

LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM TEMPOS DE INTOLERÂNCIA*

FREEDOM OF EXPRESSION IN TIMES OF INTOLERANCE

Álvaro Ricardo de Souza Cruz**

Clarissa Aguilar Magalhães***

Sophia Galbas Rezende****

RESUMO: A liberdade de expressão é um direito fundamental presente na Constituição de 1988 e funciona como um princípio fundamental para a democracia. Corolária do direito fundamental à liberdade, possui uma grande extensão quanto ao seu significado, sendo elemento base para outros diversos direitos e garantias, como o direito à informação, a liberdade de imprensa. No entanto, a liberdade de expressão pode sofrer algumas limitações, torna-se importante discriminar de modo mais sistemático tal limitação. Não se busca no presente trabalho o esgotamento do tema, mas sim a demonstração de sua grandeza e amplitude por meio de uma seleta bibliografia sobre o tema, como pesquisas, obras acadêmicas de variados tipos desde livros à outros artigos científicos, notícias e reportagens e paralelos do direito brasileiro por meio do direito comparado com precedentes americanos, alemães e espanhóis. Assim percebe-se que a liberdade de expressão está amalgamada a qualquer democracia e sem seus fundamentos, não é possível ter um Estado Democrático de Direito no mundo contemporâneo.

Palavras chave: Liberdade de expressão, conceito, espécies, limites.

* Artigo recebido em: 14.09.2017

Artigo aceito em: 21.12.2017

** Graduado em Ciências Econômicas na Puc e Direito na UFMG. Mestrado em Direito Público. Doutorado em Direito Constitucional. Pós doutorado em História. Exerceu a Chefia, a PRDC e a Coordenação de diversas Câmaras no MPF. Autor de mais de uma dezena de livros jurídicos. Professor Adjunto III na Puc/MG, lecionando na graduação, mestrado e doutorado. <http://lattes.cnpq.br/1140151449892429>. E-mail: alvaro.sc@terra.com.br.

*** Estudante de Direito do 10º Período na Faculdade de Direito Milton Campos. Membro Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Práticas Internacionais Moout Courts no segundo semestre de 2017. Pesquisadora na Iniciação Científica Voluntária da FDMC nas áreas de Direito Internacional e Ambiental desde o segundo semestre de 2016 até janeiro de 2018. Estagiária na Câmara de Mediação de Conflitos Socioambientais da FDMC desde o primeiro semestre de 2017 até dezembro de 2017. E-mail: clarissa.aguilar@hotmail.com.

**** Estudante de Direito do 5º Período na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Monitora da disciplina Teoria da Constituição no segundo semestre de 2017 e no primeiro semestre de 2018. Estagiária na Curadoria Especial da Defensoria Pública de Minas Gerais entre junho de 2017 e setembro de 2017. E-mail: sophia_galbas@hotmail.com.



ABSTRACT: Freedom of speech is a fundamental right that is in the Constitution of the Federative Republic of Brazil and works as a fundamental principle of democracy. It comes from the fundamental right to freedom, and it has great extension among its significance,

being a fundamental element to other rights and guarantees, as the right to be correctly informed and the freedom of the press. However, freedom of speech can suffer some limitations and it becomes important to discriminate in a more systematic way those kinds of limits to the freedom of speech. It is not a goal, in this piece of work, to exhaust the theme, but the goal is to show how extensive the theme of free speech is, through an extensive bibliography, research and parallels between the Brazilian law and American, German or Spanish law. Freedom of speech is linked and combined with any democracy around the world and, this work shows that it is impossible to have a state based in justice, democracy and law without it.

Key words: Freedom of Speech, types, limits.

INTRODUÇÃO

O crescimento exponencial e vertiginoso das mídias e dos meios de comunicação social impõem uma certa reciclagem ao conceito, até então vigente, de liberdade de expressão. No mundo contemporâneo, as informações são difíceis de controlar já que devido a essas mídias e à globalização, uma rede de comunicações composta por um fluxo intenso e possível (parcialmente) de ser acompanhado em “tempo real” se formou ao redor do globo, e que é composta por notícias e informes sobre os mais diversos lugares e situações. Essa revolução no campo da informação requer filtro e crítica, já que sua acessibilidade e facilidade de manuseio pode ser deturpada para divulgação de notícias falsas, boatos e opiniões, falácias baseadas em informações superficiais. Algumas mídias utilizam desse mecanismo para modelarem arbitrariamente a opinião pública sobre um determinado assunto, gerando o moderno fenômeno conhecido como *Post Truth* (Pós-verdade). Pessoas estão cada vez mais interessadas em estarem certas do que corretas e assim acabam sendo vítimas de um sistema malicioso que traz como consequência o surgimento de radicalismos e extremismos ideológicos, principalmente em tempos de crise econômica.

No presente texto faz-se uma reflexão acerca da liberdade de expressão, suas formas e em como influencia, tanto como a tolerância quanto a intolerância. Ficará claro que o conhecimento pode ser disseminado por diversas formas de expressão, tanto verbais como não-verbais, discursivas e não-discursivas, sonoras e não-sonoras. O texto vai também procurar debater sobre os limites acerca do que pode ser expresso, de como e sobre quem essas noções podem ser exteriorizadas são constantemente discutidos. Nesse sentido, ficará latente que alguns limites estão positivados, distintamente, em países diferentes. Metodologicamente nessa análise desse direito



será examinada a partir de súmulas e precedentes relacionados aos limites da liberdade de expressão e aos limites dos limites dessa liberdade de expressão nas Cortes Constitucionais de cada país.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CONCEITO

Liberdade e responsabilidade são eixos fundamentais das condições de “ser humano”. Perceber as consequências de uma ação compõem todas discussões sobre Moral e Direito.

O ato de se expressar gerar, consequências positivas ou negativas, dependendo do conteúdo da informação ou na opinião exposta. Assim como é de direito de todos a liberdade de expressão, também o é o dever para com as responsabilidades derivadas de tais atos.

O ditado popular “minha liberdade termina quando começa a do outro” implica que todo aquele, que vive em sociedade, deve ater-se aos limites estipulados por esta, para não violar os direitos fundamentais do outro. Tendo em vista que cada indivíduo pensa, age e se expressa de diferentes formas, a finalidade do limite é buscar um equilíbrio na convivência em uma comunidade. E, em virtude da complexidade das sociedades contemporâneas, torna-se imprescindível respeitar o coletivo, bem como a individualidade de cada um.

Como é largamente sabido, todos os direitos fundamentais não são absolutos e sua relativização deve ser apreendida como um limite normativo explícito ou implicitamente quando de sua aplicação. Nesse sentido, posiciona-se Guillaume Lécuyer¹

La définition du contenu de la liberté d'expression permet de déterminer les limites qui lui sont apportée. Cela importe doublement. D'un point de vue scientifique, la définition détermine les éléments sur lesquels doit s'appuyer la réflexion portant sur les limites apportées à cette liberté par les règles de responsabilité. En outre, d'un point de vue positif, dans l'hypothèse d'une protection de la fundamentalité, elle devrait préciser l'entendue de son rayonnement. [...] S'exprimer consiste à envoyer au monde extérieur un message quelconque, peu importe sa qualité ou son importance. L'objet de la liberté d'expression est donc un contenu immatériel, porteur de sens, dont l'information ou l'opinion ne sont que des variétés.²

¹ LÉCUYER, Guillaume. Liberté D'expression et Responsabilité. Vol. 56 Nouvelle Bibliothèque de Thèse. 2004. –Université Panthéon-Sorbonne (Paris I). Paris/França.

LOPES, Vera Maria e Oliveira Nusdeo. O Direito à Informação e as concessões de rádio e televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, P. 12-13.

² A definição do conteúdo da liberdade de expressão permite fixar os limites que lhes são inerentes. O que importa dois aspectos. De um ponto de vista científico, o conceito determina os elementos sobre os quais se apoia a reflexão trazida sobre os limites impostos a essa liberdade pelas regras da responsabilidade. De outro, de um ponto de vista positivo, no bojo da hipótese da proteção de sua fundamentabilidade, seria



Conforme lição de Isaiah Berlin na obra “Dois Conceitos de Liberdade”, a liberdade de expressão deriva da noção geral de liberdade. Ele segue a clássica linha adotada por Benjamin Constant, que a classifica entre a dos modernos (negativo) e a dos antigos (positivo).

A *liberdade dos modernos* é a capacidade de auto condução da vida pessoal sem risco de interferência do Estado. Logo, essa liberdade atua no âmbito da legalidade e assume a condição de liberdade “negativa”, ou seja, um espaço de ação no qual o Estado estaria proibido de interferir na vida privada. De um modo geral, as liberdades primárias, relativas à crença, contratual, de trabalho, ambulatorial se incluem aqui. Por outro lado, a chamada *liberdade dos antigos*, também conhecida por liberdade positiva, significa essencialmente a participação/contribuição do cidadão nas discussões públicas. De Aristóteles a Habermas essa liberdade é essencial para a configuração da ideia contemporânea de soberania política.

Ambas estão consagradas nos planos normativos, interno e internacional, como se pode verificar tanto na Constituição brasileira de 1988 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.³

2 FORMAS DE EXPRESSÃO

Na obra “Liberdade de Expressão e Discurso de ódio”, Samantha Ribeiro sustenta que a liberdade de expressão inclui tanto a exteriorização do pensamento, ideias, opinião, convicções, quanto as sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação. Qualquer informação implica em transferência de informação, envolvendo um emissor, um receptor, uma mensagem e os contextos previstos na sua emissão e na sua recepção.

Do exposto, deduz-se que há dois tipos de formas de expressão: não discursivas (não verbal) e as discursivas (verbal). Ambas são expressões de extrema relevância no desenvolvimento de uma sociedade, uma vez que os meios de comunicação permitem à população conseguir ter acesso a todo tipo de informação, tornando-se essencial na formação do senso crítico *lato sensu*.

preciso entender seu impacto [...] Expressar-se consiste em enviar ao mundo exterior uma mensagem qualquer, pouco importando sua qualidade ou conteúdo. Portanto, objeto da liberdade de expressão é um conteúdo imaterial, portador de sentido, cujas informações ou opiniões são das mais variadas formas. (Tradução livre)

³ Conforme artigo 5º, inciso IX, da Constituição da República Federal de 1988 e Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no seu artigo XIX: “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”.



3 FORMAS DE EXPRESSÃO NÃO DISCURSIVAS

A liberdade de expressão não discursiva se manifesta por qualquer modo de comunicação de pensamento, ideias, de informações e de expressões não sonoras. De um modo geral, estão incluídas as múltiplas formas de manifestação artística, dentre as quais, podendo ser por linguagem corporal, sonoras (sapateado) ou não sonoras, como a mímica, dança, música, teatro, charges/desenhos, pintura, escultura, entre outras, como “expressão não discursiva”.

De um modo geral, as comunicações não-verbais se processam por três suportes. O primeiro, pelo corpo, nas suas qualidades físicas, fisiológicas e principalmente nos seus movimentos, incluindo a expressão facial, o olhar, gestos e movimentos posturais, contato corporal, comportamento espacial, roupas, aspecto físico, dentre outros aspectos da aparência. Estes canais fazem parte de uma categorização denominada “os diferentes sinais corporais”. O segundo, no homem, ou seja, objetos associados ao corpo como os adornos, as roupas, ou mesmo as mutilações, marcas ou cicatrizes de tatuagens, de rituais ou não; neste suporte ainda podem ser relacionados os produtos da habilidade humana que podem servir à comunicação. Finalmente, o terceiro suporte se refere a dispersão dos indivíduos no espaço. E este espaço engloba desde o espaço físico, que cerca o corpo até o espaço que a ele se relacione, ao espaço territorial.

Knapp (1982), especialista neste campo das comunicações não-verbais, apresenta um esquema de classificação bem mais detalhado da conduta não-verbal. Esta classificação é dividida em sete áreas de acordo com a literatura ou com as investigações científicas. As áreas são: a) movimento corporal ou cinésica (emblemas, ilustradores, expressões de afeto, reguladores e adaptadores); b) características físicas; c) comportamentos táteis; d) paralinguagem (qualidades vocais e vocalização); e) proxêmica; f) artefatos e g) o meio ambiente.

A compreensão do direito de liberdade de expressão no campo não discursivo apresenta inúmeras facetas e matizes. Sua análise implica conhecer, de modo mais detalhado, algumas situações em que é aplicado. A primeira delas inclui o direito de não se expressar, de se calar, e de não informar. O direito ao silêncio é garantido ao réu pelo art. 5º, LXIII, da CF/88, que dispõe: “O preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. O princípio “*nemo tenetur se detegere*” significa que ninguém é obrigado a se auto incriminar ou produzir prova contra si mesmo. O Supremo Tribunal Federal fixou que o direito ao silêncio beneficiará aqueles que estão presos, e no ato da prisão devem ser informados do direito de permanecerem calados, e apenas se manifestarem com a presença de seu advogado.

Outro aspecto da expressão não-sonora se volta para a expressão física, como a dança e as variadas formas de expressões corporais, que são autorizadas,



REPATS

desde que não apresentem atos atentatórios ao pudor. A expressão corporal inclui a nudez. Contudo, praticá-la em público e sem a prévia advertência de sua realização pode caracterizar prática de crime de ato obsceno (artigo 233 do CPB). O conhecido caso “Gerald Thomas” relativizou a criminalização dessa conduta. Nesse precedente, esse conhecido produtor/diretor teatral foi denunciado por expor suas nádegas nuas e por simular ato de masturbação no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, diante de vaias estrepitosas do público. Contudo, tal conduta não mereceu tipificação, pois não foi considerado, pelo Supremo Tribunal Federal, como crime de “ato obsceno”. A decisão que deferiu o pedido de Habeas Corpus de Gerald Thomas (que foi acusado de praticar ato obsceno, previsto no artigo 233 do Código Penal Brasileiro) foi acirrada devido ao empate no julgamento, entretanto, foi concedido no dia 17/08/2004.⁴

Caso curioso de expressão não-verbal ocorre pela queima da bandeira nacional veicula uma mensagem de protesto. A queima da bandeira nacional veicula uma mensagem de protesto. No caso *Texas v Johnson*, 491 US 397:414, um militante político queimou a bandeira americana em protesto. A decisão favorável ao militante indignou o Partido Republicano que aprovou uma lei federal criminalizando essa conduta. Mais uma vez a Corte reafirmou sua posição no caso *United States vs Eichmann*, 496 US 310 (1990).

A Corte Constitucional Alemã adota postura idêntica à americana enquanto a Corte Espanhola não considerou lei que criminalizava como inconstitucional. Conforme Cordech⁵, na Espanha queimar bandeiras é tipificado pelo Código Penal vigente com pena de até 12 (doze) anos de prisão, mas há casos julgados pela Corte Constitucional Espanhola que desafiam essa lei. No caso *STC 63/1993*, relatado por Cordech⁶, um homem foi condenado à prisão, suspensão de cargos públicos e do direito de sufrágio (enquanto estivesse preso) em 1986, por queimar bandeiras espanholas durante uma manifestação em Santiago de Compostela em 1984. Ao recorrer à Corte Constitucional ele alegou que não havia provas suficientes de que tivesse queimado bandeiras. A Corte deferiu seu pedido e anulou a sentença anterior.

⁴ A votação do STF ficou dividida. O pedido foi julgado improcedente pelo ministro Carlos Velloso, relator, e a ministra Ellen Gracie, entretanto, os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello votaram a favor de Thomas, com fundamentação baseada no Regimento Interno do STF que determina no seu artigo 150 § 3º, que em casos de empate do julgamento de Habeas Corpus, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu. Gilmar Mendes diz que: “É difícil admitir, neste contexto, que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor do público. Um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada”. Também salientou que para o STF, a sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados em situações similares a esta. Já a ministra Ellen Gracie entendeu que a conduta do diretor foi “pouco edificante e esteticamente questionável” e, que ele demonstrou desprezo pela opinião do público. O ministro Celso de Mello questiona a configuração de ato obsceno e diz: “tenderia a reconhecer que foi muito mais uma expressão, ainda que grosseira, mas de sua própria liberdade de manifestação e reação às vaias”.

⁵ CORDECH, Pablo Salvador. *El Derecho de La Libertad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁶ Idem.



O Brasil incrimina a conduta pela Lei 5443/68, ainda do tempo da ditadura. Um golpe relacionado a este nacionalismo exacerbado, foi a extinção das bandeiras estaduais, incineradas em praça pública, em cerimônia simbólica, em frente à bandeira do Brasil.

Se a queima de bandeiras gera dúvidas quanto ao exercício de liberdade de expressão, incontroversas, contudo, são normas sobre vias de tráfego ou de proteção ao patrimônio ambiental ou turístico que limitavam publicidade visual, como outdoors, painéis eletrônicos, banners, dentre outros.⁷

A publicidade por meio de outdoors, banners, painéis eletrônicos e outros são consideradas uma poluição visual, pois causam transtornos à saúde mental da população que trafega naquele local.

A informação é de extrema relevância para as relações de consumo, pois o princípio da oferta e demanda depende da publicidade para lançar/reafirmar um produto no mercado e, que este seja procurado pelo consumidor, gerando o desenvolvimento econômico daquela região. Contudo, o uso destes meios de publicidade devem ser moderados e lícitos, para que não ocorra a poluição do meio ambiente e para que não prejudique a saúde da população.

A tecnologia trouxe benefícios e malefícios à sociedade. A veiculação de publicidade e de informações cresce exponencialmente. E, com essa expansão, o surgimento e proliferação de cyber crimes. A internet é, atualmente, um dos meios mais utilizados, para liberdade de expressão, devida a velocidade e complexidade na qual são disseminadas as informações ali postadas.

A veiculação pela mídia eletrônica de imagens obtidas ilicitamente tornou-se crime pela lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737/2012).⁸ Segundo Cláudio Godoy⁹, o

⁷ A definição do que é poluição está prevista no art. 3º, III, da Lei nº. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente/CONAMA). Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

⁸ Segundo o Jornal ESTADÃO Economia e Negócios:

(DINO - 27 jan., 2017) o Brasil ocupa lugar de destaque no cenário global de cyber crimes

. Em 2016, 42,4 milhões de brasileiros foram vítimas de crimes virtuais. Em comparação com 2015, houve um aumento de 10% no número de ataques digitais. Segundo dados da Norton, provedora global de soluções de segurança cibernética, o prejuízo total da prática para o país foi de US\$ 10,3 bilhões. Em maio de 2012, o Brasil acompanhou um dos casos mais emblemáticos de crime cibernético cometidos no país: o roubo e a divulgação de mais de 30 fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann. Hackers do interior de Minas Gerais e de São Paulo invadiram o e-mail da artista e a chantagearam, por meio de mensagens anônimas, pedindo R\$ 10 mil para apagar as imagens. O caso foi parar no Congresso Nacional: a Câmara dos Deputados aprovou e colocou em vigor a Lei nº 12.737, apelidada de Lei Carolina Dieckmann, que tipifica delitos cometidos em meios eletrônicos e na internet.

⁹ GODOY, Claudio. A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade. 2º Edição. Editora Atlas, São Paulo, 2008, p. 35.



direito de imagem trata-se de definição abrangente, que compreende não só os componentes físicos, mas também os morais, que constituem a imagem da pessoa. Godoy (2008, p. 38) diz que nossa carta declara invioláveis, além da honra e imagem das pessoas, a intimidade e a vida privada das pessoas. Isso consagrou esses direitos da personalidade, tutelando-os de forma expressa.

Via de regra, uma sociedade, que está imersa em redes sociais e faz o uso constante da internet para quaisquer atividades, seja profissional ou pessoal, deve tomar certos cuidados para adequar-se a essa nova geração. É de suma importância que, aqueles que fazem o uso deste meio de comunicação, devem ter a consciência dos riscos e, claro, precaver-se, na medida do possível, para não ser surpreendido e tornar-se mais uma vítima destes crimes.

De outra banda, a possibilidade de proibição de buzinas em frente a hospitais se sujeita ao exame da razoabilidade das leis do silêncio noturno, especialmente em áreas residenciais e estabelecimentos comerciais. *A priori*, a constitucionalidade da lei 8364/ 2006 afigura-se não problemática desde que normas municipais que não restrinjam demasiadamente o limite de sons mecânicos ou manuais.

Conforme o artigo 41 do Código de Trânsito Brasileiro, a utilização de buzinas somente são permitidas, quando em casos de riscos à segurança viária (evitar acidentes de trânsito) e, em áreas urbanas, para indicar uma manobra de ultrapassagem. A inobservância dessa norma geral configura infração, dentre as elencadas pelo artigo 227, cap. XV, do CTB. No inciso IV desse dispositivo está disposto que usar buzina em locais e horários proibidos pela sinalização é um ato infracional, locais estes, que estejam com a placa de regulamentação R-20, como, por exemplo, os hospitais. Resta evidente que um local onde pessoas estão sendo atendidas devido à problemas de saúde, qualquer tipo de poluição sonora poderá prejudicar esse processo de cura dos pacientes ali presentes.

Se questões relativas ao tráfego trazem poucas controvérsias, o mesmo não pode ser dito quando do exame da constitucionalidade sobre charges. De modo geral, a sua pilhéria não gera direito de resposta quando expõe a intimidade de pessoas públicas, exceto quando se torna ofensiva à honra, dignidade e especialmente à fé alheia. Nesse sentido, ressalta-se questões atinentes à crucificação de uma Travesti no dia do Orgulho Gay e a exposição de um conjunto de óstias, bem como a quebra de santos em frente ao “Papamóvel” podem ser reconhecidos como crime contra o sentimento religioso (Artigo 208 do Código Penal Brasileiro).

Por evidente que a figura da “cruz” é um ícone do cristianismo. Assim, quando uma travesti desfilou crucificada na parada do dia orgulho gay em São Paulo, enorme polêmica emergiu na mídia sobre os limites da liberdade de expressão. Políticos religiosos, particularmente de cunho evangélico/pentecostal, como Silas Malafaia e Marcos Feliciano, usaram o incidente como palanque/púlpito para condenar a comparação de cristo com a figura de uma travesti. Contudo, em casos vitais,



particularmente em um Estado Laico, qualquer pretensão violação à liberdade de crença religiosa precisa ser muito bem contextualizada. Logo, com uma noção de “crucificação” pode indubitavelmente assumir uma expressão metafórica/metonímica de atestação de um protesto contra violência cotidiana contra a população LGBT, entendemos desarrazoada a pretensão de que tal atitude possa ser avida como ilícita.

O mesmo, contudo, não se deu quando um indivíduo atirou ao chão uma estátua de gesso, que encarnava figura de um santo, poucos metros afrente do percurso do papa móvel. Em nosso ponto de vista, nessa situação incide o tipo previsto do artigo 208 do Código Penal, que criminaliza o ato de escarnecer de crença alheia por motivo de descrença religiosa.

Finalmente, é preciso analisar incidente ocorrido na exposição do “QUEERMUSEU” do banco Santander, no qual um baú de hóstias trazia inscrições pejorativas contendo palavras de baixo calão de conotação sexual em cada uma delas. Pois bem, em nossa opinião somente seria possível pensar-se em vilipêndio público de objeto de culto religioso, caso as referidas hóstias já tivessem sido consagradas em rituais sacros quando não, a hóstia não assumiria a transmutação a condição de “Corpo de Cristo” (pela fé cristã) e assim não poderia ser considerada objeto de culto religioso, seria o mesmo que escrever “palavrões” num pedaço de pão.

De modo geral, a doutrina brasileira assume a necessidade de uma “prudence balance” entre a liberdade de expressão e a inviolabilidade da liberdade de consciência religiosa. Desse modo, adeptos das chamadas teorias externas dos direitos fundamentais exigem a aplicação do princípio da proporcionalidade, pelas submáximas da adequação, necessidade e ponderação *stricto sensu* entre esses direitos fundamentais.

Polêmicas ligadas ao Charlie Hebdo em relação à fé Cristã e Muçulmana incendiaram a temática recentemente. Seguramente posições liberais e laicistas tenderam proteger tais manifestações no âmbito da liberdade de expressão, enquanto posições de fundo comunitarista tenderam a criminalizar (pelo menos reconhecerem o dano moral, ou fundamentais à liberdade religiosa). Nos EUA, pelo precedente *Falwell v. Hustler Magazine* – 485 US 46 (1988), a Suprema Corte Americana considerou lícita a charge grosseira envolvendo aberração sexual. Em sentido contrário, o Tribunal Constitucional alemão considerou caricaturista a charge que desenhou um agente político em posições bestiais (75, BverfGE, 369).

Nesse sentido, mais pertinente a colisão entre liberdade de expressão e a de crença religiosa eclodiu em pelo menos 3 situações, tais como as exposições artísticas do “QUEERMUSEU”, no museu Santander Cultural (Porto Alegre, cuja extensão foi além do baú de óstias, como ficará claro mais abaixo), a performance com o homem nu, no MAM (São Paulo) e a exposição dos quadros de Pedro Moraleida, no Palácio das Artes (Belo Horizonte). Foram realizados diversos manifestos contra a



censura das exposições supracitadas, com fundamentos na liberdade de expressão artística.

A mostra “QUEERMUSEU”, que contava com mais de 270 obras (coleções públicas e privadas), que exploravam a diversidade de expressão de gênero, acabou cancelada, no dia 10 de setembro de 2017. Protestos em redes sociais e no próprio local, alegavam que a arte ali exposta era ofensiva a população e classificada como incentivo à zoofilia, pedofilia, e, ainda, contra os bons costumes da sociedade brasileira. Por sua vez o Santander Cultural sustentou que a mostra valorizou a diversidade e investia em sua unidade de cultura no Sul do País, para que ela seja contemporânea, plural e criativa. Ainda existia uma possibilidade da mostra ser apresentada no Rio de Janeiro, entretanto, 30 dias após o cancelamento da mostra em Porto Alegre, o Museu de Arte do Rio (MAR) cancelou as negociações da compra da exposição.

A reação popular de cunho conservador trouxe uma nova reação em sentido contrário, especialmente por parte de seguimentos sociais ligados à produção artística. A acusação central foi a de que a nudez expostas nas obras expressavam pedofilia/zoofilia. A resposta foi simples: a zoofilia, de matiz religiosa ou de protesto, sempre compôs as expressões artísticas, desde a antiguidade. E, acrescentaram que a mostra em momento algum fazia apologia da pedofilia. Em nosso entender, um claro embate de visões de fundo político constitui o pano de fundo dessa questão: de um lado, comunitaristas de fundo conservador em termos morais e religiosos e, de outro lado, liberais igualitários.

De outro lado, no Museu de Arte Moderna (MAM), no Ibirapuera, zona sul de São Paulo, ocorreu a performance do artista fluminense Wagner Schwartz, na arte chamada “La Bête” (O Bicho) de Ligia Clark. Wagner se apresentou nu sobre um tatame, manipulando um origami de papel, sugerindo uma interação com os visitantes ali presentes. Esta liberdade de interação entre o artista e os visitantes fez com que algumas pessoas o tocassem (abraços, toques singelos com as mãos, apertos), outras o mudavam de posição (simulando dobraduras de origamis), outras apenas o fotografaram ou filmaram. Em um determinado momento da exposição, uma mãe levou sua filha, ainda muito pequena, para ver a performance de perto.

Segundo vídeos divulgados (fontes desconhecidas) a criança engatinhava no tatame e demonstrava curiosidade ao ver uma mulher adulta tocar os pés do artista. Esta mulher, supostamente a mãe do menor, convidou a criança a tocar no artista. A menina toca rapidamente seus pés, sorrindo, e voltou rapidamente debaixo dos olhares do público.

Segundo nota divulgada pelo MAM, a sala estava “devidamente sinalizada sobre o teor da apresentação, incluindo a nudez artística”. Sustentam também que a exposição não tinha O museu divulgou uma nota dizendo que não tem



a menor intenção de cancelar a amostra ou a performance, visto que a arte, ali apresentada, estaria totalmente adequada ao contexto.

O terceiro incidente ocorreu na exposição “Faça Você Mesmo Sua Capela Sistina” do artista Pedro Moraleida, realizada no Palácio das Artes, em Belo Horizonte, que foi alvo de vários protestos envolvendo políticos e cidadãos sob o fundamento de incentivo à zoofilia, pedofilia, pornografia, drogas e homossexualismo. As manifestações foram feitas de várias formas, de vídeos, fotos viralizadas na internet até o fechamento da Avenida Afonso Pena em frente ao Palácio das Artes, quase todas lideradas por políticos ligados à Igreja Evangélica.

Dentre os manifestantes estava o vereador Jair Di Gregório, que postou em sua rede social um vídeo recriminando e acusando as obras expostas no local, com frases como: *“Estou aqui fazendo o meu papel para a família brasileira [...] essa mostra não tem nada a ver com a família mineira [...] isso não é arte, é uma aberração [...] eu fui eleito para proteger o povo de Belo Horizonte, pois isso aqui não é arte, vocês estão doidos [...] vou denunciar para o Ministério Público, vou pra cima do Kalil [...]”*, referindo-se a Alexandre Kalil, atual prefeito de Belo Horizonte.

Diante destas acusações, o secretário municipal da cultura, Juca Ferreira, ajuizou uma ação contra o vereador e o juiz da 4ª Vara Cível de Belo Horizonte, que, determinou a retirada do vídeo da rede social. De acordo com a decisão, o parlamentar está sujeito ao pagamento de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) dia, caso não venha a cumprir a determinação judicial.

Diante dos fatos supracitados, a problemática colocada pelas manifestações relaciona liberdade de expressão artística, “bons costumes” e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Logo, em nosso sentir, exposições de matizes que tais não merecem proibição ou censura. É preciso ter em mente que arte não se materializa tão somente pela “evocação ao belo”. Arte implica, também, ruptura e quebra de padrões estéticos e paradigmas sociais. Por vezes, seu papel é o de denunciar e, por conseguinte, de chocar. Assim, pleitear padrões universais de estética não faz qualquer sentido, pois tal pretensão implicará compreender uma expressão claramente doxática de modo racional/ epistêmico. Superpor o código estético (gostar/ não gostar) ao código jurídico (lícito/ ilícito) soa algo claramente totalitário por parte dos manifestantes.

Como a liberdade de expressão não é um direito absoluto, dentre seus condicionamentos sobreleva o princípio do “melhor interesse da criança”, deduzível tanto no texto constitucional, quanto do Estatuto da Criança e do Adolescente. Desse modo, é razoável admitir que exposições com esse tipo de teor mereçam receber a indicação de faixa etária, de modo a preservar seres humanos ainda em formação.¹⁰

¹⁰ “A liberdade de pensamento, de opinião, de sentimentos e sensações se exterioriza por meio da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. São formas capazes de difundir o pensamento. Assegura-



Nesse sentido, a Portaria 1.100 de 2006 do Ministério de Justiça estabelece que, cabe aos pais, no exercício do poder familiar, se responsabilizarem e protegerem o menor e estabelece ainda que cenas de nudez, sexo e drogas tornam o local impróprio para o menor e que cabe ao Estado e ao envolvidos do evento fixarem a classificação devida e fiscalizarem a entrada de todos.¹¹

Todas as exposições supracitadas fizeram, na entrada, a classificação etária adequada para seus visitantes. Além disso, os eventos não eram abertos ao público em geral e nem tampouco ocorriam em espaços públicos. Tudo isso, nos leva a conclusão de que não houve dolo que pudesse caracterizar ilícito penal, mas apenas o pleno exercício da liberdade de expressão.

Outro caso limite para o conceito de arte e também para o da configuração de sua ilicitude está a discussão sobre “Grafite e Pichação”, que foi e ainda é motivo de grandes manifestações nas diversas cidades e capitais do Brasil. A cidade de São Paulo é considerada a capital referência da arte de rua. Entretanto, boa parte da população, não somente em São Paulo, enxerga esta arte como mero ato de vandalismo e poluição visual.

Primeiramente, o conceito de Grafite se difere da Pichação. Grafite é uma forma de manifestação artística em espaços públicos, considerada uma das artes mais democráticas e acessíveis. Em regra, são desenhos feitos em muros expressando opiniões, sentimentos, etc. Seu surgimento foi basicamente na década de 1970 na cidade de Nova Iorque. Desde então, vem ganhando força no mundo, inclusive no Brasil. O Grafite está ligado diretamente à vários movimentos, como, por exemplo, o hip hop, a cultura *black*, dentre outros.

De outro lado a pichação é caracterizada pelo ato de escrever em muros, edifícios, monumentos, vias públicas. Em regra, é uma expressão que faz referência a

se o direito de o indivíduo desenvolver todas as suas potencialidades, sejam elas intelectuais, artísticas ou científicas. A liberdade de expressão, de ideias ou opiniões não envolvem apenas o uso de palavras, mas pode dar-se por meio de gestos, expressões corporais, mídias audiovisuais ou símbolos. A proteção à liberdade artística, por exemplo, implica proibição de o Estado vir a impor na atividade de criação os seus padrões estéticos. A Constituição de 1988 estabelece em seu artigo 5º, IX: [...] - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente, de censura ou licença.” (RIBEIRO, 2009)

¹¹ No seu Capítulo I: Do Dever de Exercer a Classificação Indicativa, o artigo 1º dispõe que: O processo de Classificação Indicativa, disciplinado nos termos desta Portaria, integra o sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente, composto por órgãos públicos e organizações da sociedade civil, destinado a promover, a defender e a controlar a efetivação do direito de acesso a diversões públicas adequadas à condição peculiar de desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Da Natureza, Finalidade e Alcance, artigo 2º dispõe que: A Classificação Indicativa possui natureza informativa e pedagógica, voltadas para a promoção dos interesses de crianças e adolescentes, devendo ser exercida de forma democrática, possibilitando que todos os destinatários da recomendação possam participar na condição de interessados do processo de Classificação Indicativa e, de modo objetivo, ensejando que a contradição de interesses e argumentos promovam a correção e o controle social dos atos praticados.



gangues de rua, ao crime, opiniões, ofensas, etc. Tanto o Grafite como a Pichação, são movimentos que refletem a realidade das ruas e por isso, são consideradas uma arte de rua. Entretanto, somente são permitidas quando há o consentimento do proprietário do local onde será feito a arte.

O legislador penal se esforçou em esclarecer e diferenciar essa expressão artística do puro vandalismo por meio da Lei 12.408/2011 que define o tratamento conferido ao grafite e à pichação. Até então, o artigo 65 da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), considerava crime tanto o ato de pichar quanto o de grafitar, descriminalizando esta última conduta, desde que sua prática ocorra com o consentimento do local da prática em se tratando de patrimônio privado e da autoridade competente quando público o local grafitado. Pessoalmente, não vemos razão alguma para não se dar idêntico tratamento à pichação. Assim, o respeito ao direito de propriedade se torna baliza para a licitude de ambas, grafite e pichação.

4 FORMAS DE EXPRESSÃO DISCURSIVAS

Manifestos, textos, poesias ou prosa, falados ou escrito em livros, filmes, letras de música são todos eles considerados formas de pensamento discursivo. Curiosamente, a liberdade de expressão é mais ampla no Brasil que nos EUA, particularmente para o réu/acusado, que tem protegido o seu direito de mentir para não se auto incriminar, enquanto nos Estados Unidos, essa conduta é prevista como crime de perjúrio.

Um limite evidente à liberdade de expressão e incontroverso na doutrina e jurisprudência, remete-se à mensagens que provocam noções de violenta quebra de ordem, como o clássico exemplo do sujeito que grita “Fogo!” ou “Arrastão!” produzindo falso alarme em meio à recintos abertos ou fechados, e no meio de multidões. A evidente periclitacão da vida e das pessoas impõe esse limite.

Pela mesma maneira outro limite discutido é o exercício de mensagens por meio de tortura psicológica. O *bullying* infantil tem sido legalmente confundido como um limite à liberdade de expressão, mas fere o direito de personalidade e o da intimidade de crianças e adolescente. O termo bullying foi proposto pelo pesquisador sueco Dan Olweus em 1999 após o Massacre de Columbine e significa basicamente que uma criança ou um adolescente esteja sendo vitimizado quando é exposto, repetidamente e por um tempo prolongado, a ações negativas por parte de um ou mais colegas.

O *bullying*, também, pode ferir o princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo o da alteridade, acarretando consequências inimagináveis às



vítimas.¹² Há jurisprudência condenando réus e escolas a pagarem indenizações por danos morais à alunos como é o caso no processo nº 1991721-04.2008.8.13.0024 julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Durante meses uma aluna do Colégio Santa Dorotéia sofreu bullying, esse praticado por um colega de sala.

Após diversas reuniões com a coordenação da escola e a consequente não obtenção de respostas satisfatórias, a aluna devidamente representada pelo genitor ajuizou uma ação de indenização por danos morais contra os pais do colega de sala, tendo em vista que o mesmo era menor na época e contra a própria escola. Os pais do aluno e a escola foram sentenciados a pagar uma indenização por danos morais para a aluna. Em segunda instância a sentença foi reafirmada, mas o valor da indenização foi diminuído de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para R\$ 6.000,00 (seis mil reais).¹³

A Pesquisa Nacional de Saúde Escolar feita pelo IBGE em 2015, mostrou resultados em que 21,5% dos alunos de escolas privadas e 19,5% dos alunos de escolas públicas afirmaram que praticaram bullying com seus colegas nos 30 dias anteriores à pesquisa. Já sobre as vítimas de *bullying* o percentual cai para 7,6% em escolas privadas e 6,5% em escolas públicas. Os principais motivos que aparecem entre

¹² Em outubro de 2017 um aluno de uma escola particular de Goiânia atirou contra seus colegas de sala. Ele alega que sofria bullying e por isso decidiu cometer o crime. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/1928712-atirador-invade-escola-particular-de-goiania-e-ataca-alunos-e-professores.shtml> Acesso em 21 de out de 2017.

¹³ APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PRÁTICA DE BULLYING - AMBIENTE ESCOLAR - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E CERCEAMENTO DE DEFESA - REJEITADAS - ART. 933 DO CPC - RESPONSABILIDADE DOS GENITORES DO MENOR - COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DO BULLYING - INDENIZAÇÃO DEVIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Não assiste razão aos apelantes ao atestar a incompetência absoluta do Juízo a quo, uma vez que a presente ação indenizatória, foi promovida pela autora (que, por ser menor, foi devidamente representada por seu genitor), em face do Colégio Santa Dorotéia e dos pais do menor, tendo em vista que o mesmo, à época da distribuição da ação, era inimputável, não havendo que se falar em competência da Justiça da Infância e da Juventude. Se o Juiz, ante as peculiaridades da espécie, se convence da possibilidade do julgamento da lide e, no estado em que o processo se encontra, profere sentença, desprezando a dilação probatória, não há que se falar em cerceamento de defesa ante a manifesta inutilidade ou o claro intuito protelatório da coleta de prova. A prática do bullying não é um fenômeno do mundo contemporâneo, mas sim algo existente há algumas décadas, sendo indubitável, no entanto, o crescimento das ocorrências relativas a tal prática nos últimos anos, e, conseqüentemente, de demandas judiciais requerendo indenização pelos danos sofridos pelas vítimas. Tenho que, especialmente pela imaturidade de crianças e adolescentes, é costumeiro o comportamento repressivo contra colegas em razão de sua classe social, de suas características físicas, da sua raça, e até mesmo, pelo seu rendimento escolar. Tratando-se de conduta praticada por menores, como é o caso dos presentes autos, os pais respondem pelo ato ilícito de seus filhos, conforme dispõem o art. 932, I e art. 933 do Código Civil. Na hipótese de indenização a título de danos morais, deve-se obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não havendo configuração de valor demasiadamente alto a ponto de se falar em enriquecimento ilícito, não deve haver redução deste sob o risco de tornar-se irrisório. V.v.: A fixação da quantia estipulada na r. sentença de R\$8.000,00 (oito mil reais), não traduz as diretrizes acima expostas, devendo, assim, ser reduzida para o montante de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), valor este que encontra-se em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=199172104.2008.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acesso em 15 de out. 2017



os que sofreram esse tipo de assédio estão a aparência do corpo (15.6%) e aparência do rosto (10,9 %).

Outro limite notável à liberdade de expressão encontra-se no nosso texto constitucional, qual seja, a vedação do anonimato. Pretende coibir *notitia criminis* falsa. Contudo, isso, não determina que seja repelida de plano a delação anônima. Atendido o princípio da razoabilidade, ela pede por parte da autoridade atuação redobrada na consideração de uma denúncia anônima. E nem poderia ser diferente. Os riscos de prestar informações sobre delitos praticados por Organizações Criminosas particularmente ligadas ao tráfico de drogas, são elevados. Logo, esse limite não impede situações tais como o “Disque Denúncia”.

Obviamente, “troles” informando acidentes ou crimes falsos para telefones de atendimento público de Corporações Policiais ou de Corpo de Bombeiros são ilícitos que merecem uma atuação maior da justiça na aplicação do Artigo 340 do Código Penal Brasileiro, pois implicam em comunicação falsa à Autoridade. Assim, resultando em um desperdício de esforço e dinheiro que, por vezes, impedem, que a Autoridade possa intervir em situações reais. Em reportagem feita pela Globo em 2008 na cidade de São Paulo calculou-se que aproximadamente 40% das ligações feitas ao SAMU eram falsas¹⁴ e no Boletim Legislativo nº 36 de 2015 do Senado Federal estima-se que os gastos com os acionamentos indevidos ultrapassam 1 (um) bilhão de reais.

O alto número de acionamentos indevidos aos telefones de emergência traz consequências inimagináveis ao serviço público, que já possui recursos escassos, havendo, assim, uma “seleção” de casos que devem ser atendidos ponderando a “urgência” dos mesmos. Ao denunciar um crime/ acidente ou uma situação mentirosa qualquer, o infrator acaba retirando recurso de quem realmente necessita. Além do Artigo 340 do Código Penal que prevê detenção de um a seis meses ou multa, foi sancionada no Estado de Minas Gerais em 23/12/2016 a Lei 22.452¹⁵ que propõe a incidência de uma infração administrativa pelo acionamento indevido de telefones de serviços de emergência. Além de sofrer uma sanção penal, o autor pode, então, sofrer uma sanção administrativa em que fica sujeito a pagar até 500 UFEMGS (Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais).¹⁶

5 SUJEITOS DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

¹⁴ ATÉ 40% DAS LIGAÇÕES A EMERGÊNCIAS DE SP SÃO TROTES. G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL3339165605,00ATE+DAS+LIGACOES+A+EMERGENCIAS+DE+SP+SAO+TROTES.html>

¹⁵ LEI DETERMINA MULTA PARA TROTES A SERVIÇOS DE EMERGÊNCIA. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. Disponível em https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2016/12/23_leis_sancionadas_trote_lampadas_economicas.html Acesso em 21 de out. 2017

¹⁶ Em valores atuais cada UFEMG vale 3,2514 reais.



Pessoas físicas ou jurídicas seguramente são sujeitas desse direito. Veículos de imprensa e de mídia se colocam particularmente nessa condição. Em Fisher (1985), o direito de se comunicar e a liberdade de expressão, que é corolária a esse direito, são deveres e responsabilidade de alguém que deve garantir e prover condições para que outras pessoas podem exercer esse direito.

Considerando esse direito como uma liberdade negativa, estaremos diante de um típico direito de obstrução do Estado, que não pode arrogar a si o poder de controlar quais mensagens e opiniões sejam válidas ou aceitáveis. Em nosso direito, a censura está vedada (Artigo 220 da Constituição Federal), seja de natureza política, ideológica e artística. Contudo, esse dispositivo não veda a possibilidade do Poder Público fixar indicativos de faixa etária para filmes e programas de televisão com base no Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Tampouco veda a atuação do CONAR (Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária) como selo de qualidade e de ética dos empreendimentos associados. O CONAR em parceria com a ESPM possui um Centro de Referência sobre Liberdade de Expressão criado em 2005 e são o primeiro acervo voltado exclusivamente para a liberdade de expressão no Brasil.

6 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Existem diversas teorias a respeito da limitação dos direitos fundamentais como a liberdade de expressão, mas as teorias que mais se destacam são as *teorias dos limites imanentes*, e aquela que usa como método a *ponderação de valores*, dependendo assim de uma correta interpretação das normas constitucionais. Tais teorias servirão de balizas para o exame que se servirá dos limites em espécie da liberdade de expressão.¹⁷

Por certo, a própria configuração do direito em si à liberdade de expressão já implica na análise de alguns limites. Contudo, torna-se importante discriminar de modo mais sistemático tal limitação. Nesse sentido, concorrem para tanto as diferentes formas de teorias internas e externas dos direitos fundamentais. Dentro das premissas sobressai a “Teoria dos direitos fundamentais” que de grosso modo

¹⁷ “É evidente que os direitos constitucionais são como reflexos, refletem uns nos outros, limitando-se mutuamente. A liberdade de imprensa, por exemplo, há que encontrar um limite na honra alheia, e assim em diante. Basta compreender e harmonizar as normas constitucionais. Não há dúvida, porém, que existe um limite intrínseco nos direitos fundamentais, mas sua existência só pode ser compreendida a luz da Constituição.” (Carvalho p.29)



preconiza que os limites a qualquer direito já estão previstos pelo discurso de fundamentação do legislador.

6.1 LIVRE CONCORRÊNCIA

A eficácia do exercício da liberdade de expressão está ligada em como é a difusão de informação de uma determinada sociedade. O sistema de concessão e exploração de radiodifusão no Brasil em Lopes¹⁸ é o sistema misto, em que as empresas privadas atuam subsidiariamente às empresas públicas na produção de conteúdo para a rádio e para a televisão. Essas empresas privadas estão sujeitas à controle público em diversos graus já que são concessionários do poder público. As concessões públicas antes apreciadas apenas pelo Executivo, passaram a ser apreciadas pelo Congresso Nacional com a Constituição de 1988¹⁹. De acordo com Lopes²⁰, há uma, então, democratização do controle das concessões públicas, já que os representantes do povo podem se manifestar acerca de quais empresas privadas podem explorar o sistema de rádio fusão brasileiro, assim acerca de como elas vão realizar tal exploração. A Organizações Globo, maior rede de comunicação social do país, por exemplo, é privada, mas depende de concessões públicas para sua atuação.

O Artigo 12 do Decreto-lei 236/67 dá limites à propriedade de empresas de radiodifusão no Brasil²¹, mas não são computados nesse limite as estações repetidoras

¹⁸ LOPES, Vera Maria e Oliveira Nusdeo. O Direito à Informação e as concessões de rádio e televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 1988. Artigo 49, XII: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão.”

²⁰ LOPES, Vera Maria e Oliveira Nusdeo. Op. cit.

²¹ Art 12. Cada entidade só poderá ter concessão ou permissão para executar serviço de radiodifusão, em todo o país, dentro dos seguintes limites:

I) Estações radiodifusoras de som:

a - Locais:

Ondas médias - 4

Frequência modulada - 6

b - Regionais:

Ondas médias - 3

Ondas tropicais - 3

sendo no máximo 2 por Estados

c - Nacionais:

Ondas médias - 2

Ondas curtas - 2

2) Estações radiodifusoras de som e imagem - 10 em todo território nacional, sendo no máximo 5 em VHF e 2 por Estado.

§ 1º - Cada estação de ondas curtas poderá, fora das limitações estabelecidas no artigo, utilizar uma ou várias frequências, que lhe tenham sido consignadas em leque.

§ 2º - Não serão computadas para os efeitos do presente artigo, as estações repetidoras e retransmissoras de televisão, pertencentes às estações geradoras.



NEPATS

e retransmissoras de televisão, que por sua vez, são reguladas pelo Decreto 81.600 de 1978. Já o artigo 220, § 5º da Constituição Federal²² veda que os meios de comunicação social possam ser controlados, diretamente ou indiretamente, por monopólio ou por oligopólio no Brasil.

A despeito desta proibição cerca de 6 (seis) famílias dominaram aproximadamente 70% dos meios de comunicação social no país, de acordo com o fundador do *Wikileaks*, Julian Assange. Entre elas a Família Marinho (Organizações Globo); Edir Macedo (Grupo Record), Família Civita (Grupo Abril); Sílvio Santos (Sistema Brasileiro de Televisão)²³. Já o relatório “O País dos Trinta Berlusconi” feito em 2012 pela organização internacional Repórteres Sem Fronteiras (RSF) mostra que praticamente 10 (dez) famílias ou grupos dominam os meios de comunicação social no Brasil.

O projeto “Os Donos da Mídia”, idealizado pelo falecido jornalista Daniel Herz em parceria com o Instituto de Estudos e Pesquisas em Comunicação, desenhava o mapa de controle da comunicação no Brasil. O projeto fechado em 2016, possui hoje apenas uma página no Facebook. Sua linha investigativa foi sucedida pelo projeto internacional *MOM (Media Ownership Monitor)* que atualmente está realizando uma pesquisa no Brasil investigando quem são os proprietários de mídias. O projeto já foi realizado em diversos países emergentes como Gana e Colômbia e terá seus resultados divulgados no final de 2017.

Caso as estatísticas realizadas por Assange e pelo RSF se confirmem no *MOM*, resta configurado no Brasil a falta da livre concorrência e um claro desrespeito ao Artigo 220 § 5º da Constituição Federal, podendo levar a um limite à liberdade de expressão e reduzindo uma possível pluralidade de opiniões e notícias. A formação de oligopólios na mídia brasileira não é apenas nos meios de rádio fusão, mas acontece também na imprensa e afeta diretamente a audiência. A Pesquisa Brasileira de Mídia de 2016 realizada pelo IBOPE mostra que em questão de audiência a Globo lidera com 56% dos entrevistados e somada ao SBT, a Record e à Band, possuem cerca de 82% de preferência dos espectadores. No mínimo curiosa a omissão do governo, particularmente do Conselho Administrativo Econômico (CADE), no combate à formação de oligopólios no setor de comunicações sociais.

6.2 DIREITO DE RESPOSTA E INDENIZAÇÃO CÍVEL POR DANO MORAL OU PATRIMONIAL

²²CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 1988. Artigo 220, § 5º: Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio

²³ SEIS FAMÍLIAS CONTROLAM 70% DA IMPRENSA NO BRASIL. BRASIL 247. Disponível em: <https://www.brasil247.com/pt/247/mundo/92535/Seis-fam%C3%ADlias-controlam-70-da-imprensa-no-Brasil.htm>. Acesso em 15 de out 2017.



O direito de resposta é uma reação ao uso indevido da mídia assumido a condição de desagravo do ofendido. Decorre diretamente do direito à intimidade, particularmente pela necessária proteção da imagem e da honra das pessoas. Ferrigolo (2005) destaca que a França foi o primeiro país a instituir o direito de resposta, por meio da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789²⁴ e, atualmente, ainda mantém muitas das suas características que estavam presentes no século XVIII. Ao contrário do Brasil, em que o direito a resposta possui *status* constitucional²⁵, na França, ele é regulado por leis de imprensa. Há países que ainda não reconhecem o direito a resposta, como Estados Unidos e Grã-Bretanha e parece ser raro os países que reconhecem o direito a resposta com proteção constitucional.

Observa-se que direito de resposta se agrega ao direito de reparação por danos morais e patrimoniais causados pelo abuso do exercício do direito de liberdade de expressão (Artigo 49 da lei 5250/ 67).

Nesse sentido, a Súmula nº 221 do Supremo Tribunal de Justiça estabelece que “são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de dano pela publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

Em 2005, o caso do apresentador João Kleber²⁶ que veiculava em seu programa “pegadinhas” consideradas ofensivas por muitos gerou polêmica. No mês de outubro o Ministério Público Federal (MPF), junto a outras 6 (seis) entidades da sociedade civil organizada, ajuizou uma Ação Civil Pública contra a RedeTV devido ao programa “Tarde Quente” apresentado por João Kleber. A ação pretendia que o programa parasse de ser veiculado e que fosse substituído por uma programação educativa e anti-discriminatória.

No dia 4 de novembro, porém, o curso de uma história que sempre privilegiou o poder político dos “donos da mídia” mudou: o parecer da juíza federal Rosana Ferri Vidor, da 2ª Vara Federal de São Paulo, foi favorável. (SOCIAL, 2007)

²⁴ DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO de 1789: Artigo 11. “A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode portanto falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados pela lei”.

²⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: Artigo 5º, V. É assegurado o direito a resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem.

²⁶ Apresentador de televisão nascido em 1957.



Durante 30 (trinta) dias úteis foram veiculados programas educativos relativos aos direitos humanos e produzidos pelas 6 (seis) entidades que ajuizaram a Ação Civil Pública. Assim se configurou a primeira vez em que o direito de resposta foi exercido em um meio de radiofusão brasileiro e segundo Social (2007), “caracterizando o direito de resposta daqueles que foram violados e desrespeitados.”

Outra questão atinente ao presente aspecto impõe limite de expressão ao jornalista empregado por um veículo de imprensa em razão da linha editorial da mesma. Contudo, esse limite pode ser rompido pela chamada *Claúsula de Consciência*, caso a empresa altere sua orientação editorial, impondo sua demissão pessoal, ou despedida arbitrária ou sem justa causa, em razão de violação de sua consciência ou valores morais. Essa liberdade intelectual do jornalista garante uma indenização cível na França desde o advento da lei de 29/03/1935.

Em sentido contrário, as empresas podem impor em contratos de trabalho *Clausúlas de Segredo Profissional*, impedindo que seus ex-funcionários possam se manifestar ou se valer de expertise, técnica ou informações obtidas durante a relação de emprego durante determinado período de tempo.

A súmula 281 do STJ determina que o dano moral não seja tarifado pela Lei de imprensa. Antes da Constituição de 1988, o dano moral era tarifado de diferentes maneiras por diferentes dispositivos e um deles era a Lei de Imprensa de 1967, que tarifava o dano moral cometido por jornalista ou imprensa. Segundo Cavalieri Filho (2012), com a Constituição de 1988 e a reforma do Código Civil em 2002, a indenização por danos morais começa a fazer parte do Direito Civil comum e não de leis especiais, assim a aplicação de privilégio ao veículo de imprensa seria contrária à Constituição que no artigo 5º, X²⁷, demonstra que a indenização por dano moral é igual para todos, assim, dependendo apenas de valoração e arbitramento pelo magistrado.

6.3 DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade, de acordo com José Afonso da Silva²⁸, consiste no direito de usar, gozar e dispor de seus bens, sem prejudicar o interesse social. A propriedade seria a correlação entre bens e titulares, mas sem caráter absoluto ou exclusivo como é visto pelo direito natural.

A liberdade de imprensa dá ao meio de comunicação o direito de publicar sem sofrer censura, o que seria um limite à liberdade de expressão, mas também dá o

²⁷ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: Artigo 5º, X. “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

²⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.



direito de limitar, delinear o que vai ser publicado, ou seja, a própria imprensa limita a liberdade de expressão, principalmente a de terceiros. Assim, a despeito de críticas de Cass Susstein e de Pablo Salvador Coderch, prevalece a ideia de que terceiros não possam impor unilateralmente ideias ou mensagens a serem publicadas em meios de comunicação social ou na imprensa.

Já sobre a função social do direito à propriedade, Salles e Oliveira²⁹, expõe que ela deve atender à liberdade de expressão, ou seja, ao ter-se uma propriedade e limitar a liberdade de expressão de terceiros, deve-se também ponderar até que limite a liberdade está sendo cerceada em razão de direito de propriedade ou se está ultrapassando um direito de propriedade e está se tornando um arbítrio. No caso do Brasil, que possui um oligopólio nos meios de comunicação torna-se perigoso deixar a liberdade de expressão dentro de sua propriedade a livre arbítrio do proprietário, eliminando pluralidades e massificando opiniões.³⁰

6.4 CRIMES CONTRA A HONRA E A VIDA PRIVADA

A liberdade de expressão e a liberdade de imprensa não dão imunidade à ameaça ou ofensa à intimidade alheia. Segundo Leão³¹ a liberdade de imprensa é uma espécie de liberdade de pensamento, que por sua vez é um pressuposto para a liberdade de expressão, consistindo no direito de externar e divulgar ideias, independentemente de censura prévia. A interferência do Estado na liberdade de imprensa apenas é justificável quando ela ultrapassa os limites de um legítimo exercício de direitos alheios, como ocorre no caso de crimes contra a honra³².

O respeito à intimidade, que é o fundamento para o direito de resposta e para indenizações cíveis, sustenta também a criminalização da calúnia, injúria e difamação, ou seja, dos Crimes Contra a Honra, presentes nos Artigos 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro.

Caso interessante ocorreu no dia 9 de novembro de 2016, quando deputado estadual Cabo Júlio (PMDB-MG) foi a plenário na Assembleia Legislativa e se

²⁹ SALLES, Daniel José Pereira de Camargo; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. A Relação entre Propriedade e Liberdade de Expressão na Cultura Digital. Revista de Estudos Jurídicos Unesp, São Paulo, v. 14, n. 20, p.9-28, 2010.

³⁰ “As finalidades da funcionalização do direito de propriedade na direção concretizadora do direito à informação e do direito à comunicação devem propiciar a difusão do conhecimento e da criatividade e alargar as possibilidades de formação pública da vontade.” (SALLES; OLIVEIRA 2010 p.22)

³¹ LEÃO, Anis José. Revista de Estudos Políticos: Limites da Liberdade de Imprensa. Belo Horizonte: Imprensa da Universidade de Minas Gerais, 1961.

³² “Desta distinção a honra será:

I – subjetiva ou interior (“innere Ehre”) – opinião ou sentimento de uma pessoa sobre seu próprio valor –; II – objetiva ou exterior – à representação que os outros têm sobre o valor de uma pessoa, a denominada reputação ou bom nome (“gut Ruf”), a consideração externa ou social da pessoa.” (SILVA 2000, p. 159)



referiu à deputada federal Maria do Rosário (PT-RS) como “vaca” 3 (três) vezes ao longo de uma exposição oral. O “motivo” seria um suposto comentário que Maria do Rosário teria feito nas redes sociais em que a deputada federal estaria defendendo 2 (dois) adultos e 1 (um) adolescente que faleceram ao tentar assaltar 1 (um) Policial Militar aposentado que dirigia um carro do *Uber* em São Paulo³³. O motorista reagiu ao assalto e matou os 3 (três) homens. Maria do Rosário acionou a Polícia Federal, a fim de descobrir a verdadeira autoria do comentário, assim como um pedido de queixa-crime por injúria³⁴ contra o deputado. Cabo Júlio pediu perdão à deputada em Setembro de 2017, após a abertura, pelo Ministério Público de Minas Gerais, de um procedimento administrativo contra ele.³⁵

No direito comparado, Cordech³⁶ relata o precedente STC 123/1993 em que o jornalista Sr. Ballesteros condenado por injúria ao descrever um falecido em suas reportagens com um semblante extremamente negativo recorreu à Corte Constitucional Espanhola argumentando que tanto seu direito à informar quanto sua liberdade de expressão estavam sendo cerceados. Julgado como improcedente, a Corte considerou que “*la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto*” e que no caso segundo Cordech³⁷ não havia se provado a verdade absoluta dos fatos alegados pelo Sr. Ballesteros.

As imunidades parlamentares consistem em uma série de prerrogativas que garantem aos membros de parlamentos ampla liberdade de expressão no exercício do mandato, funcionam como uma forma de “proteção” aos deputados e senadores permitindo a oposição ao poder executivo e impedindo a coação de parlamentares. No Artigo 53 da Constituição Federal, *caput*, tem-se a imunidade material, chamada também de inviolabilidade, que garante a ampla liberdade de expressão aos parlamentares, assegurando a inviolabilidade civil ou penal por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Essa inviolabilidade não atinge o âmbito privado, contrariando o que, em 2007, o então deputado estadual de Minas Gerais, Zezé Perrella, afirmou após uma desavença com o árbitro, Wagner Tardelli, em um jogo de futebol³⁸. A inviolabilidade abrange apenas o que é coerente com as circunstâncias do mandato

³³ PM QUE DIRIGIA UBER MATA TRES QUE TENTARAM ASSALTA-LO EM SÃO PAULO. G1. Disponível em <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/11/pm-que-dirigia-uber-mata-tres-que-tentaram-assalta-lo-em-sao-paulo.html> Acesso em 12 de Out. 2017

³⁴ Injúria: ofender a dignidade ou decoro de alguém. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, volume 2: especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.362

³⁵ CABO JÚLIO PEDE DESCULPA À DEPUTADA MARIA DO ROSÁRIO POR TER SE REFERIDO A ELA COMO ‘VACA’. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/cabo-julio-pede-desculpa-a-deputada-maria-do-rosario-por-ter-se-referido-a-ela-como-vaca.ghtml> Acesso em 12 out. 2017

³⁶ CORDECH, Pablo Salvador. El Derecho de La Libertad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

³⁷ CORDECH, Pablo Salvador. El Derecho de La Libertad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

³⁸ ZEZÉ PERRELA ABRE MÃO DE IMUNIDADE PARA ARBITRO PROCESSÁ-LO. UOL. Disponível em <https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas/2007/10/09/ult59u132895.jhtm> Acesso em 13 de out. 2017.



e não a vida privada de um parlamentar³⁹, assim eles podem ser sujeitos ativos de Crimes Contra a Honra.

6.5 A VERDADE E O DIREITO A SER CORRETAMENTE INFORMADO

A comunicação social de conteúdo comercial encontra-se limitada no Artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor que proíbe a propaganda enganosa e obriga o comerciante. Contudo, também a comunicação social de conteúdo cível não abrange a divulgação de intencional de informação falsa, pois o “direito de ser informado” teve também supedâneo no artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal.

O importante nessa situação não é a busca de uma verdade objetiva e sim a intenção do veículo de narrar a verdade, eis que, mesmo com todos os cuidados e checagem de fontes, a informação pode acabar comprovando-se inverídica. A assunção de erro pelo veículo de modo espontâneo o protege de eventuais ressarcimentos. Logo, esse limite deve ser compreendido como um dever de cautela por parte do consumidor.

Os EUA adotava a doutrina da reportagem neutra (“*Neutral Reportage Doctrine*”), impondo que o veículo centre a informações naquilo que alguém disse de especial. Na Espanha, a Corte Constitucional exige na informação o respeito ao princípio da presunção de inocência das pessoas. No Brasil o REsp 164421/RJ (RSTJ, 128/372) sob a relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar condenou o jornalista a indenizar a Federação Equatoriana de Futebol por nota tida ofensiva a sua honra.

6.6 DISCURSO DE ÓDIO

Desde os trabalhos em torno da Filosofia Analítica da Linguagem particularmente na Universidade de Oxford, teóricos como John Austin e John Searle fixaram o valor performativo dos atos de fala. Mais do que apenas escrever (semântica), falar é fazer! Certas mensagens ou discursos estabelecem pautas sobre conhecimentos alheios em favor de condutas violentas. Obviamente que o emprego de palavras desagradáveis não está interdito, desde que não assuma a condição de “*fighting*

³⁹ Em 2014, durante uma sessão na Câmara, o deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ) ofendeu a deputada Maria do Rosário, falando que apenas não a estupraria porque ela não merece, já que ele a considera “muito feia”. Bolsonaro nesse caso, não teve direito a qualquer tipo de imunidade parlamentar, já que mesmo o comentário tendo sido feito em uma sessão na Câmara, ele possui caráter privado. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/stj-mantem-condenacao-de-bolsonaro-por-ofensas-a-maria-do-rosario.ghtml> Acesso em 22 de out. 2017.



words". Nesse sentido a Suprema Corte Americana estabeleceu precedentes no caso *Chaplinsky vs New Hampshire* – 315 US 568⁴⁰. Chaplinsky atraiu sua multidão a si pelo fato de distribuir panfletos de teor religioso favorável à causa das Testemunhas de Jeová. Preocupados com sua integridade física, o delegado local o interpelou para que suspendesse a distribuição, pelo menos até que “as coisas se acalmassem”. Irritado com o pedido, Chaplinsky chamou o delegado de “fascista”, vindo a ser preso pelo uso de palavras ofensivas em público.⁴¹

Para Searle, os atos de fala possuem um valor de verdade, as palavras tem força de ação. A segunda reviravolta linguística, mais conhecida como “reviravolta pragmática”, atestou claramente que a linguagem tem funções para além da mera denotação/representação, implicando também elemento de performance, ou seja, aquele que proferir a fala irá causar uma reação no ouvinte que pode ser positiva (gerando sensação de amor/felicidade/diversão) ou negativa (gerando sensação de ódio/raiva/tristeza). Esta força da fala explica à consequência do caso supracitado, no qual Chaplinsky ofende o delegado de forma intencional (produz efeito ilocucionário), na pretensão de fazer com que o ouvinte reconheça de imediato a intenção na performance da sua ação.

O falante pretende produzir uma mensagem que seja reconhecida por seu interlocutor, para que o ouvinte reconheça sua intenção de produzir esse efeito. Ele também pretende que esse reconhecimento seja obtido em virtude do fato de que o significado do item que ele profere convencionalmente associa-o com a produção desse efeito.

No tocante ao conteúdo de opiniões um dos limites propostos e mais controversos é o discurso de ódio (*hate speech*), ou seja, qualquer mensagem que inferiorize ou incite violência contra uma pessoa ou grupo, tendo como suporte caracteres como a racionalidade, crença religiosa, sexo, gênero, raça, etc. A Constituição Federal vigente veda a discriminação de qualquer natureza (artigo 3º). No mesmo sentido, o artigo 10 da Convenção Europeia garante a liberdade de expressão e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem condenando sistematicamente o discurso de ódio, particularmente em torno da xenofobia disseminado publicamente nos últimos tempos, evidente inclusive em estádios de futebol com condutas racistas por parte do público.

O discurso de ódio acarreta danos físicos e psicológicos às vítimas, tais como baixa autoestima, pressão alta, insônia, depressão extrema. É lamentavelmente, serve de combustível para agressões físicas e conflitos abertos, tais como recentemente ocorridos em Charlottesville, Virginia. Nessa oportunidade, o governo local pretendia

⁴⁰ U.S. SUPREME COURT – CHAPLINSKY V. NEW HAMPSHIRE, 315 U.S. 568 (1942). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/case.html>

⁴¹ Cf. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. 296, 310 U. S. 311; *Thornhill v. Alabama*.



destruir a estátua do general Robert Edward Lee, comandante mais famoso do exército confederado durante a guerra da secessão. Protestos em torno do valor histórico do monumento, nos soaria razoáveis, porque a história não se apaga. Ela forja a identidade do sujeito constitucional de um povo.

Contudo, o tom dos protestos foi bem pouco. Grupos de “supremacistas brancos e integrantes da Ku Klux Klan (KKK)” foram para as ruas ofender “negros”, “judeus”, “católicos” e “imigrantes”. E a reação não tardou. Indignados com as agressões verbais e o discurso de ódio, milhares de pessoas vieram às ruas. O conflito não tardou, redundando lamentavelmente em 3 mortes e centenas de feridos.

No entanto, mais lamentável ainda foi o presidente Donald Trump afirmar que ambos os lados tinham cometido erros, implicando uma contemporização inaceitável com discurso de ódio. Esta postura não pode ser considerada uma novidade, bastando lembrar do caso *Brandenbug vs Ohio* (1969), quando a Corte Americana absolveu com base no direito da liberdade de expressão, Clarence Brandenbug, que foi filmado conclamando “vingança” contra judeus e negros. A Corte ampliava a noção de liberdade de expressão como um “livre mercado de ideias” sustentando no caso *Schenck vs United States* (1919) pelo juiz Holmes. Nesse mesmo sentido, a absolvição por “queima de cruz” (forma não discursiva de adesão aos ideais da KKK) no caso *Virgínia vx Black* de 2003.

Na Alemanha, *Volksverhetzung* é o conceito que criminaliza a incitação ao ódio contra qualquer segmento da população no Código Penal. Naquele país, a negação da ocorrência do Holocausto é criminalizada. Ali, a postura da Corte Constitucional tem sido o de repelir o discurso de ódio. Recentemente, o Parlamento aprovou lei que prevê multa de até 50 milhões de euros para sites de redes sociais que não retirarem rapidamente conteúdos agressivos.

A Constituição Brasileira protege a liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais do cidadão brasileiro, contudo, não há uma lei expressa proibindo o discurso de ódio. O Supremo Tribunal Federal decidiu sobre um caso histórico que ocorreu no Brasil, envolvendo discurso de ódio e a prática de racismo. A partir desta decisão é foi utilizado a jurisprudência constitucional para delimitar questões relacionadas a esta matéria.

O conhecido precedente *Ellwanger* (HC 82424/RS) negou o direito de proibição do Holocausto como inscrito no direito de liberdade de expressão. E ainda admitiu prática de crime de preconceito (lei 7716/89) no feito, considerando raça como um conceito sociológico e não como fruto de consignaões eugênicas/biológicas em torno de fenótipo ou genótipo. Especificamente *Siegfried Ellwanger Castan*, escritor e sócio da “Revisão e Editora Ltda.”, havia publicado uma série de livros disseminando o preconceito contra o povo de origem judaica. Absolvido em primeira instância, *Ellwanger* foi condenado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por apologia de ideias



preconceituosas e discriminatórias contra os judeus, baseado no artigo 20 da Lei 7.716/1989, com redação dada pela Lei 8.081/1990.⁴²

Em seguida, impetrou Habeas Corpus sustentando que o crime praticado não fora de racismo, mas sim, de discriminação, pois o “povo judeu” não era uma raça e sim uma seita religiosa. O Habeas Corpus foi indeferido, e o caso foi parar no Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, teve a seguinte decisão:

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discriminem com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.⁴³

A decisão do STF foi dada pela maioria dos votos. A discussão central do habeas corpus impetrado por Ellwanger era se o crime de racismo deveria ser utilizado como analogia aos crimes cometidos contra judeus. A questão central era se a ofensa se dirigia contra uma raça ou uma religião. Ellwanger queria escapar da tipificação do crime de racismo, no entanto, a maioria dos Ministros entendem que o conceito de “raça” não era genótipo. Raça seria um conceito sociológico de modo que a ofensa podia ser compreendida como “crime de racismo”.

O discurso de ódio manifesta o que Karl Popper designa de “Paradoxo da Intolerância”, pois se a tolerância for levada ao extremo de não impedir qualquer discurso, as fissões tolerantes perderão com o tempo o direito de se expressar afastadas pelo crescimento da intolerância.

Contudo a Suprema Corte Americana tem, tradicionalmente, sido intolerante com discurso de ódio, particularmente de supremacistas brancos e da KKK (Ku Klux Klan) como garantia da Primeira Emenda e como suporte de sua democracia.

6.7 DIREITO À VIDA

⁴² “Art. 20 Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”.

⁴³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de Expressão e Discurso de ódio. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.



Não compreende liberdade de expressão publicar fotografias ou informar o paradeiro de pessoas que estão incluídas em programas de proteção à testemunha, uma vez que esta atitude expõe as testemunhas e vítimas envolvidas no crime, fazendo com que estas se transformem no alvo principal dos acusados.

A Lei 9.807/1999 de Proteção às Testemunhas tem a finalidade de combater os crimes que dificultam ou impossibilitam a produção de provas pela acusação, uma vez que a prova testemunhal é de extrema relevância para apuração dos fatos e deferimento de sentença. Assim como tem o objetivo de preservar o sigilo em relação aos protegidos, para que o depoimento das testemunhas, estejam resguardados. O ponto central é que as vítimas e testemunhas são constantemente ameaçadas na tentativa de se evitar o depoimento das mesmas, causando uma omissão de provas incriminadoras. O programa de proteção estabelecido na lei ora estudada, criou mecanismos importantes postos à disposição da polícia, do Ministério Público e do Judiciário para que estes possam prestar a devida assistência e, também é fornecido o apoio jurídico e proteção à integridade física e psíquica das vítimas e testemunhas que estão sendo coagidas e sofrendo grave ameaças em decorrência do envolvimento no caso concreto.

CONCLUSÕES

O tema sobre liberdade de expressão envolve inúmeras questões do constitucionalismo contemporâneo. Considerando sobre as condições para a horizontalização dos direitos fundamentais o embate sobre limites evidentes, próprios das teorias internas, e de proporcionalidade, características de teorias externas de colisão entre os direitos fundamentais se fazem presentes. Afloram também a necessidade de examinar aspectos de núcleo essencial de direitos, tópica e concetricidade em sua qualificação.

O presente artigo não teve pretensão de esgotamento de todos aspectos da compreensão da liberdade de expressão. Pelo contrário, pretendeu apenas colaborar no sentido de estabelecer a infinitude da sua compreensão.

Frise-se que a liberdade de expressão está na essência transcendente do ser humano. O excesso de sua conceitualidade tem-se em si o debate em torno de seus limites, como por exemplo no caso da proibição do anonimato.

No entanto, traz também um debate profundamente filosófico, pois se em Kant a responsabilidade decorre da autonomia, em Emmanuel Levinas a situação se inverte, fazendo com que a responsabilidade preceda a liberdade.

Logo, debater a temática tornou-se uma necessidade no mundo e no nosso país, que estão cada vez mais intolerantes, misóginos, racistas e homofóbicos.



Tornou-se indispensável falar sobre “Direitos Humanos” em um país que pode reduzir/ aniquilar a dignidade humana de presidiários, sob o “mantra” de que “bandido bom é bandido morto”. Falar, falar e falar cada vez mais sobre o assunto é o testemunho que damos à convocação de Martin Luther King que diz: “O que me preocupa não é o grito dos corruptos, dos violentos, dos desonestos, dos sem caráter, dos sem ética... O que me preocupa é o silêncio dos bons.”

REFERÊNCIAS

A LINHA TÊNUE ENTRE ARTE, CRIME DE PICHACÃO E GRAFITAGEM. CARTA CAPITAL. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/02/linha-tenue-entre-arte-crime-de-pichacao-e-grafitagem/> Acesso em: 20 out 2017.

ATÉ 40% DAS LIGAÇÕES A EMERGÊNCIAS DE SP SÃO TROTOS. G1. Disponível em:<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL333916-5605,00ATE+DAS+LIGACOES+A+EMERGENCIAS+DE+SP+SAO+TROTOS.html> Acesso em: 25 set. 2017.

Barros, P. C.; Carvalho, J. E.; Pereira, B. O. Um estudo sobre o bullying no contexto escolar. CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO - EDUCERE “Políticas e práticas educativas: desafios da aprendizagem, 9., 2009, Curitiba, Brasil. Anais... Curitiba: Champagnat, 2009. p. 5738-5757.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, volume 2: especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.
BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx

CABO JÚLIO PEDE DESCULPA À DEPUTADA MARIA DO ROSÁRIO POR TER SE REFERIDO A ELA COMO ‘VACA’. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/cabo-julio-pede-desculpa-a-deputada-maria-do-rosario-por-ter-se-referido-a-ela-como-vaca.ghtml> Acesso em: 12 out. 2017

CARTILHA SOBRE PROGRAMAS DE PROTEÇÃO A VÍTIMAS E TESTEMUNHAS AMEAÇADAS. Disponível em http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/protecao-a-testemunha/cartilha_protecao_vitimas_testemunhas_pfdc_2013

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.



CASTRO, Anna Karina Lopes de. *Direito e Moral - Uma visão Kelseniana*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22490&seo=1>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

CENSURADA EM PORTO ALEGRE. MOSTRA 'QUEERMUSEUM' SERÁ EXIBIDA NO RIO. O GLOBO. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/artes-visuais/censurada-em-porto-alegre-mostra-queermuseu-sera-exibida-no-rio-21862328> Acesso em 22 de Out. 2017

CORDECH, Pablo Salvador. *El Derecho de La Libertad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

CRIMES VIRTUAIS AFETAM 42 MILHÕES DE BRASILEIROS. ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/releases-ae,crimes-virtuais-afetam-42-milhoes-de-brasileiros,70001644185> Acesso em: 19 out. 2017.

DELPIZZO, Cláudia Nicolazzi Medeiros da Cunha. *O DIREITO AO SILÊNCIO E SUA INTERPRETAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*. 2010. 93 f. Tese - Curso de Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal em Parceria Com O Superior Tribunal de Justiça, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

DIREITO AO SILÊNCIO NÃO É ABSOLUTO, DECIDEM EUA. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-19/direito-incriminado-silencio-limitado-decide-suprema-corte-eua> Acesso em 22 de Out. 2017

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de Expressão: Direito na Sociedade da Informação: Mídia, Globalização e Regulação*. São Paulo: Pillares, 2005.

FISCHER, Desmond. *O Direito de Comunicar: Expressão, informação e liberdade*. São Paulo: Brasiliense, 1984. Tradução de: Luiz Roberto S. Seabra Malta.

GERALD THOMAS CONSEGUE ARQUIVAR PROCESSO POR ATENTADO AO PUDOR CONJUR. Disponível: https://www.conjur.com.br/2004-ago-17/stf_tranca_acao_penal_concede_hc_gerald_thomas Acesso em: 20 out. 2017

GODOY, Claudio. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. 2^o Edição. Editora Atlas, 2008. São Paulo – SP

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PENSE - Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar*, 2015. [online] Disponível na internet via <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv97870.pdf>. Arquivo. Acesso em: 21 set. 2017.

INTERVOZES E REPORTERES SEM FRONTEIRAS MAPEIAM OS DONOS DA MÍDIA NO BRASIL. REDE BRASIL ATUAL. Disponível em <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/07/intervozes-e-reporteres-sem-fronteiras-mapeiam-os-donos-da-midia-no-brasil> Acesso em: 16 out. 2017



J. L. AUSTIN E OS ATOS DE FALA EM DIFERENTES DOMÍNIOS DE ESTUDO DA LINGUAGEM. Disponível em <https://perspectivas.letras.ufg.br/up/298/o/Karla%20Cristina%20dos%20Santos%20Abralin%202009.pdf>

JUSTIÇA MANDA VEREADOR RETIRAR VÍDEO SOBRE EXPOSIÇÃO POLÊMICA DO FACEBOOK. ESTADO DE MINAS. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/10/11/interna_politica,907905/justica-manda-vereador-retirar-video-sobre-exposicao-polemica-do-face.shtml Acesso em: 22 out. 2017

KALIL DIZ QUE PARA O SÉCULO 21 EXPOSIÇÃO DE MORALEIDA 'NÃO TEM NADA DE MAIS'. ESTADO DE MINAS. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/10/09/interna_gerais,907287/kalil-diz-que-para-seculo-21-exposicao-de-moraleida-nao-tem-nada.shtml Acesso em: 19 out. 2017

LEÃO, Anis José. Revista de Estudos Políticos: Limites da Liberdade de Imprensa. Belo Horizonte: Imprensa da Universidade de Minas Gerais, 1961

LÉCUYER, Guillaume. Liberté D'expression et Responsabilité. Vol. 56 Nouvelle Bibliothèque de Thèse. 2004. –Université Panthéon-Sorbonne (Paris I). Paris/França.
LOPES, Vera Maria e Oliveira Nusdeo. O Direito à Informação e as concessões de rádio e televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOREA, Roberto. Em Defesa das Liberdade Laicas. Editora Livraria do Advogado, 2008. Porto Alegre – Rio Grande do Sul

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de Expressão e Discurso de ódio. Editora Revista dos Tribunais, 2009. São Paulo – SP

MUSEU É ACUSADO DE PEDOFILIA APÓS INTERAÇÃO DE CRIANÇA COM HOMEM NU EM EXPOSIÇÃO. O DIA. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/brasil/2017-09-29/museu-e-acusado-de-pedofilia-apos-interacao-de-crianca-com-homem-nu-em-exposicao.htm> Acesso em: 20 out. 2017

PEIXOTO, M; SOUSA, R. A. F.; ODON, T. I. Combate ao Trote Telefônico: uma questão de emergência. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, outubro/2015 (Boletim Legislativo nº 36, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 25 set. 2017.

PM QUE DIRIGIA UBER MATA TRES QUE TENTARAM ASSALTA-LO EM SÃO PAULO. G1. Disponível em <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/11/pm-que-dirigia-uber-mata-tres-que-tentaram-assalta-lo-em-sao-paulo.html> Acesso em: 12 out. 2017

POLUIÇÃO VISUAL: QUE MAU ISSO FAZ?. Disponível em http://sites.uepb.edu.br/biofar/download/v2n2-2008/06-poluicao_visual.pdf



PORTARIA N° 1.100, DE 14 DE JULHO DE 2006. Disponível em http://www.anatel.gov.br/hotsites/Direito_Telecomunicacoes/TextoIntegral/NOR/prt/mj_20060714_1100.pdf

PREFEITO DE BH DEFENDE EXPOSIÇÃO DE MORALEIDA EM MEIO À POLÊMICA SOBRE ARTE. G1. <https://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/prefeito-de-bh-defende-exposicao-de-moraleida-em-meio-a-polemica-sobre-arte.ghtml> Acesso em: 22 out. 2017

SALLES, Daniel José Pereira de Camargo; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. A Relação entre Propriedade e Liberdade de Expressão na Cultura Digital. Revista de Estudos Jurídicos Unesp, São Paulo, v. 14, n. 20, p.9-28, 2010.

SANCIONADO PROJETO DE LEI QUE PUNE QUEM REALIZA TROTOS EM SERVIÇOS DE EMERGÊNCIA. HOJE EM DIA. Disponível em: <http://hojeemdia.com.br/horizontes/sancionado-projeto-de-lei-que-pune-quem-realiza-trotos-em-servi%C3%A7os-de-emerg%C3%Aancia-em-minas-1.436132> . Acesso em 25 set. 2017

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2000.

SOCIAL, Intervezes: Coletivo Brasil de Comunicação. A Sociedade Ocupa a TV: O caso Direitos de Resposta e o controle público da mídia. São Paulo: Intervezes: Coletivo Brasil de Comunicação Social, 2007. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/wp-content/uploads/A_Sociedade_ocupa_a_TV.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

U.S. SUPREME COURT – CHAPLINSKY V. NEW HAMPSHIRE, 315 U.S. 568 (1942). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/case.html>

ZEZÉ PERRELA ABRE MÃO DE IMUNIDADE PARA ARBITRO PROCESSÁ-LO. UOL. Disponível em <https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas/2007/10/09/ult59u132895.jhtm> Acesso em: 13 out. 2017.

ANEXOS

ANEXO A

JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ

TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO = BVerfGE 75, 369



ANEXO B

JURISPRUDÊNCIA AMERICANA

- US Supreme Court, Brandenburg v. Ohio, US 395: 444
US Supreme Court, Cantwell v. Connecticut, US 310: 296
US Supreme Court, Chaplinsky vs New Hampshire US 315: 568
US Supreme Court, Falwell v. Hustler Magazine US 485: 46
US Supreme Court, Schenck vs United States US 249: 47
US Supreme Court, Texas vs Johnson, 491 US 397: 414
US Supreme Court, Thornhill v. Alabama, US 310: 88
US Supreme Court, United States vs Eichmann US 496: 310

ANEXO C

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

BRASIL. Tribunal de Justiça de MG. Apelação Civil **1.0024.08.199172-1/001**. Da Décima Quarta Vara Civil. Relator Hilda Teixeira da Costa. Minas Gerais. 5 de outubro de 2012. Disponível em <http://tjmg.jus.br> Acesso em 15 de Out de 2017

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 164421/ RJ. Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar, (RSTJ, 128/372)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Súmulas 221 e 281.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus 82424/RS, Ministro Relator Mauricio Correa.

ANEXO D

JURISPRUDÊNCIA ESPANHOLA

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentença* n. 123/1993

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentença* n. 63/1993

