

# A Liberdade de Expressão no Supremo Tribunal Federal

André Gustavo Corrêa de Andrade<sup>1</sup>

## Introdução

Através de suas decisões, o STF tem enfrentado o desafio de balancear a liberdade de expressão com outros valores constitucionais, como a dignidade humana, a igualdade e a não-discriminação.

A Corte Constitucional tem sido constantemente chamada a enfrentar casos que envolvem discursos controversos, nos quais é necessário definir os limites para evitar danos irreparáveis à sociedade.

O STF, ao interpretar a Constituição, oferece orientação legal que molda a maneira como a sociedade deve compreender e exercer seu direito à liberdade de expressão, reafirmando que esse direito não é absoluto e deve ser exercido de maneira responsável e consciente.

No julgamento da **ADPF 130**, que julgou não recepcionada pela Constituição Federal a antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), o STF reconheceu a importância da liberdade de expressão para uma sociedade democrática, razão pela qual a considerou um direito preferencial "*prima facie*". Assim o fazendo, assinalou que a liberdade de expressão pode ser restringida somente em casos excepcionais, previstos em lei e demonstrada a estrita necessidade da restrição.

Além disso, a Corte também ressaltou que a censura prévia é incompatível com a liberdade de expressão, reforçando o princípio de que as ideias devem ser debatidas e contestadas no espaço público, em vez de serem silenciadas antecipadamente.

Assim, o julgamento da ADPF 130 representou não apenas a não recepção da antiga Lei de Imprensa, mas também lançou as bases para os critérios hermenêuticos que devem ser levados em consideração no julgamento de casos que envolvam a liberdade de expressão.

Outros julgados reafirmaram a importância atribuída pela Corte Constitucional à liberdade de expressão. Esses julgados ilustram o delicado equilíbrio entre liberdade de

---

<sup>1</sup> Desembargador do TJRJ, Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Professor do PPGD da UNESA, Presidente do Fórum Permanente de Liberdade de Expressão, Liberdades Fundamentais e Democracia da EMERJ.

expressão e outros valores constitucionais, fornecendo *insights* valiosos sobre como o Tribunal tem abordado a questão da liberdade de expressão em cenários do mundo real.

## **1. Biografias não autorizadas. O julgamento da ADI nº 4.815/2015**

Um emblemático julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da liberdade de expressão é o referente à Ação Direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.815/2015. Nesse julgamento, foi apreciada a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, os quais estabeleceram como condição para a publicação de obras bibliográficas a autorização prévia do biografado, ou de seus familiares, em caso de pessoa falecida.

Com base nos referidos dispositivos legais, várias biografias não autorizadas tiveram sua publicação proibida ou foram retiradas de circulação. Assim ocorreu com as biografias do cantor e compositor Roberto Carlos, do compositor Noel Rosa, do jogador de futebol Garrincha, do escritor Paulo Leminski, do cangaceiro Lampião e com diversas outras biografias de personalidades da história nacional.

Para melhor compreensão do alcance da restrição trazida pela Lei, transcrevem-se aqui os dispositivos do Código Civil questionados:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

O STF, por unanimidade, seguindo extenso voto da Ministra Carmen Lúcia, relatora do caso, julgou procedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, e declarar inexigível o consentimento da pessoa biografada relativamente às obras biográficas literárias ou audiovisuais. Considerou-se desnecessária, por igual, a autorização prévia de herdeiros e familiares de biografado falecido, assim como de pessoas retratadas como coadjuvantes na obra.

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso sintetizou o entendimento da Corte, ressaltando a essencialidade, para o Estado Democrático de Direito, do princípio da liberdade de expressão, que encontra nas obras bibliográficas uma forma particularmente importante de manifestação para a sociedade e para a historiografia nacional. Em seu voto, o Ministro expôs os fundamentos jusfilosóficos que sustentam o referido princípio, e identificou com clareza e precisão os pontos principais sobre o tema submetido à Corte.

Observou que o caso colocava em disputa, de um lado, as liberdades de expressão e de informação e, de outro, os denominados direitos da personalidade. Ressalvou que não seria possível solucionar todos os potenciais conflitos de interesse que pudessem emergir da publicação de obras bibliográficas, mas apenas determinar se a lei pode, em caráter abstrato, estabelecer a absoluta precedência dos direitos à honra, à intimidade e à imagem sobre a liberdade de expressão, estabelecendo uma espécie de direito potestativo das pessoas retratadas e de seus herdeiros de impedir a divulgação de biografias não autorizadas.

De forma didática, demonstrou que a negativa a essa possibilidade vem fundada em três argumentos: 1º) a impossibilidade de hierarquização rígida e abstrata de direitos fundamentais; 2º) a posição preferencial da liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro; 3º) os efeitos deletérios da proibição legal para a publicação de biografias e para a liberdade de expressão em geral.

Observou-se que a liberdade de expressão é essencial para a formação e preservação da cultura e da história. Esse é um fundamento que se conecta de forma estreita com o direito à publicação de obras bibliográficas. Tais obras são parte importante da herança cultural da sociedade, que é construída pelas diversas personalidades que dela fazem parte. Saber sobre a vida desses personagens, com suas vitórias e derrotas, seus erros e acertos, suas qualidades e defeitos, é importante para compreender a própria sociedade em que vivemos.

A estes fundamentos filosóficos, acrescentou-se que a atribuição de especial proteção à liberdade de expressão encontra sua justificativa na história recente do Brasil. Durante os mais de vinte anos de ditadura militar e de instabilidade política, as liberdades civis no Brasil foram suprimidas ou sufocadas. Os meios de comunicação, as artes e a literatura foram objeto de rigorosa e, muitas vezes, violenta censura. A propagação de certas ideias não era possível sem risco pessoal. Artistas, jornalistas e escritores, além de coragem, tinham que usar de uma grande dose de criatividade para driblar a censura e propagar suas mensagens.

A redemocratização, portanto, demandava um novo e forte compromisso com as liberdades e com os direitos e garantias sociais e individuais. O compromisso assumido pelo

Constituinte com a democracia demandava essa posição, de completa e radical proibição à censura. O sentimento predominante na população e entre os constituintes era o de que, sem a exclusão de todo e qualquer tipo de censura, não haveria que falar, verdadeiramente, em liberdade. Esse sentimento se reflete no texto constitucional, que enfatizou a necessidade de uma liberdade de expressão ampla e robusta.

Reconhecer que a liberdade de expressão ocupa um espaço privilegiado dentre os direitos fundamentais significa, conforme aponta o Min. Barroso, que algumas presunções devem ser feitas em favor dessa liberdade.

Significa, em primeiro lugar, que, nos casos de choque ou colisão com outros interesses, bens ou direitos constitucionais, incluídos os direitos da personalidade, a liberdade de expressão, em princípio, deve ser preservada. Em razão da não existência de hierarquia entre os direitos fundamentais, essa liberdade, em caráter excepcional, poderá ceder quando as circunstâncias do caso concreto assim indicarem.

Uma outra presunção, interligada à primeira, é a de que toda e qualquer medida limitadora ou restritiva da liberdade de expressão, seja de que natureza for (legal, administrativa, judicial ou privada) vem acompanhada do signo da suspeição, e deve, por isso, ser submetida a um controle mais rigoroso. Em relação a tais medidas há uma presunção relativa de inconstitucionalidade, porque a regra é sempre a da liberdade de manifestação, enquanto que a exceção constituirá a sua restrição ou limitação.

Por último, presume-se inconstitucional todo e qualquer tipo de censura prévia, seja ela direta ou oblíqua, sendo preferível, caso seja necessário limitar a liberdade de expressão, a imposição de sanção posterior.

A impossibilidade prática de eliminar todos os riscos decorrentes do exercício abusivo da liberdade de manifestação, sem comprometer os interesses individuais e coletivos que ela protege, impõe uma postura de tolerância com relação às formas de expressão em geral, e recomenda que, em caso de abuso da liberdade informativa, se prefira a responsabilização posterior à censura prévia, conforme se extrai da redação dos artigos 5º, IX, e 220, § 2º, da Constituição Federal.

O conjunto dessas presunções aponta para a inconstitucionalidade da exigência de autorização prévia para a publicação de obras bibliográfica, como estabelecido pelos artigos 20 e 21 do Código Civil.

A exigência de licença prévia para a publicação de obras bibliográficas não afeta apenas o autor da obra bibliográfica. Para além da violação do direito individual fundamental do biógrafo, a condição criada pela Lei traz prejuízos sociais significativos. Primeiramente, cria um efeito resfriador ou silenciador (*chilling effect*), desestimulando a produção de obras dessa natureza. Poucos autores (se é que algum) se sentirão encorajados

a gastar tempo e esforço intelectual para realizar pesquisas e escrever biografias que poderão nem mesmo chegar às livrarias, em razão do risco de que o biografado (ou algum familiar deste) não esteja de acordo com alguma parte da narrativa, seja por reputá-la ofensiva à sua honra ou à sua privacidade, seja porque, simplesmente, não deseje ter sua história pessoal levada a público.

Em segundo lugar, cria uma reserva de mercado para biografias autorizadas, do tipo “chapa branca”, em que o biografado ou seus familiares têm o controle da narrativa histórica, com evidente comprometimento da verdade, que tende, naturalmente, a ser omitida ou adulterada, em uma espécie de processo de “pasteurização” ou “homogeneização” da história, com a eliminação de fatos ou detalhes que possam colocar o biografado sob uma luz menos favorável.

A biografia não autorizada tem a grande vantagem de possibilitar uma narrativa “mais objetiva da vida de uma pessoa, contornando os riscos de uma leitura parcial, seletiva, e revisionista da história”,<sup>2</sup> os quais comumente são encontrados em biografias “oficiais” ou autorizadas, que acabam se tornando “hagiografias laudatórias vazias de conteúdo e de autenticidade.”<sup>3</sup>

Uma última consequência deletéria, ligada às anteriores, é o evidente prejuízo para a cultura, a historiografia e a memória nacionais. As obras bibliográficas têm um importante papel na formação da história de um país, que é composta pelo conjunto de narrativas e vivências das pessoas que compõem a nação. Daí porque a supressão da publicação dos fatos que se referem a uma pessoa não apenas viola o direito do autor da obra, mas afronta o direito de toda a sociedade de ter acesso ao seu conteúdo.

A vida em sociedade impõe a todos suportar ou tolerar atos ou manifestações que de algum modo sejam percebidos como desagradáveis, prejudiciais ou ofensivos à sua personalidade, sem que, necessariamente, sejam ilícitos ou passíveis de indenização. A liberdade de expressão não protege apenas as manifestações positivas, elogiosas ou neutras. Engloba, também as críticas negativas, os comentários depreciativos, as manifestações desagradáveis, as expressões ofensivas e até as chocantes.

Pode-se, mesmo, dizer que o direito de ofender é da essência da liberdade de expressão, cuja existência somente se justifica como forma de proteção de manifestações ou expressões polêmicas, controvertidas e desagradáveis. Como observado por Oliver Wendell Holmes Jr., em julgamento de caso submetido à Suprema Corte dos Estados Unidos,<sup>4</sup> a

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO Júnior, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus Liberdade de Expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 39.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 89.

<sup>4</sup> United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644 (1929).

liberdade de expressão não é necessária para as ideias daqueles que concordam conosco, é, antes de tudo, a “liberdade para as ideias que odiamos”.

Não há que se cogitar de um direito de não ser ofendido, a não ser que esta ofensa constitua violação de um direito subjetivo ou seja decorrência desta violação, como ocorre, por exemplo, com uma manifestação infamante ou injuriosa, que fira o direito à honra, objetiva ou subjetiva, ou de uma publicação que afete o direito à privacidade. Mesmo nestes casos a caracterização daquilo que é violador do direito à honra ou à privacidade nem sempre é claro ou consensual, devendo ser ponderado e contextualizado.

Por isso, em relação às obras biográficas, a proteção conferida à liberdade de expressão é mais necessária nos casos em que a obra possa ser considerada embaraçosa para o biografado e a sua família

Não se extrai daí que a liberdade de manifestação do biógrafo sempre se sobreponha ao interesse do biografado na manutenção da sua vida privada e da sua intimidade. Todos têm direito a uma esfera de privacidade, a ser preservada contra a invasão da curiosidade pública. Mas os limites dessa esfera são esfumados, e variam de acordo com as circunstâncias.

Reconhece-se, em geral, que as figuras públicas ou notórias têm uma esfera de proteção menor do que as que não tenham uma vida pública. Alguns detalhes da vida de uma figura pública podem, para muitos, parecer invasivos ou desnecessários. Mas essa é uma avaliação sempre subjetiva. O que pode parecer informação irrelevante ou estritamente pessoal aos olhos de um leitor, pode, aos olhos de outro, parecer relevante para a compreensão da personalidade e dos atos do biografado. De todo modo, como ressaltado pelo Ministro Barroso em seu voto: “Não se pode admitir que o Estado possa proibir a divulgação de informações verdadeiras obtidas por meios lícitos, apenas por considerar que seriam frívolas ou de mau gosto.”

O único compromisso que se exige do autor de uma obra biográfica é com a verdade, porque uma biografia, em geral, é apresentada como uma obra de não ficção, que se propõe a relatar acontecimentos e circunstâncias reais acerca da vida do biografado. Desse modo, espera-se do biógrafo que seja o mais fiel possível aos fatos. Isso não significa que esteja impedido de manifestar suas opiniões ou juízos de valor acerca da pessoa retratada. Mas deve, de um lado, distinguir claramente o que é fato do que é opinião. De outro, deve abster-se de ofensas ou ataques pessoais.

O dever de veracidade imposto ao autor da biografia não significa que toda e qualquer imprecisão seja passível de responsabilização civil. É razoável que se exija do biógrafo um cuidado maior do que aquele imposto ao profissional de imprensa, que trabalha premido pela pressa na divulgação das informações, mas ele somente deverá ser

responsabilizado quando demonstrado que faltou com a diligência esperada na checagem das informações.

O eventual abuso no exercício da liberdade de expressão deve ficar sujeito a um controle exercido a *posteriori*, depois de examinadas as circunstâncias concretas do caso. A preferência pelo controle posterior tem a vantagem de evitar o sacrifício total de algum dos interesses e valores envolvidos. Em caso de abuso da liberdade de expressão, a sanção indenizatória é preferível à proibição da divulgação da obra, medida extrema que somente em situações excepcionalíssimas e teratológicas deve ser adotada. E sempre levando em consideração a posição preferencial que desfruta a liberdade de expressão.

Por essas razões, declarou-se a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil, para, conferindo interpretação conforme a Constituição, afastar a necessidade do consentimento do biografado, de outras pessoas retratadas, de seus familiares ou herdeiros, para a publicação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais.

## **2. Apologia ao crime. O julgamento da ADPF 187 (“Marcha da Maconha”)**

O Código Penal (Decreto-Lei nº 2.484/40), em sua redação original, criminaliza, nos artigos 286 e 287, respectivamente, a incitação pública à prática de crime e a apologia pública de fato criminoso ou de seu autor. Os tipos penais foram inseridos no Capítulo do Código que trata da proteção da paz pública, bem jurídico de interesse da coletividade. Considera a doutrina penal que, para a consumação dos crimes, basta que a mensagem com tais conteúdos se torne pública, independentemente da produção de qualquer dano ou outro resultado concreto.

Não se discute a constitucionalidade da restrição imposta no artigo 286 do Código Penal (incitação ao crime), em razão do perigo (abstrato) que a conduta típica traz de provocar diretamente a prática de crimes por outras pessoas.

Já o preceito legal relativo ao crime de apologia de fato criminoso ou de autor de crime (artigo 287), que apenas indiretamente poderia provocar esse efeito, teve seu alcance limitado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187.

A arguição foi proposta para discutir a possibilidade de criminalização de manifestações relativas à defesa da legalização das drogas (como é o caso da chamada “Marcha da Maconha”), sob a alegação de que decisões judiciais de diversos órgãos restringiram, com base no art. 287 do Código Penal, o exercício de duas liberdades

fundamentais (de reunião e de expressão), expondo aqueles que pretendiam exercer tais direitos fundamentais a injusta repressão governamental.

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sua fundamentação, defendeu a ideia de que uma sociedade estruturada em um regime democrático deve respeitar a liberdade de reunião, ainda que exercida sob a forma de protesto e de crítica, a qual possui caráter instrumental e tem íntima conexão com o direito fundamental à livre manifestação do pensamento.

Sob a afirmação de que tais liberdades juntamente com o direito de participação do cidadão na vida política do Estado compõem um “núcleo complexo e indissociável de liberdades e de prerrogativas político-jurídicas”, concluiu a Suprema Corte que o direito de reunião somente pode sofrer restrições de ordem jurídica em situações excepcionais, como as do “estado de defesa” e “estado de sítio, previstas nos artigos 136, § 1º, I, a, e 139, IV, da Constituição Federal. Entendeu-se que, em período de normalidade institucional, essa liberdade fundamental impõe ao Estado a obrigação de viabilizar a reunião e respeitar o direito de deliberação pública, sendo-lhe vedado cercear o exercício desse direito com base em oposição governamental ao conteúdo político, doutrinário ou ideológico do movimento.

Invocando a função contramajoritária que a Suprema Corte exerce no Estado Democrático de Direito para a proteção das opiniões de grupos minoritários, ainda que tais opiniões sejam reputadas desagradáveis, atrevidas, chocantes ou insuportáveis para a coletividade, a decisão asseverou que o princípio majoritário não pode legitimar a supressão, a frustração ou a aniquilação de direitos fundamentais, que são garantidos a todos, sem distinção, sob pena de descaracterizar a própria essência do regime democrático.

Salientou, também, que o tipo de manifestação em questão visa expor, de maneira organizada e pacífica, apoiada no princípio constitucional do pluralismo político, as ideias, a visão, as concepções, as críticas e as propostas daqueles que dela participam, amparadas pelo exercício dos direitos fundamentais de reunião, de livre expressão do pensamento e de petição, e que nada é mais nocivo e mais perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir a liberdade de expressão.

Assim, julgou-se procedente a Arguição, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme a Constituição: “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”.

### **3 – O Caso Porta dos Fundos (STF, Reclamação 38782/RJ, de 09.01.2020)**



Outro caso importante, envolveu a exibição do vídeo "Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo", (2019), produzido pelo grupo humorístico Porta dos Fundos, que fez uma sátira com figuras da religião cristã, o que gerou reações negativas e até agressivas de várias pessoas, que consideraram o vídeo desrespeitoso à fé cristã.

Uma entidade religiosa ajuizou ação civil pública no TJRJ, postulando suspender a exibição do filme da plataforma de streaming Netflix, alegando que o vídeo feria sentimentos religiosos e desrespeitava crenças ao retratar uma sátira sobre a vida de Jesus Cristo.

O TJRJ concedeu uma liminar, determinando a suspensão da exibição do vídeo. No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), atendendo a uma Reclamação (**Reclamação 38.782/RJ**) apresentada pela Netflix, suspendeu a decisão do TJRJ.

O STF entendeu que a suspensão do vídeo constituía uma espécie de censura prévia, incompatível com a liberdade de expressão protegida pela Constituição. A corte também ressaltou que a sátira e a crítica são elementos importantes do debate público em uma sociedade democrática.

Observou que "o conceito de arte possui sentido amplo, incluindo-se aí obras provocativas, que pretendam atingir fins políticos ou religiosos, também por meio de sátiras."

Acrescentou também que a retirada de circulação material apenas porque seu conteúdo desagrade parcela da população, ainda que majoritária, não encontra fundamento em uma sociedade democrática e pluralista como a brasileira.

#### **4. Direito ao esquecimento. O julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ**

Controvertida é a ideia acerca da existência de um suposto direito ao esquecimento (*right to be forgotten*). A proteção reclamada sob tal título ganhou força nas últimas décadas, em razão do progresso dos meios de comunicação e dos novos conflitos daí decorrentes. Atualmente, as informações são propagadas em larga escala e com grande velocidade, de modo que a divulgação de um fato pode ter repercussão mundial em poucos minutos. Além disso, a capacidade de armazenamento, localização e compartilhamento dessas informações em meios eletrônicos é imensurável, possibilitando a sua conservação por tempo indefinido.

Diante desse quadro, é compreensível que algumas pessoas desejem ser esquecidas ou que alguns fatos do passado não sejam lembrados, especialmente quando essas pessoas mudaram o seu estilo de vida ou simplesmente querem prosseguir com sua vida sem serem assombradas por acontecimentos pretéritos. No entanto, como bem adverte

Daniel Sarmiento, “nem todo desejo pode ser legitimamente convertido em direito fundamental”.<sup>5</sup>

No Brasil, o “direito ao esquecimento” não possui previsão expressa no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional.<sup>6</sup> Apesar disso, começou a ser reconhecido nos campos doutrinário e jurisprudencial como direito fundamental, derivado de outros princípios constitucionais, com vistas à proteção do livre desenvolvimento da personalidade humana e da concretização do princípio da dignidade.<sup>7</sup>

O principal obstáculo ao reconhecimento de um suposto direito ao esquecimento reside no fato de que, por impedir a livre circulação de informações, ele se contrapõe frontalmente às liberdades de informação, de expressão e de imprensa, princípios basilares da democracia. Por isso, a ideia do direito ao esquecimento é duramente criticada por alguns doutrinadores.

Segundo Daniel Sarmiento, o direito fundamental de acesso à informação abrange as informações referentes a fatos passados, que não deixam de ser de interesse público apenas pelo decurso do tempo, e demanda o reconhecimento da importância da História e da memória coletiva, que são elementos essenciais da cultura do país e possibilitam melhor compreensão quanto ao presente e escolhas mais conscientes para o futuro. Para ele, “o reconhecimento de um suposto direito de não ser lembrado, por fatos desabonadores ou desagradáveis do passado é incompatível com um sistema constitucional democrático, como o brasileiro, que valoriza tanto as liberdades de informação, expressão e imprensa.” Sarmiento menciona o risco de autoritarismo que decorre da possibilidade de atribuir a

---

<sup>5</sup> SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Parecer, p. 5. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>.

<sup>6</sup> Há, porém, previsão expressa do direito à exclusão definitiva de dados pessoais fornecidos por usuários de aplicação de internet, ao término da relação entre as partes, no art. 7º .X, da Lei nº) 2014/12.965 Marco Civil da Internet) e de “anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei”, no art. 18, IV, da Lei nº 13.709/2018 (Lei de Proteção de Dados). Sérgio Branco menciona que alguns autores chamam a previsão do Marco Civil da Internet de “direito ao esquecimento de dados pessoais”, mas que seria mais adequado incluí-lo entre as previsões de proteções de dados pessoais derivadas da concepção contemporânea de direito à privacidade.

<sup>7</sup> MONTENEGRO, Jacqueline. *Direito ao esquecimento na sociedade de informação: uma abordagem sobre seus aspectos conceituais à luz da doutrina e da jurisprudência*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estácio de Sá, 2017, p. 57.

agentes do Estado – como é o caso dos juízes – a responsabilidade pela definição do que pode ou não ser esquecido ou recordado pela sociedade.<sup>8</sup>

Gustavo Binenbojm usa a expressão “censura no retrovisor” para se posicionar contra a ideia de um direito ao esquecimento. Critica decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que condenou veículo de comunicação à remoção de dados considerados “inadequados” ou “irrelevantes”. Na referida decisão, fora determinado que o Google excluísse, de sua página de buscas, o *link* de uma notícia veiculada em 1998 pelo jornal espanhol La Vanguardia sobre o leilão de um apartamento de propriedade de Mario Costeja González, para o pagamento de dívidas dos seus proprietários à Seguridade Social. Embora a dívida já tivesse sido extinta há anos, González continuava a ela associado, pois a edição do jornal fora digitalizada e carregada na internet em 2008.

Como observado por Binenbojm, a amplitude dos termos “inadequado” ou “irrelevante” pode ser usada para alcançar objetivos menos nobres, como a retirada de notícias sobre fatos de interesse público de jornais, revistas e redes de televisão, a vedação à produção de documentários de inestimável valor histórico e a veiculação das retrospectivas jornalísticas. Do mesmo modo, a atribuição de valor histórico à informação possui grande carga de subjetividade, gerando insegurança e incongruências. Não é possível, portanto, traçar parâmetros objetivos que distingam os dados que se tornarão irrelevantes e poderão ser descartados, para apartá-los daqueles que serão essenciais à preservação da memória coletiva e da historiografia social.<sup>9</sup>

O debate acerca do tema evoca a lembrança do livro “1984”, de George Orwell, no qual já se alertava para os riscos de se tentar apagar o passado. Na obra de Orwell, vive-se em uma sociedade distópica, na qual há um controle praticamente absoluto sobre os cidadãos, inclusive sobre o seu pensamento e sobre o conhecimento dos fatos da história. Nessa sociedade fictícia, os fatos históricos são apagados e manipulados, de modo tal que a população é levada a crer em uma guerra interminável entre três Estados, que ora aparecem como aliados, ora como inimigos, de acordo com os interesses do Partido, sem que essas mudanças sejam percebidas pelo povo, em razão da destruição e alteração dos registros passados. O lema do Partido é: “Quem controla o passado controla o futuro;

---

<sup>8</sup> SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Parecer, p. 48. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>.

<sup>9</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Direito ao esquecimento: a censura no retrovisor*. 2014. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-ao-esquecimento-censura-retrovisor-16102014>>.

quem controla o presente, controla o passado”.<sup>10</sup> Apesar de o protagonista da estória, Winston Smith, membro do Partido, saber das mudanças ocorridas em relação à história, essa informação está guardada apenas em sua consciência. Winston percebe que “se todos aceitassem a mentira imposta pelo Partido – se todos os anais dissessem a mesma coisa – , então a mentira se transformava em história, em verdade.”<sup>11</sup>

A alusão à obra de Orwell pode parecer um exagero em relação ao debate sobre o direito ao esquecimento, mas serve de alerta para o perigo que existe em apagar registros de fatos e notícias, ainda que, em um primeiro momento, possam parecer irrelevantes, uma vez que não é possível saber a importância que tais registros possam vir a ter no futuro.

A discussão judicial sobre o tema foi inaugurada na Alemanha, com o famoso Caso *Lebach*, em que uma rede de televisão alemã foi processada por produzir um documentário sobre fato criminoso ocorrido em 1969, na cidade de Lebach, em que quatro soldados que guardavam um depósito de munição foram mortos, um soldado foi gravemente ferido e o material guardado no depósito foi roubado. No documentário seriam exibidos os nomes e as fotos de todos os condenados pelo crime, além de uma dramatização da relação existente entre eles – incluindo sua orientação homossexual. A exibição do programa deveria ocorrer na véspera da soltura de um dos condenados pelo crime, que pleiteou uma medida liminar para obstar a veiculação do documentário, com base no seu direito constitucional à privacidade. A medida foi deferida pelo Tribunal Constitucional Federal, que, fazendo uso da ponderação, sopesou os direitos em conflito (direito à informação e direito da personalidade), para concluir que o princípio da proteção da personalidade deveria prevalecer na espécie, haja vista que a ampla divulgação da reportagem causaria grandes prejuízos ao autor da ação, que já tinha sido libertado e buscava sua ressocialização.

A jurisprudência brasileira, que vinha se inclinando para o reconhecimento da existência de um direito ao esquecimento, indicou os parâmetros que deveriam ser analisados para a solução de conflitos que envolvessem essa pretensão. São eles: a

---

<sup>10</sup> ORWELL, George. 1984. Tradução de Wilson Velloso. 29ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2004, p. 36.

<sup>11</sup> Idem.

atualidade da informação, a sua veracidade, o interesse público na divulgação, a pertinência da publicação e a ausência de abuso no exercício do direito.<sup>12</sup>

No julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, o Superior Tribunal de Justiça confirmou acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que condenara a Rede Globo de Televisão ao pagamento de indenização por dano moral em razão da divulgação, em documentário exibido em rede nacional, do nome do autor da demanda dentre aqueles que foram indiciados pela prática dos crimes relacionados à Chacina da Candelária, embora o autor já tivesse sido absolvido da imputação penal por negativa de autoria.

A recorrente Rede Globo sustentou a ausência de ilicitude em sua conduta, uma vez que os fatos noticiados no programa sob análise já eram públicos e amplamente conhecidos na sociedade, de modo que não haveria ofensa à privacidade e à intimidade do autor. Destacou que o programa que exibiu o documentário, como muitos outros, publica matérias sobre crimes de grande repercussão no passado, o que é muito comum no Brasil e no exterior, e que não houve qualquer ofensa pessoal contra o autor. Considerando a existência de interesse público no conteúdo da informação veiculada, sustentou que a invocação de um direito ao esquecimento ou de um direito de ser deixado em paz violaria o seu direito de informar.

O recurso foi desprovido por se entender que aplicação do “direito ao esquecimento” ao caso atendeu à principiologia dos direitos fundamentais e, em especial, ao princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>13</sup> Admitiu-se que, no caso, mesmo havendo originariamente interesse público na informação, esse interesse tende a desaparecer com a resposta penal dada ao fato, seja através da extinção da pena, seja pela absolvição. Observou-se, por fim, que, embora os fatos genuinamente históricos devam prevalecer sobre o direito ao esquecimento, no caso em exame a narrativa dos fatos poderia se dar sem a exposição da imagem e do nome do autor e sem prejuízo à liberdade de imprensa.

A tentativa de apagar informações da internet muitas vezes traz o efeito adverso de chamar a atenção e o interesse de terceiros para um fato até então pouco conhecido. Esse fenômeno foi batizado por Mike Masnick, editor do Blog *Techdirt*, de “efeito *Streisand*”, para fazer referência ao episódio em que a atriz Barbara Streisand ajuizou ação com o objetivo

---

<sup>12</sup> MONTENEGRO, Jaqueline. *Direito ao esquecimento na sociedade de informação: uma abordagem sobre seus aspectos conceituais à luz da doutrina e da jurisprudência*. Dissertação de Mestrado em Direito apresentada na Universidade Estácio de Sá, 2017, p. 112.

<sup>13</sup> No mesmo sentido, foi invocado o Enunciado nº 531 aprovado na VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

de suprimir da internet fotografias de sua mansão em Malibu, na Califórnia. A demanda foi julgada improcedente, e as fotos, que até então tinham sido acessadas pouquíssimas vezes, passaram a ser procuradas por centenas de milhares de pessoas. A partir de então, a expressão passou a ser utilizada para aludir a esse efeito indesejado de potencializar o interesse do público para uma informação que se deseja suprimir da rede mundial de computadores.

A controvérsia ganhou um novo Capítulo com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ, que rejeitou a ideia de um direito ao esquecimento na ordem constitucional brasileira. O acórdão do STF aprovou a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.”

Anderson Schreiber, que defende a ideia da existência de um direito ao esquecimento na ordem constitucional brasileira, como um “direito da pessoa humana de se defender contra uma recordação opressiva de fatos pretéritos”,<sup>14</sup> entende que o “caráter excessivamente abstrato da tese aprovada pelo STF demonstra que toda a discussão em torno do direito ao esquecimento continua viva no direito brasileiro”. Isso porque, segundo ele, “a parte final do enunciado deixa em aberto a possibilidade de um juízo casuístico acerca da licitude da invocação de fatos pretéritos, à luz de parâmetros bastante genéricos (“proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral”).”<sup>15</sup>

Parece-me, no entanto, que a ressalva contida na decisão do STF se refere a situações em que o exercício da liberdade de expressão violaria algum dos direitos fundamentais encartados no próprio texto constitucional, que a própria decisão menciona: honra, imagem, privacidade ou outro direito da personalidade. A proteção de tais direitos não está atrelada a um suposto direito ao esquecimento, que só existiria ou teria razão de ser se pudesse ser invocado autonomamente, sem referência a algum outro direito já reconhecido

---

<sup>14</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento. In: SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Direito e Mídia: Tecnologia e Liberdade de Expressão*. São Paulo: Editora Foco. 2ª ed. 2021, p. 220.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 228.

no texto constitucional. Se assim não fosse, o suposto direito ao esquecimento se confundiria com algum daqueles outros direitos.

## **5. Crime de desacato – art. 331 do CP (ADPF 496)**

No ano de 2020, o STF decidiu, **por maioria de votos**, que o crime de desacato, previsto no art. 331 do Código Penal, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

A ementa do acórdão foi assim redigida:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CRIME DE DESACATO. ART. 331 DO CP. CONFORMIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se questiona a conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a recepção pela Constituição de 1988, do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato. 2. De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, em casos de grave abuso, faz-se legítima a utilização do direito penal para a proteção de outros interesses e direitos relevantes. 3. A diversidade de regime jurídico – inclusive penal – existente entre agentes públicos e particulares é uma via de mão dupla: as consequências previstas para as condutas típicas são diversas não somente quando os agentes públicos são autores dos delitos, mas, de igual modo, quando deles são vítimas. 4. A criminalização do desacato não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida. 5. Dado que os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, deles se exige maior tolerância à reprovação e à insatisfação, limitando-se o crime de desacato a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: “Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato”.

Para o relator, ministro Luís Roberto Barroso, não haveria incompatibilidade entre o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 331 do Código Penal.

Segundo o Relator: “A criminalização do desacato não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida.”

Acrescentou que a Corte Americana de Direitos Humanos nunca se pronunciou sobre a norma, e seus precedentes relacionados a desacato não se aplicam diretamente ao caso brasileiro.

Ressalvou que, para a aplicação do art. 331 do CP, o crime deve ser praticado na presença do funcionário público, o que não abrange ofensas pela imprensa ou nas redes sociais.

Além disso, não haverá crime se a ofensa não tiver relação com o exercício da função ou se não perturbar ou obstruir a execução das funções do funcionário público.

Observou, ainda, o Relator que o artigo 331 do CP deve ser interpretado restritivamente, a fim de evitar a aplicação de punições injustas e desarrazoadas.

A decisão tem sido objeto de críticas, por ter ido na contramão do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem se posicionado contra leis de desacato, argumentando que elas, em geral, se mostram excessivamente vagas ou ambíguas, concedendo faculdades discricionárias demasiadamente genéricas às autoridades, podendo ser usadas para silenciar críticas legítimas ao governo e restringir indevidamente a liberdade de expressão.

Em diversos casos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem recomendado aos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) a revogação ou reforma dessas leis. A jurisprudência da Corte Interamericana observa que a criminalização do desacato pode ter um "efeito inibidor" sobre a livre manifestação de opiniões e atuar como instrumento de intimidação.

Seja como for, até o momento o art. 331 do CP, que prevê o crime de desacato, é considerado constitucional, com as ressalvas contidas na decisão do STF.

## **6. O caso *Ellwanger* (HC 82.424/RS). Publicação de livros antissemitas**

O debate inaugural sobre o discurso de ódio no Supremo Tribunal Federal se deu no julgamento do *Habeas Corpus* nº/82.424 RS, que teve início no dia 12 de dezembro de 2002 e somente se encerrou no dia 17 de setembro de 2003 .

No caso, o paciente, Siegfried Ellwanger, fora denunciado pelo crime de racismo, com base no art. 5º, XLII, da CF e do art. 20 da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90, por ter publicado, na qualidade de autor e editor, obras apontadas pela denúncia como racistas e discriminatórias contra o povo judeu. Os livros eram: *Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da mentira do Século*, de autoria do paciente; *O Judeu Internacional*, de Henry Ford; *A História Secreta do Brasil e Brasil Colônia de Banqueiros*, de Gustavo Barroso, e *Os Protocolos dos Sábios de Sião*, obra anônima traduzida para o português por Gustavo Barroso; *Hitler – Culpado ou inocente?*, de Sérgio Oliveira; e *Os conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra*, de Louis Marschalko.

Em primeiro grau de jurisdição, o réu foi absolvido. Em sede de apelação, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul à pena de dois anos de reclusão. Foi, então, impetrado Habeas Corpus para o Superior Tribunal de Justiça, ao argumento de que o crime já estaria prescrito. Denegado o HC pelo STJ, interpôs-se recurso



ao Supremo Tribunal Federal, onde foram realizados debates sobre os seguintes temas centrais: a legitimidade ou precisão histórica dos escritos publicados pelo réu; o significado da palavra “racismo”, tal como constante do ordenamento jurídico brasileiro, para definir se o vocábulo abrangia o preconceito contra o povo judeu; a suposta colisão entre a liberdade de expressão e os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

O julgamento foi encerrado após intensa discussão acerca dos temas acima destacados, e, apesar da invocação da mesma metodologia, alguns Ministros chegaram a conclusões antagônicas acerca da resposta constitucional que seria mais adequada para o suposto conflito entre os princípios da liberdade de expressão, de um lado, e os da dignidade da pessoa humana e da igualdade, de outro.

Reconhecida a ilegitimidade e o caráter preconceituoso da narrativa dos escritos, assim como a extensão do vocábulo racismo ao preconceito contra o povo judeu, preponderou o entendimento no sentido da ocorrência, no caso, do crime de racismo. Por sete votos a três, foi negada a ordem de habeas corpus. Destaquem-se os seguintes pontos da ementa do acórdão:

Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XVII).

(...)

Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites estabelecidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

**Crítica aos fundamentos do acórdão** – O caso Ellwanger, aqui resumido, constitui o *leading case* em relação ao problema do discurso de ódio no Brasil. A análise do referido caso e dos votos proferidos pelos ministros que participaram daquele julgamento é de grande valia para que se veja como a Suprema Corte interpreta o art. 20 da Lei de Racismo, à luz da Constituição Federal. O caso fornece um panorama importante acerca de como não apenas o STF, mas a jurisprudência em geral, tem examinado o problema do discurso de ódio no Brasil.

No caso Ellwanger é interessante notar que tanto a maioria quanto a minoria dos julgadores da Suprema Corte fizeram uso do método da ponderação, chegando, contudo, a resultados diametralmente opostos. A ponderação foi invocada como forma de solução para uma suposta colisão entre princípios ou “valores” constitucionais, vistos como contrapostos ou colidentes: de um lado, o princípio da liberdade de expressão; de outro, os princípios da igualdade e da dignidade.

Os Ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que votaram com a maioria para considerar correta a condenação de Siegfried Ellwanger pela publicação de obras com conteúdo discriminatório contra o povo judeu, aludiram expressamente às ideias de ponderação e sopesamento de princípios. O Ministro Gilmar Mendes argumentou que tal condenação era adequada à finalidade da Constituição, no que tange à salvaguarda de uma sociedade pluralista, além de necessária, em razão da ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Acrescentou o Ministro que a condenação atendia à *proporcionalidade em sentido estrito*, pois as mensagens de intolerância racial e o estímulo à violência não estariam abrigados pela liberdade de expressão, na medida em que outros bens jurídicos de base constitucional não podem ser sacrificados para conferir a essa liberdade amplitude irrestrita.

Os Ministro Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio Mello também trataram do caso como um problema de colisão de princípios constitucionais, a ser solucionado através do sopesamento. O Ministro Ayres Britto, em sua fundamentação disse: “Todo o meu esforço operacional será o de demarcar o campo de lídima expressão de cada princípio em estado potencial de atrito, a fim de evitar o concreto sacrifício de um deles.” Em outro momento, disse: “(...) o meu crivo de seleção prestigiará este ou aquele princípio que, no caso vertente, menos sacrifício imponha aos demais.” O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, invocando a regra da proporcionalidade, argumentou que a condenação de Ellwanger constituía medida “inadequada” e “excessivamente gravosa”, incapaz de proteger a dignidade do povo judeu.

Essa contradição percebida no julgamento do caso Ellwanger, longe de representar uma falha ou um equívoco dos Ministros no processo de sopesamento dos princípios em jogo, constitui uma demonstração da fragilidade ou inconsistência da própria ideia de ponderação, que não consegue se livrar do problema da discricionariedade judicial.

Na doutrina, o julgamento foi objeto de diversos estudos e comentários. Dentre os trabalhos doutrinários a respeito, merece destaque o de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira.<sup>16</sup> Cattoni dirigiu sua atenção para a fundamentação apresentada pelos ministros

---

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

da Suprema Corte, tecendo críticas ao entendimento de que o caso envolvia uma colisão entre valores, a ser solucionada através da ponderação. Observou que a ponderação parte da premissa de que a Constituição estabelece uma ordem concreta de valores, a justificar o entendimento de que cabe ao Judiciário definir o que pode ser discutido e reconhecido como digno desses valores, negando, com isso, o caráter obrigatório do Direito.<sup>17</sup> Argumentou o autor, com acuidade, que “a equiparação de princípios a valores, e de direitos a bens ou interesses ponderáveis, pressupõe, assim, premissas axiológicas, elas próprias não discutidas no curso do processo, a pré-orientar, de modo não problematizado, o julgamento, do que resulta a que sejam privilegiados pontos de vista normativos em face de outros.”

Compartilho com Cattoni as críticas ao emprego do raciocínio da ponderação.<sup>18</sup> Com efeito, o caso Ellwanger não deveria ter sido analisado como se envolvesse uma colisão entre valores, de modo a decidir se a liberdade de expressão é melhor ou pior para a promoção da dignidade humana.<sup>19</sup> A ideia de ponderação, com efeito, cria “colisões” artificiais, identificando tensões inexistentes entre princípios. Além disso, a inexistência de critérios ou argumentos seguros, estáveis ou confiáveis para a atribuição de maior peso a um princípio em contraste com outro acaba por tornar a ponderação um juízo totalmente discricionário e subjetivo, disfarçado de metodologia racional e objetiva.

Discordo de Cattoni, no entanto, quando ele parece sugerir que o crime de racismo se consuma com a manifestação de uma mensagem discriminatória, independentemente do propósito do emissor da mensagem.<sup>20</sup> Longe de constituir um simples caso de subsunção de um fato (a publicação de várias obras de conteúdo antissemita) a um tipo penal (o art. 20 da Lei nº 7.716/89), o caso Ellwanger envolveu o importante tema da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da criminalização

---

<sup>17</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>18</sup> Vejam-se as críticas à ponderação feitas anteriormente neste Capítulo.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Com efeito, depois de criticar o uso da ponderação, Cattoni conclui que se tratava de um caso claro de crime de racismo, por se tratar da “atribuição intolerante, estigmatizada, a todo um povo, de uma pretensa natureza corrupta e má, portanto indigna, a ser denunciada e combatida”. Ibidem, p. 120.

do discurso racista, expresso sob a forma de livros, dirigido contra todo um grupo, sem individualização de seus integrantes.

Um grande equívoco no julgamento do caso Ellwanger e de outros casos que envolvem a questão do discurso de ódio é a ideia de que se deve ponderar entre dois ou mais princípios, considerados contrapostos ou colidentes: de um lado, a liberdade de expressão; de outro, a igualdade, a dignidade e a proibição da discriminação e do racismo. Não se trata, porém, de escolher ou decidir qual dentre os princípios tem maior peso, com o sacrifício ou o afastamento do outro. Trata-se de buscar a harmonização dos princípios constitucionais.

Se nos planos filosófico e político a liberdade e a igualdade são, muitas vezes, vistas como valores concorrentes ou adversariais, no plano deontológico ou jurídico devem ser consideradas como princípios complementares, que devem ser harmonizados. Valores eventualmente podem colidir, princípios não.

Não se cuida, pois, de fazer uma opção entre a liberdade de expressão e outros princípios constitucionais. As escolhas já foram feitas pelo Constituinte quando da elaboração do texto constitucional. Ao julgador e ao intérprete em geral cabe, no caso concreto, aplicar de forma harmônica e coerente todos os princípios jurídicos, com respeito à unidade da Constituição e atenção à história constitucional, sem margem para escolhas subjetivas ou decisionismos, com o sacrifício de algum princípio no altar da ponderação.

É frequente o uso meramente retórico e simbólico dos princípios da dignidade e da igualdade, trazidos a debate como uma espécie de “*conversation stopper*” ou “*knock-down argument*”, um argumento final, que, pelo peso simbólico atribuído aos referidos princípios, não admitiria contestações ou refutações.<sup>21</sup> Afetar a dignidade e a igualdade seria, no imaginário de juristas, intérpretes e pensadores em geral, algo impensável, porque seria afetar valores da mais alta estirpe, que constituem princípios cardeais da Constituição, previstos como fundamentos da República.

Mas a invocação da dignidade humana e da igualdade sem a demonstração ou indicação de qual aspecto, atributo, ou direito da personalidade humana foi atingido ou violado constitui argumentação que pode ter grande apelo retórico, mas é vazia de conteúdo. Ao fim e ao cabo, é um argumento que muito promete, mas nada entrega, representando apenas uma tentativa de fugir à dificuldade de apresentar argumentos racionais, de ordem jurídica, para a defesa de um ponto de vista.

---

<sup>21</sup> Veja-se o que se disse a respeito no Capítulo 4.

Uma manifestação de pensamento racista ou discriminatória contra um grupo não configura, em si mesma, uma violação da dignidade humana ou da igualdade dos seus membros. Por mais abjeta e odiosa que seja uma manifestação racista ou de qualquer modo discriminatória, enquanto não for dirigida contra um indivíduo específico, nem tiver o propósito de violar direito fundamental ou incitar à prática de ato lesivo a pessoas do grupo discriminado, não constituirá, em si, uma violação do direito constitucional da igualdade, embora possa caracterizar uma expressão de pensamento preconceituoso socialmente lamentável e moralmente reprovável do emissor do discurso.

Ainda que se veja o discurso de ódio como um mal em si (*malum in se*), isso não é necessariamente indicativo de sua lesividade em relação à dignidade e à igualdade. Estaria a apontar, tão somente, para a sua reprovabilidade moral.

Liberdade e igualdade são princípios que se reforçam mutuamente. Por isso, o enfraquecimento do princípio da liberdade de expressão constitui um enfraquecimento do próprio direito de igualdade que todos os indivíduos devem ter de expressar suas opiniões, sejam elas quais forem, ainda que odiosas ou consideradas ofensivas pela maioria das pessoas.<sup>22</sup>

Importante, nesse caso, como em outros que envolvam discursos de ódio, é verificar se estão presentes os requisitos do “teste de limiar” indicados no Plano de Ação Rabat, que busca indicar parâmetros mais objetivos para avaliar a legitimidade da restrição da expressão.

## 7. Decisões posteriores sobre racismo e preconceito

O Supremo Tribunal Federal, bem depois do julgamento do caso *Ellwanger*, proferiu duas decisões importantes sobre o tema do racismo e do preconceito.

**Equiparação da homotransfobia ao crime de racismo** – Em 13 de junho de 2019, o Plenário do STF, no julgamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26** e do **Mandado de Injunção 4733**, entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. Por maioria de oito votos a três, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para

---

<sup>22</sup> STROSSEN, Nadine. Freedom of Speech and Equality: Do We Have To Choose? *Journal of Law and Policy*, 25, 2016. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol25/iss1/7>>.

incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTI+.

Fixou, assim, a seguinte tese, com força normativa:

I - Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); II - A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; III - O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito

**Equiparação da injúria racial a crime de racismo** – Em 28.10.2021, no julgamento do **HC 154.248**, a Suprema Corte, por oito votos a um, decidiu que o crime de injúria racial é espécie do gênero racismo, sendo, portanto, imprescritível, de acordo com o artigo 5º, XLII, da Constituição Federal. A ementa do acórdão ficou assim redigida:

HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira

ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. 4. Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível. 5. Ordem de habeas corpus denegada.

**Equiparação da injúria contra integrante da comunidade LGBTQI+ a injúria racial** – Posteriormente, em 21.8.2023, ao julgar **embargos de declaração** no já mencionado **Mandado de Injunção 4733**, o STF equiparou a injúria dirigida contra integrante da comunidade LGBTQI+ ao crime de injúria racial.

O Ministro Relator, em seu voto, argumentou que, já tendo sido reconhecido que a injúria racial é espécie de racismo, e tendo havido a equiparação entre a homotransfobia e o racismo, a consequência lógica desses entendimentos é a de que a injúria assacada contra integrante da comunidade LGBTQI+ deve ser considerada crime de injúria racial.

## **Conclusão**

A jurisprudência do STF sobre a liberdade de expressão é rica e diversificada, demonstrando um esforço contínuo em equilibrar esse direito fundamental com outros valores e direitos constitucionais.

A Corte Constitucional tem constantemente assinalado que a liberdade de expressão, em linha de princípio, deve sofrer restrições apenas quando estritamente necessário, para proteger outros direitos ou interesses igualmente fundamentais. E deve fazê-lo *a posteriori*.

A análise desses casos demonstra que a jurisprudência do STF tem buscado fortalecer a liberdade de expressão como pilar da democracia, sem perder de vista a necessidade de equilibrar esse direito com outros princípios constitucionais.