

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Gabriel Tadeu de Camargo Paula

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E
“HATE SPEECH”**

Taubaté – SP

2020

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Gabriel Tadeu de Camargo Paula

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E
“HATE SPEECH”**

Projeto de Pesquisa apresentado ao Curso de
Direito da Unitau – Universidade de
Taubaté

Professor: Andréia Fogaça Rodrigues Maricato

Taubaté – SP

2020

**Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBi
Grupo Especial de Tratamento da Informação – GETI
Universidade de Taubaté**

P324d Paula, Gabriel Tadeu de Camargo
Direitos fundamentais, liberdade de expressão e "Hate Speech" /
Gabriel Tadeu de Camargo Paula. -- 2020.
71 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2020.

Orientação: Profa. Ma. Andréia Fogaça Rodrigues Maricato,
Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Constitucionalismo - Brasil. 2. Liberdade de expressão. 3. Discurso
de ódio. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 342.1(81)

Gabriel Tadeu de Camargo Paula

Trabalho de Graduação apresentado para obtenção
do Certificado de Bacharel em Direito do
Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade de Taubaté.

Data: _____

Resultado _____

Banca Examinadora

Universidade de Taubaté

Prof. Dr. _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico a presente monografia primeiramente à minha família, pelo amor e apoio nesta longa trajetória universitária.

Aos professores que muito me ensinaram durante estes anos e especialmente aos meus dois orientadores que possibilitaram e me deram apoio na elaboração deste último trabalho.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente à minha família, pelo apoio incondicional durante os anos de graduação, e também aos meus colegas de classe, futuros colegas de trabalho, com quem dividi grande parte da minha vida.

Agradeço também os professores da instituição, por todo o conhecimento repassado.

CAMARGO PAULA, Gabriel Tadeu de. **DIREITOS FUNDAMENTAIS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E “HATE SPEECH”**. Trabalho de Graduação apresentado para obtenção do Certificado de Bacharel em Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, UNITAU, 2020.

RESUMO

O constitucionalismo é um movimento de imensurável importância na história da humanidade, do qual se originaram diversos dos direitos que protegem a sociedade em amplas e variadas áreas. Apesar de ser um instituto recente tipificado principalmente no rol de direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, seu cerne tem origem na dignidade da pessoa humana, conceito existente até mesmo nas sociedades datadas antes de Cristo, que ao longo dos séculos e milênios transformaram-se no mais importante instituto do direito no mundo todo, buscando garantir o mínimo existencial a todo ser humano. Um dos direitos salvaguardados pela Constituição Federal é a Liberdade de Expressão, que sofreu muito em diversos países até tornar-se efetiva, como no Brasil e, períodos imperialistas e ditatoriais, haja vista de que, há países que sofrem até a atualidade e lutam pelo mesmo. Mesmo com a devida importância, a liberdade de expressão deve ser limitada, de modo que preserve os demais direitos fundamentais e infraconstitucionais, não admitindo que, ao seu exercício, seja cerceado ou ofendido qualquer ser humano.

Palavras chaves: constitucionalismo, liberdade, expressão, fundamentais.

CAMARGO PAULA, Gabriel Tadeu de. **DIREITOS FUNDAMENTAIS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E “HATE SPEECH”**. Trabalho de Graduação apresentado para obtenção do Certificado de Bacharel em Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, UNITAU, 2020.

ABSTRACT

Constitutionalism is a movement of immeasurable importance in the history of mankind, which gave rise to several of the rights that protect society in wide and varied areas. Despite being a recent institute typified mainly in the list of fundamental rights of the Brazilian legal system, its core has its origin in the dignity of the human person, a concept that exists even in societies dated before Christ, which over the centuries and millennia have become the most important institute of Law worldwide, seeking to guarantee the minimum existential to every human being. One of the rights safeguarded by the Federal Constitution is Freedom of Expression, which suffered a lot in several countries until it became effective, as in Brazil and, imperialist and dictatorial periods, considering that, there are countries that suffer until today and fight by the same. Even with due importance, freedom of expression must be limited, so as to preserve other as to preserve other fundamental and infraconstitutional rights, not admitting that any human being is restricted or offended when exercising it

Keywords: constitutionalism, freedom, liberty, fundamentals.

SUMÁRIO

Conteúdo:

INTRODUÇÃO	1
1.0 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ORDEM CONSTITUCIONAL	2
1.1 – CONSTITUCIONALISMO, CONCEITO E HISTORICIDADE	2
1.2 – CONSTITUCIONALISMO MEDIEVAL, MAGNA CHARTA	2
1.3 – CONSTITUCIONALISMO MODERNO	3
1.3.1 – BILL OF RIGHTS	3
1.3.2 DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DA VIRGÍNIA E INDEPENDÊNCIA DAS 13 COLÔNIAS	4
1.3.3 – REVOLUÇÃO FRANCESA E CONSTITUIÇÕES ESCRITAS	6
1.4.1 – DIGNIDADE HUMANA NA ANTIGUIDADE	8
1.4.2 – DIGNIDADE HUMANA NA MODERNIDADE	11
1.4.3. – PERÍODO ILUMINISTA	13
1.5. DIGNIDADE HUMANA CONTEMPORÂNEA	15
1.6. - CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E DIREITO FUNDAMENTAL	17
1.6.1 – SURGIMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	17
1.6.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	19
1.7 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO E HATE SPEECH	23
2.0 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS CONSTITUIÇÕES NÃO LIBERAIS	29
2.1 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA COREIA DO NORTE	29
2.2 – LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CHINA	30
3.0 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIMITAÇÕES	33
3.1 – HC 82.424- SIEGFRIED ELLWANGER CASTAN	36
3.2 ADI 4815	46
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

A presente monografia dedica-se à discutir a origem e a eficácia de Direitos Fundamentais, especialmente a Liberdade de Expressão, conquistada ao longo dos anos, pautada sobre o constitucionalismo e a dignidade da pessoa humana, será abordado todo o contexto histórico-normativo dos dispositivos deste instituto.

Ainda que, dotado da característica de Direito Fundamental, positivado na Constituição Federal, encontram-se alguns problemas em seu exercício, viabilizando manifestações de ódio, denominadas dentro do campo das ciências humanas como Discurso de Ódio, e no direito comparado utiliza-se o termo “Hate Speech”, expondo discussões sobre sua limitação, efeitos positivos que tem causado, e os malefícios da sua não manutenção, evidenciar a necessidade destas decisões para a garantia do bem estar social e a salvaguarda dos direitos de minorias, como será ilustrado por meio de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

1.0 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ORDEM CONSTITUCIONAL

1.1 – CONSTITUCIONALISMO, CONCEITO E HISTORICIDADE

Os direitos fundamentais na ordem constitucional além de serem imprescindíveis para a vida civil possuem suma importância para a elaboração e o entendimento da presente monografia, sendo os direitos básicos para a garantia do mínimo existencial e da garantia da dignidade da pessoa humana.

1.2 – CONSTITUCIONALISMO MEDIEVAL, MAGNA CHARTA

Consoante a isto, apresenta-se um breve resumo acerca do tema do constitucionalismo e dos direitos fundamentais, abordando seus conceitos histórico-filosóficos ao longo do tempo. Ao longo dos anos, não há uma definição exata de quando de fato iniciou-se o constitucionalismo como limitação dos poderes estatais, segundo o Prof. João Trindade Cavalcante Filho (2007, p. 1), iniciando no Constitucionalismo medieval (...), para a doutrina tradicional, o fenômeno constitucional surgiu com a Magna Charta Lebertatum, assinada pelo Rei João Sem-Terra na Inglaterra no ano de 1215, que, ao assumir em plena época feudal, não possuía feudos, pois não era o primogênito, tornando-se um rei politicamente frágil, dado ao fato que na época, as terras eram o principal fator de poder, tendo isso em vista, os barões feudais forçaram o rei a assinar uma Carta de Direitos, que ficou posteriormente conhecida como *Carta maior de Liberdade* ou *Magna Charta Liberatu*. " Essa, que foi a primeira declaração formal de direitos, positivou vários aspectos daqueles que hoje são considerados direitos fundamentais. Prerrogativas até hoje existentes no Direito Constitucional, como *habeas corpus*, o tribunal do Júri, devido processo legal, a anterioridade tributária, etc. (TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, p. 5. São Paulo: Saraiva, 2010), passa-se a considerar a Constituição como uma norma jurídica suprema.

1.3 – CONSTITUCIONALISMO MODERNO

1.3.1 – BILL OF RIGHTS

Cabe dar a devida importância à Revolução Gloriosa e Bill of Rights, segundo Trindade (2007, p. 2), " Na revolução gloriosa, Guilherme de Orange, genro de Jaime II, dá um golpe e toma o poder na Inglaterra, tendo recebido apoio do Parlamento. Guilherme assina a Bill of Rights, sintetizada na expressão "O Rei reina, o parlamento governa" e dá início a monarquia parlamentarista na Inglaterra, com a Revolução Gloriosa e a Bill of Rights a burguesia dá fim ao Antigo Regime. A Bill of Rights possuía treze cláusulas e uma série de direitos que seriam de suma importância aos lordes e, por conseguinte aos demais membros do reino, "[...] se reproduzam os atentados contra 'a religião, direitos e liberdades', no país" (ALTAVILA, 1989, p. 289), é uma clara demonstração da insatisfação popular com a amplitude do poder real, partindo de todas as classes, tanto seus lordes quanto os súditos, Guimarães (2010) explica que o texto foi elaborado com o propósito de garantir e estender o poder dos lordes, por consequência, inclui os súditos em suas demandas presentes, ao garantir-lhes o "[...] direito de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões e as vexações de qualquer espécie que sofram por esta causa"

"Foi uma advertência dos lordes ao rei, para que não mais tentasse dominar o parlamento, repetindo as violações cometidas pelo rei Jaime II. Ainda assim, o povo, os súditos e o país, de uma forma geral, são resguardados dos abusos da coroa e os direitos à liberdade de expressão e à propriedade privada estendidos a todos". (GUIMARÃES, 2010, p. 10)

De acordo com Bezerra (2018), A Bill of Rights é um desfecho da história iniciada em 1215, que foi ganhando força e instituiu a Monarquia do lugar da realeza do direito divino, sobre as arbitrariedades no Reinado de Jaime II, o parlamento adquiriu poderes e determinou o direito à liberdade, à

vida, à propriedade privada e pelo qual o rei ficava impedido de suspender a aplicação de lei, além de não poder aumentar impostos, recrutar ou manter exércitos em épocas de paz sem sua autorização, assegurando o poder do Parlamento na Inglaterra. O Bill of Rights estabeleceu a submissão do Rei perante o Poder Legislativo Inglês; a Liberdade de imprensa; Foram estabelecidos os Direitos Individuais; Garantias processuais; Autonomia do Poder Judiciário; Necessária prévia autorização do parlamento para sancionar leis; O Rei não poderá deixar de cumprir ou dispensar as Leis; A cobrança de impostos só será legalizada com o concurso do Parlamento, assim, a Revolução Gloriosa e a Bill of Rights, para muitos, alcança a posição de maior marco histórico do constitucionalismo, visto que desencadeou o fim do Absolutismo na Inglaterra, apresentando posteriormente aos demais países o modelo britânico da afirmação dos Direitos Humanos.

Conforme Bezerra (2018), Bill of Rights tem grande influência na constituição dos Direitos Fundamentais, visto que, aborda as limitações do poderio Estatal em frente aos governados, com sua instituição, passaram a ser autorizadas petições, criou-se a liberdade para a eleição de membros do parlamento, bem como as imunidades parlamentares e suas competências de julgamentos, além do impedimento da aplicação de penas cruéis ou impostos e fianças exorbitantes.

"Pode-se dizer que as maiores contribuições da Carta de Direitos foi: 1) a cristalização dos direitos que deveriam ser respeitados pelo Estado e 2) a afirmativa de que os Direitos derivariam do Parlamento, contrariando as ideias absolutistas que defendiam o contrário. Ambas as contribuições foram extremamente importantes no fortalecimento da moral dos indivíduos, na valorização dos sujeitos em si mesmo e em suas relações com o poder exercido pelo Estado-Instituição" (BEZERRA, 2018, apud FERREIRA, 2009, p. 37)

1.3.2 DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DA VIRGÍNIA E INDEPENDÊNCIA DAS 13 COLÔNIAS

Posteriormente, surgem importantes marcos acerca do constitucionalismo nos Estados Unidos da América, primeiramente, pela

Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e Independência das 13 Colônias, no ano de 1776, segundo Trindade (Com a independência, que fora declarada em 1776, as 13 colônias inglesas na América se declararam independentes e passaram a formar uma espécie de Confederação e, depois uma Federação, dentro do presente contexto as declarações de direitos proliferaram, garantindo aos cidadãos algumas prerrogativas básicas.

No ano de 1787 surge a Constituição Federal dos Estados Unidos da América, segundo Trindade (2007, p. 1) é considerada a primeira Constituição escrita da humanidade. Em que pese esta carta não possuísse originalmente qualquer declaração de direitos, foram incluídas todas posteriormente através de emendas, principalmente, sendo a mais importante, a quinta emenda.

ARTIGOV

"Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar. ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização."

Texto que consolidou, na época, direitos de suma importância, que prevalecem até hoje no ordenamento jurídico de diversos países, inclusive na Constituição Federal de 1988 que perdura até hoje, como a Vedação da Auto-incriminação, ou seja, prevê o direito de não produzir provas contra si mesmo dentro do processo. Também institui garantias contra o abuso das autoridades estatais, como o julgamento pelo grande júri, o direito de ser julgado apenas uma vez acerca dos mesmos fatos, o direito a justa compensação por bens desapropriados, e também a cláusula da "Due Process of Law" conhecida no Brasil como o "Devido Processo Legal", contido também na Constituição

Federal de 1988, no Art. 5º, LIV, "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;".

É considerada a primeira Constituição escrita da humanidade, um marco na história da defesa de direitos básicos do cidadão.

1.3.3 – REVOLUÇÃO FRANCESA E CONSTITUIÇÕES ESCRITAS

Finalizando a etapa do Constitucionalismo Moderno, cabe dar ênfase à Revolução Francesa de 1789 e as Constituições Escritas.

Segundo Trindade (2007, p. 3), A Revolução Francesa, representa a derrocada final do Absolutismo, justamente no país em que tal fenômeno foi mais presente, e que, embora tenha sido a última das três grandes revoluções liberais, teve uma importância histórica muito grande, pois popularizou a defesa dos direitos dos cidadãos. A Revolução Francesa não constitui um evento em si, mas sim um ciclo revolucionário que ocorre entre 1789 e 1799, marcando o fim do absolutismo na França, Eric Hobsbawm traz a seguinte assertiva:

[...] a França que fez suas revoluções e a elas deu suas ideias, a ponto de bandeiras tricolores de um tipo ou de outro terem-se tornado o emblema de todas as nações emergentes [...]. A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo. A França deu o primeiro grande exemplo, o conceito e o vocabulário do nacionalismo. [...] A ideologia do mundo moderno atingiu as antigas civilizações que tinham até então resistido às ideias europeias inicialmente através da influência francesa. Essa foi a obra da Revolução Francesa". (HOBBSAWM, Eric. A Era das Revoluções: 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 98.)

Segundo o pesquisador Daniel Neves (2020) resultado de uma crise política, econômica e social que a França enfrentou no fim do século, decorrente do seu atraso para as mudanças no mundo econômico, atingindo todas as camadas sociais, principalmente as menos favorecidas. Na época,

havia instituições conhecidas como Estados Gerais, que seriam uma espécie de assembleia instaurada na França ainda no período medieval, como uma forma do povo francês de discutir soluções para eventuais crises no país, as quais viriam por meio de votação, que seriam realizadas pela divisão entre as camadas sociais, não por indivíduos, e que, em virtude de tal prerrogativa, as camadas mais altas da sociedade, compostas pelo clero e pela nobreza sempre miravam a classe baixa, composta principalmente pelos camponeses e os burgueses, gerando revolta. Em virtude da indignação do povo com a maneira que eram realizadas as votações nos Estados Gerais, foi proposto que o voto fosse individual, abrindo a possibilidade da aprovação das medidas interpostas pelos burgueses, que por sua vez representavam a classe baixa dentre os estados, não obstante, tiveram suas reivindicações negadas, motivando a criação da Assembleia Constituinte.

Em 14 de Julho de 1789, a população parisiense rebelou-se e atacou a Bastilha, uma prisão onde eram enviados os opositores do governo Absolutista Francês, espalhando o fervor revolucionário pelo país.

Segundo Trindade (2007, p. 4) deste período em diante, começa a era do constitucionalismo contemporâneo, onde o movimento constitucionalista passa a lutar para conquistar outros direitos, como a democracia, o desenvolvimento econômico, ambiental, dentre muitos outros, haja vista de que, não foram deixados de lado os Direitos Fundamentais, pautados sobre o pilar da Dignidade da pessoa Humana.

1.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana segundo professor Daniel Sarmiento (2016, p. 26) envolve uma determinada concepção de que as pessoas, independentemente de qualquer distinção, possuirá sua dignidade pelo simples fato de ser dotado da "humanidade", trazendo também uma característica de

superioridade da espécie humana perante todos os seres que habitam o mundo.

A compreensão moderna da dignidade humana tem, simultaneamente, um “alcance vertical”, que expressa “a superioridade dos seres humanos sobre os animais”, e um “alcance horizontal”, que consiste “na igualdade dos seres humanos entre si, independentemente da função que cada um desempenhe na sociedade” (SARMENTO, 2016, apud PELE, Antonio, p. 2004).

1.4.1 – DIGNIDADE HUMANA NA ANTIGUIDADE

Em que pese, dentro das pesquisas acerca do Constitucionalismo a Dignidade Humana tenha maior notoriedade no período Iluminista, e posteriormente com a Declaração Universal de Direitos Humanos, no período pós Segunda Guerra Mundial, de acordo com Prof. Daniel Sarmiento (2016, p 28-30), a dignidade da pessoa humana possui raízes mesmo na antiguidade, O Livro Gênesis, sendo este o primeiro livro da Bíblia cristã e do Pentateuco judaico, escrito no século VI A.C já traz o conceito da grandeza humana na afirmação de que Deus o criara “à sua imagem e semelhança”, destinando-o a exercer autoridade sobre “os peixes do mar, sobre as aves do céu e sobre todos os seres vivos que se movam sobre a terra” (**BÍBLIA**. A.T. Gênesis, Português, Bíblia Sagrada, Capítulo 1, versículo 26), dando os primeiros passos ao pensamento da dignidade da pessoa humana dentro das tradições religiosas cristã/judaicas.

Adiante, no pensamento helenístico, que, de acordo com Prof. Juliana Bezerra (2019) foi uma época da história compreendida entre os séculos III e II a.C, no qual os gregos estavam sob domínio do império Macedônico, a civilização helenística foi resultado da fusão de diversas sociedades, em suma, gregas, persas e egípcias, foi uma cultura bastante exaltada pela riqueza em sua arquitetura, o Helenismo procurava retratar com perfeição a natureza e os movimentos do corpo humano. Período em que trouxe também, três importantes movimentos para a filosofia, o Cinismo, iniciado por Antístenes

(445-365 a.C), discípulo de Sócrates, com raízes em seus pensamentos, pregava o total desprezo pelos bens materiais e ao prazer; O Epicurismo, criado por Epicuro (341-271 a.C.), cultuava a prática da virtude e a cultura do espírito, buscando sempre o prazer; o Ceticismo de Pirro (318-272 a.C.), corrente filosófica que pregava a dúvida de todos os fenômenos que rodeiam o ser humano, mantendo-se em neutralidade acerca de qualquer questão, não admite a existência de dogmas, fenômenos religiosos ou metafísicos; e por último o Estoicismo, fundada por Zênon de Cítion (333 a.C. - 263 a.C), que acentuava a indiferença à dor, a independência em relação aos bens materiais e principalmente a submissão à ordem natural das coisas, ressaltando o ideal da superioridade humana, enquanto um animal será guiado apenas pelo seu instinto, o homem é guiado pela sua razão, que por sua vez traz o conhecimento da Natureza ao homem, não existindo nada superior a ela, Deus está impregnado na natureza. Como exemplo, pode-se citar um trecho da peça *Antígona* de Sófocles:

Coro: Muitos são os mistérios; nada mais misterioso que o Homem. Ele cruza o mar bravio quando há vento e tormenta. E a mais venerada das deusas, a Terra, a incorruptível, a venerável, ele vai fatigando com o ir e vir do seu arado, ano após ano, fazendo-a frutificar. Os pássaros do céu ele aprisiona, bem como os animais dos campos e os seres que habitam o fundo do mar, nas malhas das suas redes. Homem engenhoso demais! (...)Ele soube forjar a linguagem e o pensamento, criar cidades, e sabe proteger-se do gelo e das chuvas. Inesgotável em recursos contra tudo, salvo contra a morte. Dotado de inventividade sem fronteiras, umas vezes usada para o mal, outras para o bem. (ERRADONEA, Ignácio, 1964)

De acordo com os pensamentos de Daniel Sarmiento (2016, p. 28.) há a presença do pensamento hierárquico na Roma Antiga também, solidificada pela ideia de *dignitas*, palavra, que em contexto, era empregada para designar o prestígio que determinada pessoa ou instituição possuía, uma forma de

enaltecer o status adquirido por tal. Por sua vez também trazer uma certa diferença quanto à "altura" que a pessoa possuía dentro da sociedade, trazendo ênfase ao comportamento desses indivíduos dados como superiores aos demais. A *dignitas* implicava em respeito, havia expectativa que a pessoa que a portasse recebessem respeito e até mesmo honrarias da sociedade, porém, diferentemente dos aspectos discutidos anteriormente, que enalteciam a figura do homem de maneira geral, este não era um atributo inerente a todos somente por serem humanos, mas sim um privilégio dificilmente obtido.

Os pensamentos em que procuravam enaltecer o homem como uma espécie em si, e não trazer honra e dignidade à uma parte segregada e privilegiada da sociedade, retornam adiante nos pensamentos de Cícero, filósofo da escola Estóica na Roma Antiga, na obra denominada *De Officiis*, escrita em 44 a.C, trazendo uma universalidade ao conceito de dignidade, sendo esta ensejada pela razão, "deu à expressão um sentido universalista, até então inédito, ao aludir à dignidade como característica de todas as pessoas decorrente da razão, que distingue os seres humanos dos animais." (SARMENTO, 2016, p. 31.). Obstante de que, não conseguira impedir o avanço da escravidão ou que este não a aceitasse, ainda sim, prostrou-se a criticar os excessos de violências cometidas aos escravos pelos seus proprietários ou funcionários destes, esta luta contra a violência traz a centelha onde se inicia a formulação do conceito de dignidade atualmente aceito. Segundo Caio Spazzapan Meloni, o princípio da Dignidade humana teve como base filosófica também, os pensamentos de São Tomás de Aquino e Santo Agostinho:

“É a dialética cristã entre preceitos da fé, tais como alma, espírito e livre-arbítrio que permitiu a criação de uma doutrina que se preocupa com o homem enquanto fim em si mesmo, sujeito de direitos e merecedor de respeito e dignidade. Tal criação serviria posteriormente para uma elaboração mais pormenorizada de dignidade da pessoa humana, tema que seria abordado pelo filósofo Immanuel Kant durante a segunda metade do século XIX.” (MELONI, Caio, 2015)

“Se o homem carecesse de livre-arbítrio da vontade, como poderia existir esse bem, que consiste em manifestar a justiça, condenando os pecados e premiando as boas ações?”

Visto que a conduta desse homem não seria pecado nem boa ação, caso não fosse voluntária. Igualmente o castigo, como a recompensa, seria injusto, se o homem não fosse dotado de vontade livre. Ora, era preciso que a justiça estivesse presente no castigo e na recompensa, porque aí está um dos bens cuja a fonte é Deus. Conclusão, era necessário que Deus desse ao homem vontade livre" (MELONI, 2018, apud **SANTO**, Agostinho, O livre arbítrio, p. II, 1, 3.)

Santo Agostinho procura sempre enaltece o livre-arbítrio, como um filósofo, teólogo e bispo de Hipona, província romana da África, as raízes dos seus pensamentos trazia raízes do Cristianismo, ditava que o homem possuía a faculdade de escolha de suas ações, sendo sujeito passivo e ativo sobre seus direitos, podendo por escolha própria seguir os ensinamentos do universo, cada qual gerando uma conseqüência, dotado de sua razão, dará rumo à sua existência, seguindo ou não as Leis Divinas ou Humanas, entrando em contraste com o Direito Fundamental de Liberdade, atravessando tanto o conceito da liberdade civil quanto a religiosa, em que pese não desatrele seus ideais dos ensinados pela igreja, a faculdade de seguir ou não as Leis Divinas traz certo teor de liberdade religiosa.

Seguindo ainda a linha de pensamento de Caio Spazzapan Meloni (2018), São Tomás de Aquino defende que a dignidade é algo absoluto e pertence à essência e que o corpo humano tem máxima dignidade, uma vez que a forma que o aperfeiçoa, a alma racional é a mais digna. Daniel Sarmiento (2016, p. 29.), salienta que para Tomás de Aquino, a superioridade humana vem da racionalidade, bem como do livre arbítrio em que o homem fora investido por deus ao criá-lo à sua imagem e semelhança, ressaltando que o homem seria então, a mais perfeita criação divina, pensamento que perdurou durante todo o restante da antiguidade.

1.4.2 – DIGNIDADE HUMANA NA MODERNIDADE

Para a grande maioria dos estudiosos, a transição da Idade Média para a Idade Moderna, é datada durante o Renascimento, segundo professor Marco Gondim (2020), trata-se do período de efervescência artística e cultural

ocorrido entre os séculos XV e XVI na Europa Ocidental, onde fica claro o rompimento do vínculo com a Idade Média, seu epicentro foi na cidade de Florença, localizada na Itália, e posteriormente ganhou notoriedade ao longo do continente. Segundo Daniel Sarmiento, houve uma grande valorização do ser humano, percebida em diversos campos, como na arte, na literatura, na filosofia, deixadas de lado as visões teocêntricas, começa-se a abrir espaço ao antropocentrismo, o autor da grande importância às ideias do pensador renascentista, Giovanni Pico della Mirandola,:

“O Discurso sobre a Dignidade do Homem – que bem expressa esta nova cosmo visão. Para Pico, a dignidade humana repousa, antes de tudo, na autonomia individual, que consiste na capacidade que tem o ser humano de fazer escolhas sobre os rumos de sua vida. A dignidade, nessa perspectiva renascentista, é, portanto, um atributo de todas as pessoas, e não só de uma elite. Disso, porém, ainda não se extraía que todos deveriam gozar dos mesmos direitos e se submeter aos mesmos deveres. (SARMENTO, 2016, p. 33.)

“Giovanni Pico Della Mirandola, situa-se então, entre o alinhamento transcendente e metafísico-religioso da cultura medieval e o homem novo, surpreendido pela ótica da autonomia da razão, consciente de sua liberdade e do potencial construtivo com o qual ela acena. Os estudiosos de seu pensamento consideram “A Dignidade do Homem” (Oratio de Hominis Dignitate) não somente seu texto mais original como ainda tradução fiel do que foi o movimento humanista do Renascimento. (FELIX, Luciene, 2014)

Autor do texto “*O Discurso sobre a Dignidade do Homem*”, onde descreve que a dignidade humana encontra-se, sobretudo, na autonomia individual que o ser humano possui, na capacidade e liberdade que o ser humano tem de cumprir seus deveres e fazer o que bem lhe entende à luz de sua própria convicção, trazendo ao renascentista, a perspectiva de liberdade como um atributo inato de qualquer ser humano, não só a elite, mas todas as pessoas que fazem parte da sociedade trazem consigo a liberdade e a dignidade, haja vista de que, não se extrai dessa ideia ainda que todos deverão

ter os mesmo direitos e se submeterem aos mesmos deveres, mas que a autonomia individual antecede a qualquer outro direito.

1.4.3. – PERÍODO ILUMINISTA

No Iluminismo então, surge os primeiros resquícios sobre a dignidade humana que, posteriormente ensejará nos direitos fundamentais. O igualitarismo ressoa fortemente nas revoluções francesas e norte-americanas, “Todos os homens nascem livres e iguais em direito”, Art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, editada logo no início da Revolução Francesa. De forma resumida, a França governada no regime de monarquia absolutista, a população francesa encontrava-se com fome e em situação de miséria, segundo professor Julio Cesar Medeiros da Silva Pereira (2020), a sociedade francesa era dividida em estamentos, compostas por dois grupos privilegiados, o clero, Primeiro estado e a Nobreza, Segundo Estado, que exploravam um terceiro grupo, formado pelos burgueses, pelos camponeses sem terra e também pelos “*sans-culottes*” termo alusivo à uma camada social heterogênea francesa, composta por artesãos, seus aprendizes, aristocratas, e do proletariado. O Terceiro Estado havia de pagar os impostos e as contribuições ao rei, os demais estamentos não somente tinham a isenção tributária, como também usufruíam do tesouro real, pontua que, em tal momento, onde a sociedade não possuía voz alguma para questionar o estado, com qualquer questionamento os cidadãos eram executados ou enviados para a Bastilha, inicialmente foi construída para ser um monumento da entrada da cidade de Paris, porém durante os anos em torno da revolução, serviu como prisão, e sua queda tornaram-se um marco histórico, e também o símbolo da revolução francesa, todo o quadro de injustiças sociais foi denunciado pelos filósofos da época, eclodindo na revolução, em que pese o clero e a nobreza tentarem de diversas formas contornar a ira do povo e conter o ímpeto reformista, o terceiro estado, transformou a Assembléia Nacional na então Assembléia Nacional Constituinte, e em 14 de julho de 1789, a Bastilha foi tomada, os camponeses saqueavam as propriedades feudais e invadiam os

cartórios para eliminar os títulos de propriedades das terras, no dia 4 de agosto foi aprovada, a abolição dos direitos feudais, e no dia 26 do mesmo mês, veio a tona a Declaração dos Direitos do Homem, o rei perdeu seu poder absoluto, o feudalismo foi abolido e os bens eclesiásticos nacionalizados, o clero foi civilmente instituído e reconhecida a igualdade civil Cabe, por fim, antes de adentrar no constitucionalismo contemporâneo ressaltar as idéias de Immanuel Kant, que segundo Sarmento, “A mais importante formulação sobre a dignidade humana do Iluminismo provavelmente a mais influente em toda a história” (SARMENTO, 2016, p. 33), a teoria kantiana de que, diferentemente das coisas e dos animais, as pessoas não tem preço, mas dignidade, constituindo fins em si mesmos, Kant fundamenta a dignidade na autonomia do ser humano, que possui a faculdade de agir de acordo com a moralidade, a autonomia é uma característica universal do seres racionais, capazes de descobrir e de se Autodeterminar pela lei moral, não depende de classe social, roça ou qualquer outro fator, nas palavras do próprio pensador:

“Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio” (SARMENTO, 2016, p.35. apud KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Op. cit., p. 73.)

“A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. Ora aquilo que serve à vontade de princípio objectivo da sua autodeterminação é o fim e este, se é dado pela só razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. (SARMENTO, 2016, p.35. apud KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Op. cit., p. 73.)

“No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr outra em vez dela qualquer outra como equivalente; mas

quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. [...] aquilo [...] que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade (KANT, 1986, p.77, grifos originais).”

1.5. DIGNIDADE HUMANA CONTEMPORÂNEA

A Dignidade Humana, em que pese, tenha percorrido milênios aperfeiçoando-se e trazendo novos direitos, garantias e percepções para a humanidade, é exaltada com suma importância e de forma mais eficaz no período pós segunda guerra mundial. Encerrada a guerra, Segundo Prof Pauline de Moraes Chemin (2009), era mútua entre todas as nações a proteção dos direitos humanos e fundamentais dentro do mundo jurídico, havia uma grande cicatriz na história causada pelas nações aliadas aos regimes nazistas e fascistas, ensejando na criação de diversos instrumentos para a garantia da defesa, como os Pactos Internacionais, e também a criação da ONU (Organização das Nações Unidas), a dignidade humana passa a ser a essência que projeta o ordenamento jurídico, passando a ter valor supremo e fundamental para qualquer lei, “Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana nasce para proteger o ser humano, mantendo e garantindo o viver com dignidade, e o respeito recíproco.”

“Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,... a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações...” (Organização das Nações Unidas, 1948)

O teor da Dignidade Humana é solidificado através da Declaração universal dos Direitos Humanos, instaurada no dia 10 de Dezembro de 1948, e conforme pontuado pela própria ONU:

“ Embora o mundo tenha mudado drasticamente em 70 anos, os redatores não previram os desafios da privacidade digital, da inteligência artificial ou da mudança climática, o foco da Declaração na dignidade humana continua a fornecer uma base sólida para a evolução dos conceitos de liberdade, os ideais contidos nos 3 artigos da Declaração vão desde os mais fundamentais, como o direito à vida, até aqueles que fazem a vida valer a pena, como a alimentação, educação, trabalho, saúde e liberdade, enfatizando a dignidade inerente de cada ser humano, e que seus direitos humanos são “a base da liberdade, da justiça e da paz no mundo ...”.

“ Os direitos humanos derivam do “fato de existir” , eles não são concedidos por nenhum Estado, Esse reconhecimento, deu origem ao direito inalienável de viver livre de necessidades e de desenvolver plenamente sua personalidade, por serem inerentes a toda mulher, homem e criança, os direitos listados nos 30 artigos são indivisíveis, todos são igualmente importantes e não podem ser posicionados em nenhuma hierarquia. Nenhum direito humano pode ser plenamente realizado sem perceber todos os demais. (Organização das Nações Unidas, 1948.).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, já traz em seus dois primeiros artigos, declarações que trazem um apelo e explicita todo o contexto supracitado, estes dois artigos possuem um peso inigualável, tanto na época em questão, quanto até nos dias de hoje.

Artigo I: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade."

Artigo II:

1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de

raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

(Organização das Nações Unidas, 1948.).

1.6. - CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E DIREITO FUNDAMENTAL

1.6.1 – SURGIMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Pontuados os principais pontos acerca das raízes da dignidade da pessoa humana e do constitucionalismo, adentra-se ao constitucionalismo contemporâneo. Depois de um grande período de obscuridade na tratativa da dignidade da pessoa humana ocorrido no Brasil entre os anos de 1964 a 1985, conhecido como Ditadura Militar, épocas em que muitos dos direitos e garantias previamente conhecidas foram suprimidos. Com um caráter autoritário e nacionalista, o golpe militar derrubou o presidente João Goulart, e trazendo como novo presidente Humberto Alencar Castelo Branco, conhecido como Marechal Castelo Brancos, e posteriormente diversos outros líderes de origem militar, a supressão do direito à liberdade, principalmente a de expressão foi sentida por muitos dos civis, sobretudo, os casos de tortura, cerceamento do pensamento, e a censura fomentaram um sentimento de revolta no povo, diversos artistas, mesmo com muitas das letras de suas músicas sendo analisado por uma corte militar que avaliaria a "nocividade" das mensagens proferidas pelo músico ao seu governo, com muita destreza, alguns artistas conseguiram atravessar este mecanismo de censura, como Chico Buarque em sua canção "Apesar de Você":

Hoje você é quem manda
"Falou, tá falado
Não tem discussão
A minha gente hoje anda
Falando de lado
E olhando pro chão, viu
Você que inventou esse
estado
E inventou de inventar
Toda a escuridão
Você que inventou o pecado
Esqueceu-se de inventar
O perdão
Apesar de você
Amanhã há de ser
Outro dia"
(HOLLANDA, Francisco
Buarque, 1978.).

Fomentando ainda mais a revolta dos brasileiros com o atual governo, posteriormente, eclodindo no movimento "Direto Já", campanha em que o povo brasileiro exigia o direito de escolher quem presidiria o país. Em 1985 a eleição indireta aconteceu, o candidato que representara os militares era Paulo Maluf e o candidato da oposição era Tancredo Neves, eleito, junto ao seu vice, José Sarney, ensejando no fim da Ditadura Militar e iniciando-se os debates para o estabelecimento de uma Constituição.

"Foi um momento de recuperação de direitos, sobretudo. E isso foi possível, até certo ponto, por conta da grande mobilização da população, sobretudo a partir dos segmentos e categorias mais organizados", (HAGE, Jorge, 2018.).

"A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se inúmeras eleições

presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, diversos episódios poderiam ter deflagrado crises que, em outros tempos, teriam levado à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por impeachment, do primeiro presidente eleito após a ditadura militar. Mesmo nessa conjuntura, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Nas últimas décadas, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, Presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituídos na forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.” (**BARROSO**, 2014, p. 2.).

No Brasil, a Constituição de 1988 foi elaborada pelo Congresso Constituinte, composto por deputados e senadores eleitos democraticamente em 1986 e empossados em fevereiro de 1987. O trabalho, concluído em um ano e oito meses, permitiu avanços em áreas estratégicas como saúde (com a implementação do Sistema Único de Saúde), direito da criança e do adolescente e novo Código Civil.

1.6.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Promulgada a Constituição Federal de 1988, surgem os Direitos Fundamentais, com seu “cerne” diretamente ligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, são direitos básicos, inerentes a todo ser humano, inalienáveis, imprescritíveis, inatos, absolutos, intransmissíveis, e impenhoráveis, buscando não somente estabelecer a igualdade entre seres humanos, mas também procurando a garantia do mínimo existencial, positivados no caput do Art. 5 da Constituição Federal de 1988, e também

detalhado em seus setenta e oito incisos e também seus parágrafos. Principal objeto de discussão da presente monografia.

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

(Constituição, 1988.).

“Os direitos e garantias fundamentais são direitos previstos na Constituição Federal e inerentes à pessoa humana. Além disso, cada vez mais ganham relevância, sobretudo no contexto de defesa da dignidade humana.” (BASTOS, Athena, 2020.).

De acordo com Prof. Flavia Martins André da Silva, os Direitos Fundamentais encontram-se divididos em cinco capítulos:

I - Direitos individuais e coletivos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, como a vida, igualdade, dignidade, segurança, honra, liberdade, propriedade, previstos no Art. 5º supramencionado, seus incisos e parágrafos.

II - Direitos Sociais, garante que o Estado Social de Direito salvasse as liberdades positivas aos indivíduos, referentes à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção e assistência, são direitos que buscam a melhoria das condições de vida, buscando a igualdade social, positivados pelo art. 6º

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. ”

III- Direitos de Nacionalidade, carregando o significado de vínculo jurídico que liga determinado indivíduo ao Estado, o tornando componente do povo, dando capacidade para cumprir seus deveres e também exercer seus direitos.

IV -Direitos Políticos, permitem ao indivíduo, por meio de direitos públicos subjetivos, exercer a cidadania, participando dos negócios políticos do Estado;

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

V - Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos, garante a autonomia e liberdade plena aos partidos, como instrumentos necessários na preservação do Estado democrático de Direito

(SILVA, Flávia Martins André, 2006.).

1.6.3 PORQUE DEVE CONFIGURAR NO TEXTO CONSTITUCIONAL

“Os direitos fundamentais encontram-se expressos na constituição na condição de ‘Cláusulas Pétreas’. Como são chamados os dispositivos constitucionais que não podem sofrer alterações pelos meios comuns, ou seja, não podem ser alterados pelas Propostas de Emenda à Constituição, conhecidas também como PEC. As matérias acerca das cláusulas pétreas estão elencadas em um rol objetivo contido no Art. 60, § 4º da Constituição Federal de 1988:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

(Constituição, 1988)

Segundo o CNJ (Conselho Nacional De Justiça), o termo “Cláusula Pétreas” traduz a vontade da Assembléia Constituinte de retirar do poder constituinte reformador, parlamentarar que compõem as sucessivas legislaturas, a possibilidade de alterar determinado conteúdo da Constituição em razão de sua importância, e que, para alterar um dispositivo em tal condição, é preciso promulgar uma nova Constituição, ou seja, é necessária uma reforma pautada pelo Poder Constituinte Originária.

Federação

A forma federativa se refere ao modelo do Estado brasileiro. O artigo 1º da Constituição afirma que a República Federativa do Brasil será “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. O Título I elenca ainda os fundamentos e os objetivos fundamentais da República. Como fundamentos entendem-se soberania, dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, por exemplo. Construir uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais são alguns dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

Separação dos poderes

Também está prevista no Título I (Dos Princípios Fundamentais) da Constituição o chamado princípio da separação dos poderes, que estabelece que a relação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deve ser harmônica e independente. A organização dos poderes está detalhada no Título IV, que trata do funcionamento do Congresso Nacional e do Poder Judiciário, assim como das atribuições do presidente e do vice-presidente da República

Demais seções

O Título V trata da defesa do Estado e das instituições democráticas. O Capítulo I aborda o estado de defesa e do estado de sítio, com as condições e circunstâncias em que o presidente poderá solicitar ao Congresso Nacional a decretação o estado de sítio. No mesmo Título, tratam da segurança pública e das forças armadas.

O Título VI cuida dos tributos e do Sistema Tributário Nacional. O texto constitucional especifica os tributos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O Título VII arrola os princípios gerais da atividade econômica, como livre concorrência e função social da propriedade, organizados em torno da ordem econômica e financeira. É nessa parte da Constituição que estão formalizadas a política de desenvolvimento urbano e a política agrícola, fundiária e da reforma agrária.

A Seguridade Social é o objeto do Título VIII. Está descrita a saúde como direito de todos e dever do Estado, a organização da Previdência Social e a prestação da Assistência Social. O constituinte elencou a seguir o direito à educação, à cultura e ao desporto. Outros temas e direitos difusos – comunicação social, meio ambiente, índios – estão contemplados no oitavo título.

Os últimos artigos da Constituição são dedicados às disposições constitucionais gerais, assuntos diversos, como os serviços prestados por cartórios, a federalização do Colégio Pedro II e o confisco e destinação a fundo público de “todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência

do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo”.

(Conselho Nacional de Justiça, 2018.).

Os Direitos fundamentais, estando no texto constitucional, figuram também como uma forma de garantir que, tais necessidades sejam salvaguardadas ao longo de todo ordenamento jurídico. Se uma lei ou artigo for contrário à qualquer direito fundamental, será inconstitucional, não terá validade.

1.7 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO E HATE SPEECH

Historicamente, a liberdade integra o conjunto dos direitos fundamentais, aqueles que, com cerne na dignidade da pessoa humana, buscam garantir o mínimo existencial, os direitos básicos para qualquer ser humano, firmado não somente no texto da carta magna, mas também recepcionado por tratado internacional, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, “em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ressaltando, a preocupação com os direitos humanos em todo o mundo, conforme salienta, Pedro Simon (2008, p. 26.), as constituições de todo o mundo foram integrando em seus respectivos textos os ideais de direitos universais, também se tornaram caracterizados também pela historicidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, universalidade e imutabilidade. Segundo Chequer (2011, p. 10), a liberdade de expressão em sentido amplo é justificada por vários motivos que podem ser encontrados em duas grandes categorias. Ela teria uma importância instrumental, como um meio para a realização de um fim, na primeira categoria e na segunda, seria importante não só pelas consequências que trouxesse, mas por sua essência. Em sentido estrito, a liberdade de expressão "por se referir a ideias, opiniões, pensamentos, não está condicionada à verdade" (REVEL apud CHEQUER, 2011, p. 12).

A liberdade de expressão percorreu uma extensa jornada no ordenamento jurídico brasileiro até tornar-se o que está expresso em nossa atual constituição federal. Primeiramente, esteve presente na Carta Magna de 1824 (NACIONAL. Constituição de 1824: Carta Magna. [S. l.: s. n.], 1824. 88 p),

juntamente com a liberdade religiosa, direito à propriedade, a instrução primária gratuita, a independência do poder judicial, o fim do foro privilegiado, e o acesso ao emprego público por mérito, estava prevista a liberdade de expressão, no Título VII da Constituição de 1824, conforme Art 179:

“A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.”;

Art 179, IV “Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

Inciso V, “Ninguempóde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.”
(Constituição, 1824)

Pouco adiante, mas com algumas alterações, surgem as Constituições da República dos Estados Unidos do Brasil, em 1891 e 1934. BOECHAT (2016, apud Meyer-Pflug, 2009, p. 57.), aponta que, a primeira Constituição Republicana trouxe uma vasta gama de direitos e garantias fundamentais, porém, a livre manifestação do pensamento seria assegurada somente se não estivesse em caráter de anonimato, e posteriormente em 1934, houve forte influência da racionalização do poder, no primeiro pós-guerra, a garantia à liberdade, ao pensamento, à consciência, teve a censura limitada a espetáculos e diversões públicas, proibindo também o anonimato. Em 1937 foi promulgada nova Constituição, redigida pelo jurista Francisco de Campos, Ministro da Justiça da época, claramente, com aprovação do então Presidente Getúlio Vargas, comportando grande parte da ideologia militarista do Estado

Novo, Ficou conhecido como "Polaca", por sofrer grande influência da Constituição da Polônia. Para muitos dos maiores Constitucionalistas, foi o início do maior retrocesso histórico entre as Constituições principalmente acerca do tema Liberdade de Expressão, onde foi limitada, com viés do Decreto nº 1.949. De 30.12.1939, foi garantida a censura prévia da imprensa, restrições estabelecidas ao entretenimento público, Esses acontecimentos fizeram da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, a primeira Constituição autoritária do Brasil, que projetava o poder do chefe supremo do Executivo e diminuía a atuação das assembléias quanto à feitura das leis. Houve a criação do DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda) que fiscalizava e punia a imprensa. Em 1967 surge a quinta Carta Republicana do Brasil, de acordo com Tinoco Boechat Hildeliza Cabral (2016), foi redigida sob imposição dos militares, que detinham o poder advindo do Golpe de 1964. Criada com a legítima intenção de centralizar e sobrepôr o poder de legislar nas mãos do Poder Executivo e institucionalizar o regime militar, essa Constituição foi emendada por sucessiva expedição de Atos Institucionais (AIs), que serviram de mecanismos de legitimação e legalização das ações políticas dos militares, dando a eles poderes extra-constitucionais, a exemplo, o AI-5 que entre outras medidas estabeleceu a censura aos meios de comunicação, estendendo-se à música, ao teatro e ao cinema, sobre a mesma Carta Republicana em questão.

“Assim sendo, percebe-se claramente o retrocesso da liberdade de expressão como direito, como se verifica na Lei nº 5.250, de 09.02.67, cujo principal objetivo era regulamentar a liberdade de manifestação do pensamento e da informação (MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio. São Paulo: RT, 2009, p63-65.)

Garantindo também o Direito de Resposta no inciso V “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Pinho salienta que, a CF/88, admite certas

formas de controle referente à livre expressão artística veiculada à comunicação social ou pública, já que, neste caso, há o poder de atingir uma "massa" de pessoas indeterminadas (art. 221, I; II; III e IV). Quando tratar de espetáculos e diversões públicas, deverá o Poder Público especificar faixas etárias adequadas a cada apresentação, ficando resguardado o direito da família ou qualquer pessoa, de proteger-se de conteúdo ofensivo aos valores éticos, à moral e aos bons costumes.

Contudo faz-se necessário os esforços para evitar, que este direito constitucional, conquistado após inúmeros esforços durante várias gerações, demasiadamente importante para vitalizar a democracia, torne-se refém das doutrinas morais e das concepções políticas, ou mesmo, enseje na ofensa dos demais direitos.

A liberdade de expressão não existe somente para proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também aquelas que chocam e agridem. E daí vem a grande indagação que envolve o nosso tema: Até que ponto é possível restringir a liberdade de expressão para proteger direitos fundamentais de grupos estigmatizados, sem deslizar na "rampa escorregadia" (sliperyslope) que pode levar à submissão do exercício deste direito às ortodoxias morais ou políticas de ocasião? (SARMENTO, Daniel, 2016, p. 4).

Dando sequência com o pensamento de Daniel Sarmento (2016, p. 2.), o discurso de ódio, discutido no campo do direito comparado com o nome de "hate speech" está diretamente ligado à Liberdade de Expressão, implicando na necessidade de sua limitação, constituem-se em ofensas, ou declarações carregadas de desprezo ou mesmo intolerância, direcionado à determinados grupos, por intolerância à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental, orientação sexual, dentre qualquer outro fator, assunto que tem provocado discussões ao longo de todo o mundo, pondo em conflito os valores da

liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, enquanto um lado busca preservar a liberdade à todo custo, sob o ideal de que a difusão de idéias deve sempre prevalecer, devendo ser salvaguardada, independentemente de constituir opinião em que concordamos, mas também as que desprezamos, do outro lado, há quem defenda que tais declarações implicam e dificuldades e danos para a convivência social e aos direitos fundamentais.

Numa sociedade já marcada por amplo desacordo moral, a tolerância é fundamental, sendo base para a estabilidade da civilização, mesmo em países Europeus, aos poucos se caminha em direção à luz, com o fim das guerras religiosas entre os protestantes católicos dos séculos XVI e XVII, promove-se a aceitação do próximo na sua diferença, reconhecendo seus direitos e diversidade cultural, étnica e religiosa, conforme pontua Sarmiento (2016, p. 39.).

Sarmiento (2016, p. salienta que diante do Hate Speech, há uma famosa teoria denominada "Paradoxo da Tolerância", que trata diretamente dos limites de tolerância ao intolerante, para seu autor, o Estado deve ser dotado do poder de coibir e punir os intolerantes, devendo a liberdade de expressão ser restringida apenas quando ameaçar a segurança das próprias instituições.

Segundo Sarmiento o autor Leo C. Bollinger (2016, p. apud, BOLLINGER, 1986, p. 120-124.), por exemplo, defende a proteção constitucional ao discurso de ódio, expressando-se que, as teorias tradicionais ligam sua garantia à objetivos como a busca da verdade e auto-realização individual, a liberdade de expressão demarca um domínio em que as pessoas são obrigadas a tolerar idéias que muitas vezes abominam, exercitando o autocontrole emocional, a possibilidade de cada um exprimir as próprias idéias, concepções e divulgar suas obras artísticas, científicas e literárias é essencial na dignidade humana. O problema é que, a preocupação com a autonomia da liberdade de expressão não deve ser observada apenas da ótica do "falante", mas também do "ouvinte". Parte de um ponto de vista em que, a proibição de idéias mesmo que abomináveis, o Estado atinge negativamente a autonomia individual, porém segundo Sarmiento, o discurso de ódio exerce um efeito

silenciador também sobre a expressão de seus alvos, abafando suas manifestações, prejudicando não só a vítima direta, como também a cada integrante de sua comunidade ou grupo, prejudicando o acesso a opiniões e pontos de vista relevantes para a formação de suas personalidades, caracterizando um efeito dúplice sobre a autonomia individual.

Outro ponto relevante são os danos causados às vítimas do “hate speech” (SARMENTO, 2016, p. 41-43.), como pontuado anteriormente, o exercício da liberdade de expressão não é inofensivo, seu exercício abusivo causa danos graves talvez irreparáveis, preconceito e intolerância formam um conjunto de sentimentos negativos como angústia, revolta, medo, vergonha, cumulados com a fragilidade e vulnerabilidade de pessoas de determinados grupos, pode suplantar até mesmo o sofrimento físico, contribuindo também com o aumento do preconceito.

Muitas das afirmações podemos ouvir no nosso dia-a-dia, reforçando o ódio mesmo no interior de pessoas que nunca chegariam à expressarem qualquer violência verbal à alguém, como o estereótipos de que todos judeus são traiçoeiros e avaros, os índios preguiçosos, os homossexuais promíscuos, trazem um carga negativa e afeta a percepção coletiva sob estes grupos, Sarmiento (2016, p. 42) cita uma fala de Charles Taylor (1993, p.58.) “*A projeção sobre o outro de uma imagem inferior ou humilhante pode em realidade deformar e oprimir até o grau em que esta imagem seja internalizada*”; “*perda de auto-estima pessoal, ou seja a perda de uma possibilidade de se entender à si próprio com um ser estimado por suas propriedade e capacidade características*”.

A Repressão ao Hate Speech tem se mostrado eficiente de acordo com o Sarmiento (2016, p.43-45), ao ponto em que o racismo, sexismo e homofobia são estruturadas na sociedade, para sanar o problema, é necessário o implemento de políticas públicas para reduzir a desigualdade, e desenvolver processos educacionais para fomentar a cultura da tolerância, a omissão do Estado contribui fortemente com a disseminação do preconceito e do “hate speech”, não há dispositivo que atue mediante os excessos expressivos “a priori”, somente pretensões punitivas para declarações já externalizadas.

2.0 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS CONSTITUIÇÕES NÃO LIBERAIS

2.1 - LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA COREIA DO NORTE

Não obstante toda essa luta, ainda há países em busca da Liberdade de Expressão, como por exemplo, a Coreia do Norte, alvo de diversas críticas, principalmente pelas “fronteiras digitais”, nome popularmente utilizado para destacar a repressão sofrida pelos cidadãos Norte-coreanos em face da política ditatorial de Kim Jong-un, a população encontra-se em um estado de isolamento virtual, negando qualquer contato externo que possa evidenciar a grave situação em que se encontram acerca dos direitos humanos, sob o pretexto de deter “o vírus do capitalismo”.

Conforme informado na revista Anistia (REVISTA ANISTIA, 03/03/2016), cidadãos que não fazem parte da elite pegos utilizando celulares para comunicar-se com pessoas do exterior, mesmo que sejam parentes, correm risco de serem enviados para campos de prisioneiros políticos ou centros de detenção.

“Para manter o controle absoluto e sistemático, as autoridades norte-coreanas estão reprimindo as pessoas que utilizam telefones celulares para entrar em contato com suas famílias no exterior”.

Kim Jong-un está sendo desonesto quando justifica essa repressão como necessária para deter o que ele chama de ‘o vírus do capitalismo’. Nada jamais pode justificar que pessoas sejam jogadas na prisão por tentar satisfazer uma necessidade humana básica – entrar em contato com sua família e amigos”.

(FANG, Arnold, 2016)

Chamadas internacionais são bloqueadas, o acesso a internet é restrito á pessoas específicas ou estrangeiras, podendo o cidadão comum acessar apenas sites e e-mails domésticos:

“O controle absoluto das comunicações é uma arma fundamental nos esforços das autoridades para ocultar os detalhes sobre a terrível situação dos direitos humanos no país. Os norte-coreanos não são apenas privados da oportunidade de saber o que acontece no mundo, eles são impedidos de falar ao mundo sobre sua situação de privação quase total dos direitos humanos”, disse Fang. (FANG, Arnold. Coreia do Norte: controle absoluto do governo sobre comunicações com o resto do mundo deixa famílias desoladas, 2016)

Segundo o colunista, Arnold Fang (2016), uma alternativa para escapar de tal repressão encontra-se no contrabando, muitas pessoas utilizam do comércio ilegal de celulares oriundos da China. Utilizando destes aparelhos, é possível acessar a rede chinesa e comunicar-se com o exterior, correndo o risco de sofrer detenção, em um sistema onde o governo reforça cada vez mais a “segurança” virtual. Há pessoas chamadas de “intermediários” paralelos ao contrabando, são indivíduos que cobram uma quantia em dinheiro para realizar as chamadas de seus próprios dispositivos.

“As autoridades da Coreia do Norte devem acabar com os controles repressivos contra as pessoas que querem entrar em contato com o mundo exterior. Essa violação generalizada do direito de se expressar livremente e receber informações, inclusive através das fronteiras, contribuem diretamente para manter a privação terrível dos direitos humanos no país”.

(FANG, Arnold, 2016)

2.2 – LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CHINA

Outro país em que, veio a tona a violação da liberdade de expressão recentemente, foi a China, o atual governo chinês foi alvo de protestos acerca do tema, tendo em vista que, somente as regiões de Hong Kong e Macau, por possuírem sistemas legais próprios em virtude de seu governo auto-suficientes,

não aplicam restrições à liberdade de sua população. Segundo Kenji Minemura (2010) diplomata asiático, a China banuiu diversos conteúdos da mídia, a reavaliação do Yuan, atual moeda chinesa, corrupção, problemas no Tibet e em Xinjiang, violência policial, anarquismo disparidade de renda, segurança alimentar, e diversos outros conteúdos que o governo considera sensível.

Todo e qualquer meio de comunicação capaz de atingir grandes proporções, como mídia impressa, rádio, televisão, teatro, literatura, internet, está sobre constante vigilância da autoridade governamental chinesa.

A censura quanto ao uso da internet na China é considerada por especialistas, a mais sofisticada no mundo, segundo um estudo realizado na Universidade de Harvard, mais de dezoito mil sites são bloqueados, mesmo os mais populares como YouTube e Facebook, os sites de buscas permitidos são restritos, e também há “palavras-chave” e até mesmo “termos” que são instantaneamente bloqueados.

A China também possui sofisticação na censura da Literatura e até mesmo nas mensagens de texto. “新闻出版总署”, traduzido como Administração Geral da Imprensa e Publicações, é um órgão estatal chinês dotado da função de fiscalizar toda e qualquer obra literária com pretensão de adentrar o mercado, possuindo a faculdade e autoridade legal para avaliar censurar e até mesmo punir o autor, banindo sua obra e até mesmo da editora. Haja vista de que, em uma pesquisa realizada pela ONG “Repórteres sem Fronteiras”, “(China Daily. 19 de janeiro de 2010)”. A China possui 2800 centros de espionagem destinados à fiscalização de mensagens de texto (SMS), caso os usuários dos celulares utilizassem os serviços fazendo alusão ou referência à conteúdos considerados ilegais, teriam a função cortada de seus telefones.

Em que pese esta luta já perdure durante anos, recentemente, no ano de 2019, os protestos na China a favor da liberdade de expressão e dos direitos políticos ganharam os holofotes da mídia internacional. Entre os meses de Junho e Julho de 2019, a população chinesa se mobiliza até as ruas, pedindo a demissão do chefe do poder executivo, anistia aos manifestantes presos, que as investigações independentes fossem conduzidas sobre suposta violência policiais, o programa do sufrágio universal completo e

principalmente para questionar um projeto de lei trazido pelo governo em Hong Kong, Carrie Lam Cheng Yuet-ngor, *eleita no ano de 2017, elaborou um projeto de lei* autorizando a justiça local a deportar cidadãos condenados em países os quais Hong Kong não possui acordo de extradição, especialmente Macau, Taiwan e a China Continental, especialistas informam que, tal lei, aumentaria drasticamente o controle do governo chinês sob Hong Kong, acelerando o processo de reintegração da província ao poder estatal chinês, cerceando a liberdade do qual este território específico era dotado, de acordo com a *BBC News*:

“A China cedeu Hong Kong ao Reino Unido em 1842 após a Primeira Guerra do Ópio. Por cerca de um século e meio, o território foi uma colônia britânica.

Só foi devolvido aos chineses em 1997, quando Hong Kong passou a ser uma região administrativa especial da China.

O acordo de devolução estabelecia um modelo conhecido como "um país, dois sistemas" com duração prevista de 50 anos.

À época, ficou acertado que Hong Kong teria seu próprio sistema de leis e independência judicial preservando certa autonomia em relação à China continental. “Diferentemente do resto da China, a população de Hong Kong desfruta, por exemplo, de liberdade de imprensa, de associação e de expressão.”

(BBC INTERNATIONAL, 2019)

Os protestos foram envoltos em conflitos entre manifestantes e policiais, sendo considerados os mais violentos dos últimos anos, mobilizando o mundo, os protestos atraíram passeatas em países como os Estados Unidos, França, Canadá, Inglaterra e até mesmo a Austrália. O presidente Chinês e Secretário Geral do Partido Comunista da China, Xi Jinping, declararam que, qualquer tentativa de dividir a China, resultaria em corpos esmagados e ossos quebrados.

Em fevereiro de 2020, a morte do médico chinês Li Wenliang tornou a causar revolta na China em vista do cerceamento da liberdade de expressão, segundo a *BBC News* (2019), o médico, vítima da COVID-19, contraiu o vírus

enquanto atendia os pacientes em Wuhan, cidade onde ocorreu o epicentro da doença, em dezembro de 2019, haveria enviado uma mensagem de texto aos demais colegas de profissão, alertando sobre um vírus extremamente contagioso, com sintomas similares ao vírus SARS (Síndrome Respiratória Aguda Grave), porém, foi em seguida, repreendido pela polícia, convidado a “parar de fazer comentários falsos” e investigado por “espalhar boatos”, foram levantados no Twitter duas hashtags, “governo de Wuhan deve desculpas ao Dr. Li Wenliang” e “queremos liberdade de expressão”, porém, milhares de comentários foram rapidamente apagados e os tópicos foram censurados.

A morte do médico Li Wenliang foi um momento de desolação para este país. Para a liderança chinesa, é um desastre político épico.

O caso revela os piores aspectos do sistema de comando e controle do governo da China, sob liderança de Xi Jinping, — e o Partido Comunista teria que ser cego para não ver.

Se a resposta para uma emergência de saúde perigosa, é a polícia perseguir o médico que tenta denunciar o caso, então sua estrutura está obviamente destruída.

O prefeito da cidade disse, como desculpa, que precisava de autorização para divulgar informações críticas que todo o povo chinês tinha direito a receber.

Agora, os marqueteiros e censores vão tentar encontrar uma maneira de convencer 1,4 bilhão de pessoas de que a morte do médico Li Wenliang não é um exemplo claro da limitação da capacidade do partido de gerenciar uma emergência — enquanto a abertura pode salvar vidas, e a restrição pode matar.

O povo chinês vai precisar ser convencido.

(MCDONNELL, Stephen, BBC, 2019)

3 .0 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIMITAÇÕES

Neste ponto adentra-se à matéria prática de fato acerca do conteúdo mencionado, é de suma importância destacar a visão do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, como guardião que salvaguarda a Constituição Federal, sendo pontuada a seguir, à luz do pensamento de Lorena Duarte

Lopes Maia, Mestra em Direito pela UNISINOS, especializada em Direito Público (MAIA, 2019).

Existem várias situações em que, resta ao poder judiciário decidir qual direito é mais “importante” entre uma pessoa e outra, como objeto das diversas lides, não sendo diferente quando o assunto é de direitos fundamentais.

Ao longo dos anos, com o desenvolvimento da Constituição, diversas emendas e artigos foram introduzidos, mudando o entendimento de diferentes pontos da Carta Magna, ainda sim, a demais norma do mesmo texto curva-se diante dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, que diferentemente da época do positivismo, onde eram valores éticos a serem adotados pela sociedade, no texto constitucional, estes trazem uma gigantesca carga normativa, sustentam e dão fundamento para todo o ordenamento jurídico vigente. Cabe também ressaltar que, em direitos fundamentais, além do que se refere ao art. 5º, a Dignidade da pessoa humana também é considerado um direito fundamental, “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro, constitui-se no valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais”,

“O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecido os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material, ou espiritual (MAIA, Lorena Lopes Duarte, 2019, apud FARIAS, Edilson de, 2000, p. 63.)

Desta forma, pode-se entender que o princípio da dignidade da pessoa humana está pareado com os demais direitos fundamentais.

Uma importante característica para o conflito dos direitos fundamentais, é que, por se tratarem de princípios constitucionalmente previstos, os direitos fundamentais não tem caráter absoluto, em possível lide em que sejam postos em tensão entre eles, cabe à um sobrepor o outro, logicamente, necessitando

de sucinta análise de qual será o mais adequado para o caso em questão, embora observado da ótica do senso comum, a relevância de determinados direitos serem maior de maneira discrepante, como o direito à vida, não existem princípios superiores, apenas a análise do caso concreto pode determinar prevalência.

“Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são limitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna” – (MORAES, Alexandre de, 2009, p.32-33.).

O discurso de Alexandre Moraes nos remete diretamente ao princípio da relatividade, reforçando novamente que não há direitos absolutos, sendo eles passíveis de restrições recíprocas, dentro de um Estado Democrático de Direito, o reflexo das inúmeras ideologias diferentes é o choque entre os direitos fundamentais.

“As normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem a diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas freqüentemente, no momento aplicativo, entrem em rota de colisão”

(MAIA, Lorena Lopes Duarte, 2019, apud MARMELSTEIN, 2008, p.365.)

Existem diversos casos de colisão de direitos fundamentais, das quais trabalharemos os dois casos mais emblemáticos no que tange a matéria em questão, envolvendo em suma o conflito da dignidade da pessoa humana e da igualdade, com a liberdade de expressão, enquanto um se dedica a resguardar o direito a informação e liberdade de expressão, transparência, livre

circulação de informação, o outro procura o caminho do sigilo, da não exposição.

3.1 – HC 82.424- SIEGFRIED ELLWANGER CASTAN

Posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, já com a liberdade de expressão como direito fundamental, passa-se a encontrar mais problemas em torno deste dispositivo, segundo Daniel Sarmiento (2016, p.2.) neste novo cenário, começam a surgir questões mais complexas relacionadas à liberdade, envolvendo a imposição de limites a este direito, tendo sempre em vista, a proteção de outros direitos proporcionalmente importantes, como a igualdade, privacidade, honra, e o devido processo legal, atualmente o Governo não se encontra como figura autoritária nesta questão, porém, incumbe ao poder judiciário ponderar os direitos, visando o equilíbrio na colisão das garantias fundamentais, em virtude do risco relacionado à proteção, ou não, de possíveis manifestações de ódio, desprezo ou intolerância, contra determinados grupos, motivados seja por religião, etnia, gênero, deficiência física ou mental, orientação sexual, ou qualquer outra característica que desperte este sentimento, principalmente em vista de alguma minoria estigmatizada. “Rotulado no campo do Direito Comparado como “hate speech” termo do inglês que pode ser traduzido como ‘Discurso de ódio”, um termo já recorrente dentro da mídia brasileira.

Ressalta o autor que, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o Habeas Corpus nº 82.424 impetrado por Siegfried Ellwanger, escritor e editor de livros, condenado por racismo contra judeus.

No Brasil, como se sabe, o tema foi objeto de uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal em 2003, no caso Ellwanger – já qualificado por integrantes da Corte como o mais relevante julgado da história daquele tribunal em matéria de direitos humanos. Decidiu-se, naquele julgamento, que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho anti-semita, que podem ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo. E há vários outros casos em

cortes inferiores apontando na mesma linha. (Sarmiento, Daniel. 2016 p.3.).’

Siegfried Ellwanger Castan, nascido no município de Candelária, localizado no Rio Grande do Sul, no dia 30 de setembro de 1928, foi um editor, escritor e livreiro brasileiro que ficou conhecido por seus ideais polêmicos, fundador da Editora Revisão, cujo trabalho era especializado na edição de livros com conteúdo antissemita, ou seja, com matéria hostil e discriminatória em face dos judeus, e também negacionista do holocausto. Embora já comprovado historicamente que o genocídio tenha acontecido, e o Estado Nazista, liderado pelo Adolf Hitler tenha promovido a perseguição em face de diversos grupos étnicos, como ciganos, poloneses, homossexuais, deficientes mentais, estima-se que o holocausto tenha causado a morte de cerca de seis milhões de judeus entre fuzilamentos e dentro dos campos de concentração, até sua libertação, há autores que seguem a corrente do negacionismo, afirmando que o holocausto não ocorreu, ou que não aconteceu da maneira e proporções historicamente reconhecidas, chegando até mesmo ao ponto de dizer que o holocausto foi uma farsa criada para fins de propaganda para favorecer a criação do Estado de Israel e arrancar indenizações da Alemanha, idéia esta ressaltada por Mahmoud Ahmadinejad, ex presidente iraniano, que governou o país entre os anos de 2005 e 2013, sendo uma das diversas personalidades influentes abertamente assumidas como negacionistas, proferiu em seu discurso durante a 65ª Assembléia Geral das Nações Unidas em 22 de Setembro 2011:

"Se alguns países europeus ainda se servem do Holocausto, depois de sessenta anos, como pretexto para continuar a pagar resgate, pagar à chantagem dos sionistas,

não será também obrigação daqueles mesmos senhores de escravos e potências coloniais pagar indenizações às nações afetadas?(...)" (CASTAN, Siegfried Ellwanger, 2011)

Embora, o negacionismo do holocausto já seja criminalizado em diversos países, principalmente na Europa, há diversas pessoas abertamente declaradas como tal, como por exemplo, o escritor David Irving, autor das obras "Hitler's War (1977) e Goebbels: Mastermind of the Third Reich (1996), o

bispo católico; Richard Nelson Williamson ganhou os holofotes ao afirmar abertamente que o número de mortes contabilizadas no holocausto é um exagero, afirmando que, seriam cerca de duzentos a trezentos mil mortos, bem distante dos seis milhões, tais alegações culminaram em uma condenação por incitamento ao ódio no ano de 2019, uma multa de mil e oitocentos euros, mesmo argumentando que seu direito à liberdade de expressão havia sido violado, teve seu recurso negado, e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos descreveu sua sentença como “muito branda” para o ocorrido; Outra personalidade que foi assumidamente negacionista, foi Bobby Fischer, considerado por muitos, o maior enxadrista de todos os tempos; No Brasil o exemplo é Siegfried, trazendo obras como: “Holocausto: Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século; “Acabou o Gás!... O Fim de um Mito”; “S.O.S para Alemanha” e “Inocentes em Nuremberg”, trazendo citações como a seguinte:

“Devo citar que os pavilhões do campo de concentração de Auschwitz, onde estive em 1985 durante dois dias, são transcorridos mais de 40 anos de sua construção, mais resistentes, melhor construídos e em melhor estados (sic) que os pavilhões do Corpo de Fuzileiros Navais, da ilha das Cobras, no Rio de Janeiro, onde servi de 1946/48. Não quero dizer com isto que os pavilhões dos fuzileiros fossem maus; quero apenas dizer que os pavilhões de Auschwitz são excelentes! (CASTAN, 1987, p. 148).”

O Ministério Público do Rio Grande do Sul ofereceu a primeira denúncia em face de Siegfried Ellwanger Castan, precisamente, na data de 14 de novembro de 1991, foi julgado na 8ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre, julgamento este que o absolveu. Posteriormente no dia 31 de outubro de 1996, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o condenou a 2 (dois) anos de reclusão, com benefício do Sursis, suspensão condicional da pena, facultada ao réu ter sua pena suspensa pelo prazo de 2 a 4 anos, tendo em vista a ressocialização daqueles que foram condenados por infrações penais menos graves, dispositivo previsto no:

“Art. 77 – A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I – o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

“III – Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.”

(Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de Dezembro de 1940)

Convicto de que não estivera a ofender direito alheio, Siegfried impetrou um Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça, sendo este um dispositivo que tem como objetivo a proteção da liberdade de locomoção dos indivíduos, utilizado, principalmente, para buscar a soltura do indivíduo preso de forma ilegal, ou até mesmo para prevenir que este seja preso ilegalmente. Alegando que o povo Judeu não seria uma raça, mas sim um povo, e também alegara ter ocorrido a prescrição do suposto crime, tese esta que foi denegada, pois a constituição federal prevê a imprescritibilidade para tal alto.

Posteriormente, impetrou no Supremo Tribunal Federal, o Habeas Corpus de número 82424. Segundo o portal digital do Supremo Tribunal Federal, o julgamento iniciou-se em dezembro de 2002 e levou 9 (nove) meses até sua conclusão, contudo, o pedido foi negado em junho, quando a maioria dos ministros entendeu a prática do impetrante como racismo.

O julgamento é considerado um caso emblemático, trazendo diversas discussões até então, nunca esclarecidas no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme exposto pelo Supremo Tribunal Federal (2004), no dia 12 de dezembro de 2002, após voto do ministro Moreira Alves, o ministro Maurício Corrêa realiza um pedido de vista que suspendeu o julgamento por divergir do relator, quem defendeu a tese afirmada por Siegfried e seu advogado, onde os judeus não podem ser considerados como raça, questionando a interpretação semântica, e também declarava a punibilidade extinta, decorrente ao prazo prescricional. Já Maurício, argumenta que, “a genética banizou o conceito tradicional de raça, e que a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens”, para o Ministro, a Constituição Federal deve coibir atos desse tipo “mesmo porque as

teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo acusado disseminam idéias que, se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no país.

Em abril de 2003 o recurso retorna ao plenário, o ministro Celso de Mello antecipa seu voto, defendendo as mesmas razões de Maurício Corrêa, trazendo a seguinte frase “o Habeas Corpus de Siegfried, e em seguida, Gilmar Mendes pede vista do processo.

Em junho, torna-se ao Aquele que ofende a dignidade de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de cunho racista, ofende a dignidade de todos e de cada um”, negando julgamento, porém com o Plenário completo, com a presença dos novos ministros, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa, único a não votar, tendo em vista que, assumiu a vaga do relator do pedido.

Na sessão do dia 26 de Junho, houve pedido de vista por parte do ministro Carlos Ayres Britto, logo após o voto do ministro Antônio Cezar Peluso, que se manifestou em concordância com a maioria, denegando o Habeas Corpus, e proferindo o seguinte discurso “A discriminação é uma perversão moral, que põe em risco os fundamentos de uma sociedade livre” (HC 82424). Nesta mesma sessão, votou o ministro Gilmar Mendes, proferindo os seguintes entendimentos: “o racismo configura conceito histórico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo”, não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana “”; Ministro Carlos Velloso, também indeferindo o Habeas Corpus, “manifestando a idéia de que, o anti-semitismo é uma forma de racismo, ainda, nos livros publicados por Ellwanger, os judeus são percebidos como raça, porque há pontos em que, se fala em “inclinação racial e parasitária dos judeus”, o que configura uma conduta racista, vedada pela Constituição Federal”; Ministro Nelson Jobim, que também denegou o Habeas Corpus e manifestou que “ Ellwanger não editou os livros por motivos históricos, mas sim para produzir o anti-semitismo, tratando-se de um caso típico de fomentação do racismo.”; e por último, o voto de Ellen Gracie, trazendo o entendimento de

raça presente na Enciclopédia Judaica, onde “A concepção de que a humanidade está dividida em raças diferentes, encontra-se de maneira vaga e imprecisa na Bíblia, onde, no entanto, como já acentuavam os rabinos, a unidade essencial de todas as raças é sugerida na narrativa da criação e da origem comum de todos os homens”, denegando também a demanda de Ellwanger. (HC 82424). Em dado momento, a votação já havia atingido o indeferimento por maioria, sendo 7 votos a 1.

Finalmente, em 17/09, ao Plenário, com os votos do ministro Marco Aurélio, que por sua vez, defendeu a tese da liberdade de expressão:

“A questão de fundo neste Habeas Corpus diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele idéias preconceituosas e anti-semitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa” (MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias, 2004.).

Divergindo dos demais ministros, “somente estaria configurado o crime de racismo, se Ellwanger, em vez de, publicar um livro no qual expõe suas idéias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, estivesse distribuindo panfletos nas ruas de sua cidade com dizeres como “morte aos judeus”; “vamos exterminá-los”; “vamos expulsar estes judeus do País”, mas nada disso aconteceu, para Marco Aurélio, o autor restringiu-se a escrever a sua versão da história, vista com os próprios olhos.

Por último, Sepúlveda Pertence (2004), também denegou o Habeas Corpus, “a discussão me convenceu de que o livro pode ser instrumento da prática de racismo. “Eu não posso entender isso como tentativa subjetivamente séria de revisão histórica de coisa nenhuma”.

Os demais ministros reiteraram seus votos e o julgamento foi encerrado.

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias 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 (artigo 5º XLII)

2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evo

cações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o antissemitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, 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 discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham.

13. 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.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF Art. 5º § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de 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 os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados

conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

STF - HC 82424 RS. Relator MOREIRA ALVES. Data de julgamento 17/09/2003, Tribunal Pleno. Data de publicação: 19/03/2004.

Apesar da Liberdade de Expressão, ser um dos pilares que sustenta a livre expressão do pensamento, garantindo que cada indivíduo possa expressar-se de acordo com sua própria personalidade e convicções, filosóficas, políticas ou até mesmo religiosas, encontra-se diretamente atrelado à dignidade da pessoa humana, ao passo que, o Estado permita que as pessoas se auto-determinem e se revelem, exteriorizem quem elas são para o sua aplicação se da à face do exercício dos demais direitos por outrem.

No caso de Siegfried, a liberdade de expressão não foi exercida de maneira harmônica e com respeito aos limites Constitucionais e dos tratados de direitos humanos, levando em consideração a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade e da ponderação com outros direitos previstos no nosso ordenamento jurídico, a seguir, característica explícita no voto do Min. Gilmar Mendes (2004)

A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, se igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. (...) Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política.

Segundo a autora, a liberdade de expressão confrontou diretamente a igualdade, princípio trazido com o Constitucionalismo, que objetivava abolir privilégios previamente concedidos no Antigo Regime, não admitindo qualquer diferenciação no tratamento do ser humano em decorrência de sua etnia,

religião, sexo, ou qualquer outra característica, salvaguardando principalmente as minorias fragilizadas e desfavorecidas.

Embora a discussão tenha se iniciado em assunto desagradável, restou do Habeas Corpus, um avanço imensurável para a legislação brasileira, dando uma interpretação extensiva ao crime de racismo, que ora versava apenas do preconceito relacionado à cor da pele, passando a ser dotado de conteúdo mais abrangente, considerando os demais tipos de preconceito que estigmatize algum agrupamento.

3.2 ADI 4815

Outro caso emblemático cabível dentro da discussão dos limites da liberdade de expressão trata-se da ADI 4815 (Ação Direta de Inconstitucionalidade). A referida ação tem como principal personagem a Associação Nacional dos Editores de Livro (ANEL), que trouxe à Corte Suprema a problemática envolvendo a publicação de biografias não autorizadas, onde a entidade sustentava que os artigos 20 e 21 do Código Civil continham regras incompatíveis com a liberdade de expressão e informação, tema que foi objeto de audiência pública, convocada em Novembro de 2013.

A relatora do presente caso foi a Senhora Ministra Cármem Lúcia, aduzindo que, a Editora ajuizou a referida ação tendo em vista a interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil (Lei n 10.406/2002):

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 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.

(Código Civil, Lei n 10.406/2002)

Segundo a ministra, a empresa alega que, por força da interpretação dada aos referidos artigos pelo Poder Judiciário, a publicação e veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, tem sido proibida em decorrência da ausência de prévia autorização dos biografados, de pessoas relatadas como coadjuvantes, ou até mesmo de familiares no caso de pessoas já falecidas.

Alegando também que, “as pessoas cuja trajetória pessoal, profissional, artística, esportiva ou política, haja tomado dimensão pública, gozam de uma esfera de privacidade e intimidade naturalmente mais estreita” (grifos no original), sua história de vida passa a confundir-se com a história coletiva, na medida em que é inserido em eventos de interesse público, e exigir a prévia autorização do biografado consagra uma censura à liberdade de expressão dos autores, historiadores ou artistas em geral, alega também que, a atual interpretação viola as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação previstas no art. 5º, IV e IX da CF/88, além do direito difuso da cidadania à informação, previsto no art. 5º XIV também da Constituição Federal.

Supostamente, ocorrem prejuízos inimagináveis no mercado editorial e audiovisual decorrentes da necessidade de prévia autorização, pois as licenças para tal possuem preços absurdos, transformando a informação em mercadoria. A requerente diz que “Não se trata da proteção de qualquer direito da personalidade do biografado, mas de uma disputa puramente mercantil, um verdadeiro leilão da história pessoal de vultos históricos, conduzido, muitas vezes, por parentes que jamais os conheceram”, sobretudo, o país é constantemente empobrecido do ponto de vista da memória coletiva, sendo as biografias cada vez mais escassas, desestimulando também os historiadores e

autores em geral, prejudicando diretamente o direito à livre divulgação da informação, em meio à diversos motivos, ensejaria a inconstitucionalidade dos artigos supracitados , motivo pelo qual requer:

A suspensão cautelar: a) “da interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil segundo a qual é necessário o consentimento do biografado e, a fortiori, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais”, e b) “suspensão, até julgamento final da presente ação direta, de todos os processos em que se discuta a publicação ou veiculação de biografias não autorizadas, bem como das decisões judiciais que hajam proibido a sua publicação ou veiculação”.

Algumas das autoridades do cenário político/judiciário manifestaram suas opiniões sobre o caso:

Presidente da República:

“Manifestou-se pela improcedência da ação, argumentando que “nenhum direito à liberdade de expressão será supremo ou superior aos direitos personalíssimos e, igualmente, que a liberdade de informar não poderá ter seu pleno exercício assegurado, sob pena de desequilíbrio com o outro direito, também fundamental, que é o direito à privacidade. E porque o direito de informar não poderá violar os direitos fundamentais personalíssimos, como a imagem, a privacidade, a dignidade e, por fim, a honra, é que a Constituição Federal Brasileira assegura, de forma infalível, a liberdade de expressão e o direito de informação, mas claramente estabelece os limites do exercício destes direitos. Assim é que, nos termos do seu art. 5º, inciso IX, está proibida a imposição de qualquer licença para a divulgação da atividade intelectual, artística e de comunicação. Porém, no subseqüente inciso X, estabelece a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas e, no art. 220, a ordem é que a informação e manifestação do pensamento estarão condicionadas ao ‘disposto nesta Constituição’ e ao ‘disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV’”, outro ponto a ser observado é que na ponderação

entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos da personalidade destacam-se dois fatores: a veracidade do fato narrado e a existência de interesse público sobre o mesmo (...) [, razão pela qual,] somente a informação que for verdadeira poderá ter sua divulgação protegida e somente o interesse público pode ser considerado objeto da liberdade de informação e de expressão. Porém, nem sempre é simples afastar, com clareza, a verdade da mentira. Em grande parte dos casos há nebulosidade e contradita. Também não é tarefa fácil estabelecer se determinada informação corresponde a uma necessidade humana de compartilhamento de conhecimentos e é capaz de igualar os homens com o fim de melhorá-los e com isso alavancar o progresso social”

(ADI 4815, 2015, p. 4)

O Senado Federal defendeu a constitucionalidade das normas impugnadas, sob a alegação de que:

“Não procede[r] a alegação da autora de que há proibição no Brasil de biografias não autorizadas. Tanto é assim que circula, sem qualquer censura, no mercado nacional inúmeras publicações biográficas não autorizadas sobre diversas personalidades. O que o ordenamento jurídico brasileiro não permite é a exploração comercial não autorizada da imagem das pessoas, nem a publicação de impressos ou de audiovisuais com potencial ofensivo”.

(ADI 4815, p. 9)

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela procedência, da ação, com declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto:

“ É possível reconhecer uma prioridade *prima facie* da liberdade de expressão e do direito à informação sobre os direitos da personalidade, quando se tratar de personalidade pública – e as biografias versam quase invariavelmente sobre personalidades públicas, como políticos, artistas e desportistas de renome. Essa tese foi acolhida pela Suprema Corte norte-americana no importante precedente *Sullivan v. New York Times*, em que, em nome da proteção à liberdade de expressão, assentou-se que as pessoas públicas, mesmo

diante da divulgação de fato inverídico prejudicial à sua reputação, só fazem jus a indenização se provarem que o responsável agiu com dolo real (actualmalice) ou eventual (reckless disregard of whether it was false or not). O propósito foi evitar que, por medo de condenações em ações de reparação de danos, a imprensa e a sociedade se silenciassem sobre temas importantes, o que empobreceria os debates sociais e prejudicaria o direito à informação do público. No caso das normas ora impugnadas, o legislador sequer buscou solução voltada à otimização possível dos valores constitucionais em disputa; simplesmente conferiu proteção absoluta aos direitos da personalidade, às expensas de uma restrição completa à liberdade de expressão e ao direito à informação, de forma francamente incompatível com a importância atribuída pela Constituição a estes últimos direitos fundamentais. O resultado tem sido não só a legitimação da censura privada, como o empobrecimento da nossa esfera pública e cultural e a asfixia de um relevante segmento artístico”.

“o acolhimento do pedido formulado pela requerente, por sua vez, ao viabilizar a tutela adequada da liberdade de expressão e de informação, não causará lesão desproporcional aos direitos da personalidade dos biografados. Isso porque continuará plenamente aplicável a regra geral prevista na Constituição Federal para o equacionamento da tensão entre liberdades comunicativas e direitos da personalidade, pela qual é banida a censura de qualquer espécie, mas reconhecido o direito da vítima do exercício abusivo da liberdade de expressão à reparação dos danos morais e materiais sofridos.

(ADI 4815, 2015, p. 36.).

E por fim, antes dos votos dos Ministros do STF, em audiência pública, a Advocacia-Geral da União manifesta pela improcedência do pedido. Sob a tese de que:

“a liberdade de expressão pode ser compreendida sob duas vertentes, isto é, a liberdade de opinião e a liberdade de comunicação. Um dos aspectos que destacam a relevância da liberdade de expressão decorre da circunstância de o seu exercício

constituir instrumento de fiscalização da atividade governamental e do exercício do poder. Nesse contexto, ao prever e garantir, expressamente, alguns direitos fundamentais, a Constituição Federal viabiliza o exercício de controle sobre os órgãos estatais, a permitir a afirmativa de que esses direitos representam condição para a existência do Estado Democrático de Direito”

(ADI 4815, 2015, p.11.).

Por fim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, por unanimidade, foi julgada procedente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, declarando inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias, fundamentada na Constituição Federal, e a garantia plena do exercício da liberdade de expressão, a seguir o teor dos votos dos ministros, extraídos da página oficial do STF.

“A ministra Cármen Lúcia destacou que a Constituição prevê, nos casos de violação da privacidade, da intimidade, da honra e da imagem, a reparação indenizatória, e proíbe “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Assim, uma regra infraconstitucional (o Código Civil) não pode abolir o direito de expressão e criação de obras literárias. “Não é proibindo, recolhendo obras ou impedindo sua circulação, calando-se a palavra e amordaçando a história que se consegue cumprir a Constituição”, afirmou. “A norma infraconstitucional não pode amesquinhar preceitos constitucionais, impondo restrições ao exercício de liberdades”. (LÚCIA, Carmen, 2015, p.8.).

“O ministro destacou que o caso envolve uma tensão entre a liberdade de expressão e o direito à informação, de um lado, e os direitos da personalidade (privacidade, imagem e honra), do outro – e, no caso, o Código Civil ponderou essa tensão em desfavor da liberdade de expressão, que tem posição preferencial dentro do sistema constitucional. Essa posição decorre tanto do texto constitucional como pelo histórico brasileiro de censura a jornais, revistas e obras artísticas, que perdurou até a última ditadura militar. Barroso ressaltou, porém, que os direitos do biografado não ficarão desprotegidos: qualquer sanção pelo uso abusivo da liberdade de expressão deverá dar preferência aos mecanismos de reparação *a posteriori*, como a retificação, o direito de resposta, a indenização e até mesmo, em último caso, a responsabilização penal”. (BARROSO, Luis Roberto, 2015, p.10.).

“A ministra Rosa Weber manifestou seu entendimento de que controlar as biografias implica tentar controlar ou apagar a história, e a autorização prévia constitui uma forma de

censura, incompatível com o estado democrático de direito. “A biografia é sempre uma versão, e sobre uma vida pode haver várias versões”, afirmou, citando depoimento da audiência pública sobre o tema”. (WEBER, Rosa, 2015, p.177.).

“O ministro destacou que a notoriedade do biografado é adquirida pela comunhão de sentimentos públicos de admiração e enaltecimento do trabalho, constituindo um fato histórico que revela a importância de informar e ser informado. Em seu entendimento, são poucas as pessoas biografadas, e, na medida em que cresce a notoriedade, reduz-se a esfera da privacidade da pessoa. No caso das biografias, é necessária uma proteção intensa à liberdade de informação, como direito fundamenta”l. (FUX, Luiz, 2015, p. 205.).

“Para o ministro, obrigar uma pessoa a obter previamente autorização para lançar uma obra pode levar à obstrução de estudo e análise de História. “A Corte está afastando a ideia de censura, que, no Estado Democrático de Direito, é inaceitável”, afirmou. O ministro ponderou, no entanto, que a decisão tomada no julgamento não autoriza o pleno uso da imagem das pessoas de maneira absoluta por quem quer que seja. ““Há a possibilidade, sim, de intervenção judicial no que diz respeito aos abusos, às inverdades manifestas, aos prejuízos que ocorram a uma dada pessoa”, assinalou”. (TOFFOLI, Dias, 2015, p.215.).

“Segundo o ministro, fazer com que a publicação de biografia dependa de prévia autorização traz sério dano para a liberdade de comunicação. Ele destacou também a necessidade de se assentar, caso o biografado entenda que seus direitos foram violados publicação de obra não autorizadas, a reparação poderá ser efetivada de outras formas além da indenização, tais como a publicação de ressalva ou nova edição com correção.” (MENDES, Gilmar, 2015, p. 241.).

“O ministro destacou que há, nas gerações atuais, interesse na preservação da memória do país. “E biografia, em última análise, quer dizer memória”, assinalou. “Biografia, independentemente de autorização, é memória do país. É algo que direciona a busca de dias melhores nessa sofrida República”, afirmou. Por fim, o ministro salientou que, havendo conflito entre o interesse individual e o coletivo, deve-se dar primazia ao segundo.” (Marcelo Aurélio 2015, p. 254.).

“O decano do STF afirmou que a garantia fundamental da liberdade de expressão é um direito contramajoritário, ou seja, o fato de uma ideia ser considerada errada por particulares ou pelas autoridades públicas não é argumento bastante para que sua veiculação seja condicionada à prévia autorização. O ministro assinalou que a Constituição Federal veda qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística. Mas ressaltou que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, grupo social ou confessional não está protegida pela

cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. “Não devemos retroceder nesse processo de conquista das liberdades democráticas. O peso da censura, ninguém o suporta”, afirmou o ministro. (MELLO, Celso de, 2015, p.260.).

“O presidente do STF afirmou que o Tribunal vive um momento histórico ao reafirmar a tese de que não é possível que haja censura ou se exija autorização prévia para a produção e publicação de biografias. O ministro observou que a regra estabelecida com o julgamento é de que a censura prévia está afastada, com plena liberdade de expressão científica, histórica e literária, desde que não se ofendam os direitos constitucionais dos biografados. artística, científica, histórica e literária, desde que não se ofendam os direitos constitucionais dos biografados. (LEWANDOWSKI, Ricardo, 2015, p. 262.).

A ADI 4815 traz novamente a figura do conflito entre as garantias fundamentais previstas na constituição, desta vez, pauta-se entre a Liberdade de Expressão e o Direito à Privacidade, na qual a Liberdade se sobressaiu, revogando os dispositivos dentro do Código Civil que à impediam de ser efetivamente exercida, tratando especificamente de biografias não autorizadas, da qual, era até então passível de censura.

A censura é, com frequência, lembrada em relação ao ilegítimo e perverso atua ilegítimo do Estado. Prática comum em regimes autoritários ou totalitários, não é, contudo, exclusividade do Estado. Mas a censura permeia as relações sociais, propaga-se nas circunstâncias próprias da vida. A censura recorta a história, reinventa o experimentado, pessoal ou coletivamente, omite fatos que poderiam explicitar a vida de pessoa ou de povo em diferentes momentos e locais. Censura é repressão e opressão. Restringe a informação, limita o acesso ao conhecimento, obstrui o livre expressar o pensado e o sentido. **Democracia deveria escrever censura com s em seu início: semsura.** (LÚCIA, Carmen, 2016, p.70.).

Como resultado do julgado, foi vedado qualquer espécie de censura a priori ou a posteriori, Alexandre Fidalgo (2015) entende que, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a impossibilidade de censura no país, não surpreendeu os operadores do Direito, pois buscam eliminar quaisquer que sejam dos entendimentos a título de censura, como as decisões proferidas em

Rcl 20985 por Min. Ceslo de Mello; 15243 por Joaquim Barbosa, Rcl 18638 por Min, Luís Roberto Barroso.

O art. 20 e 21 do Código Civil iam diretamente de encontro com a Constituição em diversos pontos, pois era também o único dispositivo que não permitia a intervenção estatal do conteúdo da informação. Art. 220 CF/88 A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição. Cabendo também destaque à brilhante pronúncia de Min. Carmem Lucia:

“Não se alegue estar-se diante de circunstâncias que respeitam sempre a quem exerce cargo do povo, pelo que este deve dele saber, não se podendo escusar de deixar que a plena luz entre sobre todos os setores de sua vida. Primeiro, porque há sempre um espaço de indevassabilidade e segredo que compõe o íntimo de uma pessoa e que é de parco ou nenhum conhecimento dos outros. Segundo, porque quem faz a sua vida e profissão na praça pública, com a presença e a confiança do povo e angaria o prestígio que o qualifica e enaltece não há de pretender esquivar-se deste mesmo público segundo o seu voluntarismo, como se a praça fosse um mecanismo virtual, com botão de liga/desliga ao sabor do capricho daquele que buscou e fez-se notório.” (LÚCIA, Carmen, 2015, p.108.)

Além da censura, foi afastado também o argumento do uso comercial do nome, visto que, dentro do campo do Direito Civil, há grande influência do direito de propriedade, personalidade e imagem, em torno de um valor econômico.

As biografias tratam principalmente sobre pessoas notórias, cuja importância representa valor histórico, conteúdo para a sociedade, podendo ser vista como interesse público, tal como não deve ser passivo de autorização, pois condicionar a biografia ao consentimento de alguém, indiretamente estabelece uma verdade subjetiva, seguindo apenas o que for de acordo e interesse do biografado, violando o direito fundamental da informação, neste sentido, manifesta-se Carmem Lucia:

“a biografia autorizada é uma possibilidade que não exaure a possibilidade de conhecimento das pessoas, comunidades, costumes, histórias. E entre a história de todos e a narrativa de um, opta-se pelo interesse de todos.”

(LÚCIA, Carmen, 2015, p.122.).

Comportando eventual reparo, caso haja grave ofensa em que a obra não seja dedicada ao atendimento do direito constitucional da informação, havendo de tolerarem-se os excessos legítimos, sustentados em veracidade, o STF, sinaliza seu prestígio à liberdade de expressão, devendo ter sua prevalência de rigor.

CONCLUSÃO

Portanto, os direitos fundamentais, muito diferentes do que é perceptível pela simples análise, tem um caráter histórico formado ao longo de várias gerações, muito distante da declaração universal dos direitos humanos, juntamente ao conceito da dignidade da pessoa humana, que começa junto aos mais antigos registros históricos da humanidade, e até hoje são protegidos pela constituição. Mas apesar da sua relevância, também deve haver limites impostos, para prevalecer sempre o bem estar coletivo, as limitações são necessárias, e havendo sua colisão deverá ocorrer a valoração correta e flexibilizado seu entendimento, a Liberdade de Expressão embora absoluta, não deve suplantar a dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1824, (NACIONAL. **Constituição de 1824**: Carta Magna, 1824.

AQUINO, Tomás de. **The summa theologia**. Trad. Daniel J. Sullivan. Londres: Encyclopaedia Britannica, 1978.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU . "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**" Paris. 1948

BARROSO, Luiz Roberto. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto**, 2013.

BASTOS, Athena. **Direitos e garantias fundamentais: o que são e quais as particularidades?**. 2018. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/direitos-e-garantias-fundamentais/>. Acesso em 20 jun. 2020.

BBC INTERNATIONAL. **Protestos em Hong Kong:: que está acontecendo no território**, explicado em 3 minutos. BBC INTERNATIONAL, 2019.

BEZERRA, Jeanne Almeida - Assessora Jurídica e Mestranda do Curso de Segurança Pública, **Cidadania e Direitos Humanos da Universidade do Estado do Amazonas – UEA**, 2018.

BÍBLIA. A.T. **Gênesis, Português, Bíblia Sagrada**.

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

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Acesso em: 30 jan. 2011.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Hate Speech: O Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e seus Limites**. 2016. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_24273022_HATE_SPEECH_O_DIREITO_FUNDAMENTAL_A_LIBERDADE_DE_EXPRESSAO_E_SEUS_LIMITES.aspx.

Acesso em 10 ago. 2020.

CHEMIN, Pauline de Moraes. **Importância do princípio da dignidade humana**, 2009. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2009-jan-23/importancia_principio_dignidade_humana_constituicao_88?pagina=3. Acesso em: 10 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ Serviço: o que são as cláusulas pétreas**, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-as-clausulas-petreas/>. Acesso em: 10 set. 2020.

DOBARRO, Sergio Leandro. **A correlação entre a dignidade humana e a personalidade**, UNIVEM, Marília, SP, 2013.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos. 2ª ed.**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FÉLIX, Luciene. **O que confere dignidade ao homem?**, 2014. Disponível em : <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/420-o-que-confere-dignidade-ao-homem.html>. Acesso em: 10 mar. 2020

FERREIRA, Carlos Enrique Ruiz. **Direitos Humanos e Soberania: o projeto universal-cosmopolita versus o Estado-emuralhado-nacional**. (Tese do Programa de Pós- Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: USP, 2009.

FIDALGO, Alexandre. **A Consagração da democracia pelo Supremo**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-17/liberdade-expressao-consagracao-democracia-supremo>. Acesso em: 22 ago. 2020.

GOVERNO DO BRASIL. **Democrática, Constituição Federal de 1988 foi construída pela sociedade**. 2018, disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/democratica-constituicao-federal-de-1988-foi-construida-pela-sociedade>. Acesso em: 25 abr. 2020.

GONDIM, Marco. **RENASCIMENTO CULTURAL: [S. l.]**. 2017. Disponível em: <https://mgondim.blogspot.com/2013/11/renascimento-cultural-resumo-e-100.html>.

Acesso em: 21 abr. 2020.

GUIMARÃES, Elisabeth da Fonseca. **A construção histórico-sociológica dos Direitos Humanos**. ORG & DEMO, Marília, 2010.

HOBSBAWM, Eric. **A Era das Revoluções: 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 98.)

MAIA, Lorena Duarte Lopes. **Colisão de Direitos Fundamentais:: Visão do Supremo Tribunal Federal**, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 22 set. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDEIROS, Julio Cesar. **A Revolução Francesa**: 2019. Disponível em: <http://www.professores.uff.br/juliocesarmedeiros/2019/08/21/a-revolucao-francesa/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: RT, 2009.

MELONI, Caio Spazzapan. **Importância do princípio da dignidade humana: sem. In: Importância do princípio da dignidade humana**: 2009. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2009-jan-23/importancia_principio_dignidade_humana_constituicao_88. Acesso em: 27 mar. 2020.

MELONI, Caio Spazzapan. **Influência do pensamento cristão na construção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: Uma breve análise das filosofias de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino**. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52502/carta-de-direitos-inglesa-bill-of-rights-1689-um-importante-documento-na-constituicao-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 3 mar. 2020.

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral das Constituições e Direitos Fundamentais - Sinopses Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 11ª edição, volume 17, 2011

REBOUÇAS; Tuia. **A Constituição Outorgada de 1937**, 2009.

REVISTA ANISTIA. **Coreia do Norte: controle absoluto do governo sobre comunicações com o resto do mundo deixa famílias desoladas**, 2016.

SARMENTO, Daniel, **Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**, 2013, disponível em:
<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>

SARMENTO, Daniel, **Dignidade da Pessoa Humana**, Belo Horizonte, Fórum, 2ª edição, 2016.

SILVA, Daniel Neves. **Revolução Gloriosa. In: Revolução Gloriosa**, sem 2016. Disponível em: <https://www.preparaenem.com/historia/revolucao-gloriosa.htm>. Acesso em: 3 mar. 2020.

SIMON, Pedro. **Declaração universal dos direitos humanos: ideal de justiça, caminho e paz**, Brasília, 2008.

SÓFOCLES. **Tragedias completas**. Trad. Ignacio Errandonea. ed. Madrid: Aguillar, 1964.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2010.

TOMÁS DE AQUINO. **The summa theologica**. Trad. Daniel J. Sullivan. Londres: Encycloaopedia Britannica, 1978.

AQUINO, Tomás de. **The summa theologica**. Trad. Daniel J. Sullivan. Londres: Encycloaopedia Britannica, 1978.

SILVA, Daniel Neves. **Revolução Gloriosa. In: Revolução Gloriosa**, sem 2016.
Disponível em: <https://www.preparaenem.com/historia/revolucao-gloriosa.htm>. Acesso em: 3 mar. 2020.