito) – Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, Belém, 2017.

FERNANDES, Giuliano. **A Liberdade de expressão mesmo para os discursos que odiamos**: um estudo a partir do debate entre liberais e comunitários e a defesa da concepção dworkiana de objetividade do valor moral. 2018.Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

FISS, Owen. **A Ironia da liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANÇA. Declaração do Homem e do Cidadão (1789)

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito**: ensaio sobre o modo de sua aplicação. Revista de Informação Legislativa, v.36, n.143, p. 191-209, jul/set. 1999.

Disponível em :< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/514> > Acesso em: 12 Mai. 2021.

GUIMARÃES Juares; AMORIM Ana Paula. **A Corrupção da opinião pública: Uma defesa republicada da liberdade de expressão**, São Paulo: Editora Boitempo, 2013.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**. Fortaleza: Aracati, 2011.

MEDRADO, Vitor Amaral. **A Liberdade de expressão e a justiça brasileira**. São Paulo: Dialética, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Ricardo Quartim de (1999 apud José Afonso da Silva 1999, p. 123.) **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. Revista de Informação Legislativa. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014. Disponível em :< <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/507402>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

MILL, John Stuart. **A Liberdade**. São Paulo: Edições 70, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. 2007. - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

SILVA, Isabel Germano Rodrigues; SILVA, Josiane da Costa: **Liberdade de expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável?**. VirtuaJus – Revista de Direito. Faculdade Mineira de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil. v.3 n.5 (2018). Disponível em:<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/19519>>. Acesso em: 12 mai 2021.

SOARES, Glaucio Ary Dillon . **Censura durante o regime autoritário**. Portal das Ciências Sociais Brasileiras (ANPOCS). Disponível em :<http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/10/rbcs10_02.pdf>. Acesso em:12 mai.2021.

TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. **Liberdade de expressão e hate speeches: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger**. Revista Brasileira de Direito. V 9, n.2 (2013). Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/461>>. Acesso em: 12/05/2021.