



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

**COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E ELABORAÇÃO DE
MONOGRAFIA JURÍDICA**

IVNA KARLA MAGALHÃES

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO REFERENTE AO GÊNERO

FORTALEZA

2016

IVNA KARLA MAGALHÃES

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO REFERENTE AO GÊNERO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Gretha Leite Maia de Messias

FORTALEZA/CE

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Federal do Ceará

Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M166l Magalhães, Ivna Karla.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO REFERENTE
AO GÊNERO / Ivna Karla Magalhães. – 2016.

63 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do
Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.

Orientação: Prof. Dr. Gretha Leite Maia de Messias.

1. Liberdade de expressão. 2. Discurso de ódio. 3. Violência de Gênero. 4.
Dignidade Humana. I. Título.

CDD 340

IVNA KARLA MAGALHÃES

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO REFERENTE AO GÊNERO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: __/__/__.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Gretha Leite Maia de Messias (Orientadora)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. M^a. Gabriela Gomes Costa

Universidade Federal do Ceará (UFC)

M^a. Zaneir Gonçalves Teixeira

Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

Não poderia começar de outra forma que não fosse agradecendo à disponibilidade e atenção de minha orientadora, Gretha Leite, que sem a sua contribuição, tanto acadêmica quanto humana, esse trabalho não seria possível. Não foram poucas as vezes que suas palavras clarearam o caminho da produção desse trabalho e me acalmaram no decorrer dessa trajetória.

Do mesmo modo, agradeço aos membros da banca por terem aceitado o convite, obrigada à Professora Gabriela Gomes e à doutoranda Zaneir Teixeira.

Agradeço à mulher que, sem a sua força sobre-humana e integral doação, eu não teria concluído essa fase, quiçá ingressado nesta Universidade. Obrigada, mãe, por toda a dedicação e cuidado, mais que minha essa graduação é nossa.

Toda a minha gratidão à Defensoria Pública do Estado do Ceará que contribuiu enormemente para a minha formação humana e profissional por meio do estágio, possibilitando-me o contato direto com mulheres tão marcadas pela violência de gênero e que ainda assim lutam diariamente pela sobrevivência sua e de seus filhos. Agradeço também ao Dr. Cláudio, não só pelos conhecimentos jurídicos transmitidos durante o período de estágio, como também pelas palavras de apoio durante a produção desse trabalho.

Agradeço também à Luana, Marcela e Ewerlane, amigas que contribuíram de forma fundamental, oferecendo-me o apoio tão necessário nesta fase e que me acompanham desde o ensino médio.

Obrigada à Débora, Josy e Mariana, que tornaram os anos da graduação mais amenos e mais doces, com a sua amizade e companhia. Foram 05 anos duros, mas a convivência e a amizade de vocês é o melhor que daqui levo.

Obrigada também à Marília, à Cris e à Daniele, pessoas que me inspiraram nos estudos feministas e que são referências para mim.

Agradeço ainda ao Patrick, que me forneceu a compreensão e o afeto necessários para a conclusão dessa fase, além de ter me ajudado tanto com o abstract. Muito obrigada por dividir comigo o peso e a delícia dessa reta final.

Por fim, agradeço às meninas do “AQP”, por sempre me motivarem e torcerem por mim, em especial à Adryane e à Rayssa, por me darem uma força adicional a cada quinta-feira.

RESUMO

A liberdade de expressão, direito constitucionalmente assegurado, é de suma importância para a solidificação da ainda recente democracia brasileira. Porém, a ordem constitucional abriga outros direitos fundamentais, que podem vir a colidir com tal liberdade. Os discursos de ódio, cada vez mais presente na conjuntura atual, na qual as vozes reacionárias bradam mais intensamente, por vezes ferem os direitos fundamentais, sendo questionável a proteção irrestrita da liberdade de expressão nesses casos. A sociedade brasileira ainda é marcada pela discriminação de gênero: mulheres recebem salários inferiores aos percebidos por homens, no exercício da mesma função. Mulheres sofrem violência pelo simples fato de pertencerem ao gênero feminino, e o pensamento dominante é de que elas são responsáveis pela violência sexual que sofrem. Nesse panorama, há quem faça piada, quem se pronuncie publicamente sobre essas questões reforçando a discriminação de gênero, ferindo constantemente a Dignidade Humana de que são dotadas as mulheres. O presente trabalho busca compreender se são esses discursos protegidos ou não pelo direito constitucionalmente assegurado da liberdade de expressão. O Direito, enquanto importante ferramenta de regulação social, não pode manter-se inerte frente a essas questões. Por ser também moldado pelas necessidades da sociedade, o ordenamento deve atender aos clamores sociais, a fim de buscar, por meio de suas disposições, a pacificação social. O silêncio do ordenamento perante os discursos de ódio cada vez mais publicados e compartilhados na era da tecnologia pode respaldar as mais hediondas ações. A questão central que se busca compreender é se é possível, em um Estado democrático de direito, limitar a liberdade de expressão quando esta colide com o princípio da Dignidade Humana. Para tanto, é necessário a análise dos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, bem como do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca dessas questões.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Violência de Gênero. Dignidade Humana.

ABSTRACT

The freedom of speech, a constitutionally guaranteed right, is utmost important to the solidification of the still recent Brazilian democracy. Nevertheless, the constitutional order also guarantee other fundamental rights, those can conflict with this freedom. The hate speech, progressively present in our actual conjuncture, in which reactionaries voices shout intensely, sometimes violate the fundamental rights, being questionable the unrestricted protection of freedom of speech in those cases. The Brazilian society is still marked by gender discrimination: women receive lower income comparing to men working in the same function. Women suffer violence for the simple fact of belonging to feminine gender, and the dominant thought is that they are responsible for the sexual violence suffered. In this panorama, there are who makes jokes, who publicly speaks about these questions reinforcing the gender discrimination, violating constantly the Human Dignity which women own. This paper looks to comprehend if these speaks are protected or not by the constitutionally guaranteed right of freedom of speech. Law, while an important element of social regulation, can not be inert facing these questions. For also being molded by the society needs, the legislation may attend to social clamor in order to look for, by their disposition, the social pacification. The silence of law towards the hate speech even more published and shared in technology era can validate the most heinous actions. The central question that it looked to comprehend is if it is possible, in a democratic country, restrict the freedom of speech when it collides with the principle of Human Dignity. Therefore, it is necessary to analyze principles that rule the Brazilian legal system, as well the understanding of the Supreme Court about these questions.

Key words: Freedom of speech. Hate speech. Gender violence. Human Dignity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
PNS	Pesquisa Nacional de Saúde
SPM	Secretaria de Políticas para as Mulheres
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS.....	11
2.1 DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
2.2 AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
2.3 MOVIMENTO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
2.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	18
2.5 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO SOB A CONCEPÇÃO DA TEORIA LIBERAL (NORTE AMERICANA) E DA TEORIA FUNCIONAL-DEMOCRÁTICA (ALEMÃ)...	22
3 DISCURSO DE ÓDIO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA APLICADA AO GÊNERO.....	28
3.1 CONCEITO DE GÊNERO.....	28
3.2 A PROTEÇÃO DA MULHER NO ORDENAMENTO PÁTRIO.....	32
3.3 A VIOLÊNCIA DE GÊNERO NOS DIAS ATUAIS.....	35
3.4 O PROBLEMA DO <i>HATE SPEECH</i> E DA LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.....	38
4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO X DISCURSOS SEXISTAS: LIMITES OBJETIVOS.....	42
4.1 A DIGNIDADE HUMANA ENQUANTO LIMITE PARA A VEICULAÇÃO DE DISCURSOS SEXISTAS.....	42
4.2 A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA ACERCA DO EMBATE LIBERDADE DE EXPRESSÃO X DIGNIDADE HUMANA.....	47
4.3 A COBERTURA MIDIÁTICA DO ESTUPRO COLETIVO NO RIO DE JANEIRO E O DISCURSO SEXISTA VELADO.....	51
5 CONCLUSÃO.....	57
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

A violência de gênero ainda é marcante em nossa sociedade. Várias são as mulheres que sofrem violência, seja física, psicológica, ou sexual, tão somente pelo fato de terem nascido sob a insígnia do feminino. O fato de ser mulher é, ainda hoje, justificativa para, mesmo exercendo o mesmo trabalho que homens, receberem estas salários menores. É também motivo de temer constantemente violências tão repugnantes como o estupro. A hipersexualização do corpo feminino e o pensamento enraizado de que o corpo da mulher encontra-se sempre disponível a satisfazer o desejo masculino ainda é um problema atual, mesmo com a recorrente abordagem do tema, na tentativa de desconstruir esse tipo de pensamento. No âmbito familiar, ainda assim não estão elas a salvo: a violência doméstica tem como principal vítima a mulher, e como principal agressor o companheiro/cônjuge.

Diante deste panorama, frequentemente vê-se discursos que reforçam os estereótipos de gênero, sejam em publicidades que abusam da sexualização do corpo feminino, sejam em programas humorísticos que utilizam a violência de gênero para fazer rir. Além destes, não são raros discursos proferidos por pessoas públicas, bem como notícias tendenciosas, que articulam essa manutenção do *status* de dominação masculina, de forma a estabelecer um lugar social limitado e inferior à mulher. Esses discursos constituem-se como real perigo ao gênero feminino, já que respalda a violência sob a qual este grupo se vê constantemente ameaçado.

A Constituição da República elegeu a Dignidade Humana como fundamento da república, isto é, seria a Dignidade Humana um valor essencial, que deverá sempre ser respeitado, a fim de que se justifique a própria existência do Estado brasileiro. Essa Dignidade é inerente a todo ser humano, não importando seu sexo, raça, classe social ou religião.

Também na Constituição é prevista a Liberdade de Expressão, liberdade essa fundamental ao exercício da democracia e à condição do homem de ser pensador e crítico. Por meio dessa liberdade é que é possível o debate público dos mais diversos temas, sobretudo daqueles que são importantes para a sociedade e sua evolução e amadurecimento, que reverberam na vida dos cidadãos.

Diante da previsão constitucional tanto da Dignidade Humana como da Liberdade de Expressão, repousa a questão central deste trabalho: Quando um

discurso de ódio possuir como alvo o gênero feminino, violando a Dignidade Humana deste grupo, deve ser protegido pela Liberdade de Expressão?

Para tanto, no primeiro capítulo trata-se dos Direitos Fundamentais, de sua conceituação e de seu processo de positivação no Direito Constitucional brasileiro. A seguir, passa-se ao estudo da Liberdade de Expressão e as duas correntes acerca dela: tanto a concepção norte-americana como a concepção alemã.

O segundo capítulo traz a complexa discussão relativa ao gênero, visto que cada vez mais tende a se expandir esse conceito. Logo após passa-se a uma breve análise da proteção da mulher no ordenamento pátrio e das estatísticas sobre a violência sofrida por esse grupo. Por fim, trata da problemática do discurso de ódio contra o gênero feminino e de como aquele pode legitimar a violência sofrida pelas mulheres.

O terceiro e último capítulo traz um breve estudo referente à Dignidade Humana, além de decisões que tiveram por objeto o embate Dignidade Humana x Liberdade de Expressão, e, por fim, a análise da cobertura jornalística do emblemático caso de um estupro coletivo sofrido por uma adolescente no Rio de Janeiro.

A metodologia utilizada no presente trabalho foi a pesquisa bibliográfica, bem como a pesquisa jurisprudencial, além da análise das notícias veiculadas referentes ao estupro coletivo na cidade do Rio de Janeiro. O trabalho justifica-se pelo aumento assustador de discursos discriminatórios contra a mulher, da adesão a um pensamento reacionário e do aumento da violência contra a mulher. Desta forma, é importante questionar a extensão da liberdade de expressão e se essa protege o discurso de discriminação de gênero, tratando este como mera opinião, ou se, em respeito à Dignidade Humana, não merece proteção normativa o *hate speech* voltado às mulheres.

2 Liberdade de Expressão: Aspectos constitucionais

É a liberdade de expressão um dos direitos fundamentais que se encontram positivados na Constituição da República. Para a correta compreensão desta liberdade e do que o texto constitucional buscou resguardar ao prevê-la, é necessário o estudo dos Direitos Fundamentais, bem como do processo de positivação de tais direitos nas constituições que o Brasil adotou ao longo de sua história, até a Constituição vigente.

2.1 Definição de Direitos Fundamentais

A conceituação de Direitos Fundamentais acaba por ser um tanto problemática em razão da questão terminológica a estes relacionada. Vários são os termos usados para se referir a um mesmo grupo de direitos, de forma a tornar nebulosa a matéria. Ainda que as terminologias sejam diversas (liberdades públicas, direitos públicos subjetivos, direitos individuais, liberdades fundamentais) é importante se fazer a distinção, primeiramente, entre direitos fundamentais e direitos humanos, uma vez que são as duas denominações mais usadas.

Ainda que guardem estas semelhanças no que se refere à matéria por eles tratada, importa ressaltar o âmbito de aplicação de ambos. Há entendimento compartilhado por parcela da Doutrina, exemplificada por Mazuolli (2015) e Conrado (2014) que, enquanto os Direitos Humanos têm uma aplicação voltada para o Direito Internacional, os Direitos Fundamentais encontram-se positivados no ordenamento de cada Estado, tendo a sua aplicação e tutela mais incisivas. No ordenamento brasileiro, encontram-se positivados, em sua maioria, na Constituição da República de 1988, no art. 5º.

Tavares (2012) faz a crítica ao termo Direitos Humanos ou Direitos do Homem por razões diversas. Primeiramente, por acreditar que não há direito que não tenha por titular um homem, um ser humano. Ademais, a terminologia traz uma ideia jusnaturalista, isto é, que esses direitos são devidos aos indivíduos tão somente pelo fato de estes existirem, de modo a abstrair a importância da positivação desses direitos no ordenamento para a sua garantia e proteção. Por fim, a nomenclatura é demasiadamente abrangente, vez que, há em seu âmbito de proteção direitos que são apenas do cidadão, e não de qualquer homem, como é o

caso, no ordenamento pátrio, do ajuizamento da Ação Popular, na qual a legitimidade é apenas dos cidadãos.

Bonavides (2004) manifesta-se também sobre o assunto, questionando se é possível a utilização indiscriminada de ambos os termos como sinônimos afirmando que enquanto Direitos Humanos e Direitos do homem são utilizados de forma mais corriqueira entre os latinos e anglo-saxônicos, a literatura alemã prefere o termo Direitos Fundamentais. Silva (2005), ao discorrer sobre a questão terminológica, traz que o termo Direitos Fundamentais do Homem abrange princípios que traduzem a ideologia política e a concepção do ordenamento jurídico em que estes direitos repousam. Além, têm a finalidade de garantir uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, por meio de sua positivação. Usar-se-á neste trabalho o termo Direitos Fundamentais para referir-se àqueles direitos ditos naturais do homem, positivados na Constituição da República, conforme o entendimento de Conrado (2014).

Superada a questão terminológica, passa-se ao estudo do fundamento de validade dos Direitos Humanos, uma vez que os Direitos Fundamentais, como já exposto, têm o mesmo conteúdo daqueles, porém são positivados no ordenamento interno de cada Estado. Historicamente, tentou-se justificá-los com base em um Direito Natural, de forma que esse conjunto de direitos seria concedido aos indivíduos independentemente de ordenamento jurídico, em razão de estes serem inerentes à própria natureza humana. Bobbio (2004) acredita que este fundamento de validade não se justifica, já que em variados momentos da história mudou-se o que se concebia como direitos absolutos do homem. Tanto o é que, no século XVIII, o direito à propriedade era tido como absoluto, como fundamental. Atualmente, trata-se de um direito que deve obedecer à função social, podendo o Estado interferir neste, de forma que se relativizou tal direito.

Bobbio (2004) questiona também a existência de um fundamento absoluto dos Direitos Humanos, refutando essa compreensão. Ora, os ditos direitos abrangem pretensões diversas, que podem vir a colidirem. Havendo um fundamento absoluto, como resolver eventuais conflitos entre eles? Dessa forma, o autor acredita que não se deve pensar um fundamento o absoluto, e sim fundamentos dos direitos do homem.

Tavares (2012) traz três teorias acerca dos Direitos Humanos: a teoria jusnaturalista, a teoria positivista e a teoria realista. A primeira teoria, jusnaturalista,

concebe que há pretensões dotadas de juridicidade anteriores ao Direito Positivo. Isto é, há direitos que são devidos ao homem pelo simples fato de sê-lo, independentemente da positivação destes, sendo, em verdade, esta positivação apenas o reconhecimento, a consagração de direitos pré-existentes. Dessa teoria deriva-se que a criação do Estado se dá com a finalidade de proteger tais direitos. *Ipsa facto*, o Estado não os concede, apenas os reconhece e os protege.

Para a teoria positivista, segundo Tavares (2012), os ditos direitos humanos não seriam pretensões jurídicas propriamente ditas, e sim valores morais, ideológicos, que permeiam o direito, incidindo na sua aplicação. Só após a positivação destes é que passam a ser pretensões legitimamente jurídicas. Em decorrência lógica, a positivação dos direitos humanos não tem natureza meramente declaratória, e sim constitutiva, uma vez que esses só passam a existir, só passam a ser exigíveis após a sua previsão em um ordenamento jurídico.

Por fim, Tavares (2012) discorre sobre a teoria realista, que se volta para o contexto político, afastando-se das duas teorias supramencionadas. Esta teoria enuncia que a positivação não constitui nem declara os direitos humanos, e sim possibilita sua aplicação e eficácia, de forma que o ordenamento é de sobremaneira importante para a proteção e exequibilidade dos Direitos do Homem.

Ainda sobre a fundamentação de pretensões com forte carga valorativa como os Direitos Humanos, Bobbio (2004) acredita que há três formas de fundamentá-las: por meio da dedução de um dado objetivo constante, como a natureza humana, como pretendem os jusnaturalistas; por meio da evidência dessas pretensões, isto é, dada a importância de seu conteúdo, a pretensão deveria ser respeitada. Essa forma de fundamentação recebe críticas devido à impossibilidade de se construir um debate acerca dela. A tentativa de discussão, nesse caso, recairá numa tautologia, na qual não haverá avanços.

Por fim, Bobbio (2004) traz a terceira maneira de fundamentar os valores: por meio do consenso, da aceitabilidade destes em um dado período histórico. A vantagem dessa justificação é que pode ela ser comprovada, isto é, poderá ter provas materiais, documentais de que em dado momento, aqueles valores eram considerados fundamentais. Como exemplo, cita o autor a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) como fundamento dos Direitos Humanos, pelo fato de haver um consenso geral acerca da validade destes direitos. Justamente pelo consenso entre tantos Estados, a universalidade destas pretensões é alcançada e

assegurada pela declaração. E assim só o é em razão de haver o que o autor chama de *consensus omnium gentium*. (BOBBIO, 2004)

Encerrando o presente tópico, importa trazer à baila a relação que Canotilho (1993, p.431) apresenta entre os Direitos Fundamentais e o Estado de Direito:

Tal como são um elemento constitutivo do Estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: *os direitos fundamentais têm uma função democrática* dado que o exercício democrático do poder: (1) significa a contribuição de *todos* os cidadãos (arts. 48.º e 112.º) para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação *livre* assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, económicos e culturais, constitutivos de uma democracia económica, social e cultural (art. 2.º). Realce-se esta dinâmica dialéctica entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de *participação* e *associação*, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como *direitos subjectivos de liberdade*, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e como direitos legitimadores de um domínio democrático asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de *garantias de organização* e de *processos* com transparência democrática (princípio maioritário, publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjectivos a *prestações sociais, económicas e culturais*, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o *preenchimento intrínseco*, através do legislador democrático, desses direitos.

Do entendimento acima colacionado, infere-se que os Direitos Fundamentais são indissociáveis de um Estado que se pretenda ser democrático. Ao mesmo tempo em que aqueles são condição para que exista uma Democracia, para garanti-los, em regra, precisa-se de um Estado que se proponha a assegurá-los em seu ordenamento. Dessa forma, fica evidente o mutualismo, a necessidade de coexistência, entre os Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito.

2.2 As gerações dos Direitos Fundamentais

Como já exposto, o conteúdo enunciado pelos Direitos Humanos e pelos Direitos Fundamentais é similar, se não idêntico, de forma que a diferença marcante se dá no que se refere ao âmbito de aplicabilidade. Isto posto, para que esse grupo de pretensões tenha aplicabilidade, é necessária a sua positivação. Passa-se agora

a uma breve análise da evolução do ordenamento jurídico pátrio no que tange a positivação desses Direitos.

Antes de voltar-se precisamente ao ordenamento pátrio, é importante apresentar a noção de gerações dos direitos fundamentais, que tem como principal entusiasta Bonavides (2004). O autor apresenta, inicialmente, os direitos de primeira geração, que se referem aos direitos civis e políticos. Nessa geração é marcante a influência da ideia de liberdade, de forma que os direitos assegurados pertencem aos indivíduos e são oponíveis contra o Estado. São os ditos direitos negativos, porque são respeitados quando há um não fazer, uma abstenção do Estado. Esta geração se deu durante o século XVIII, com influência direta da Revolução Francesa, fato que explica a ênfase desses direitos na liberdade, na tentativa de afastar a atuação do Estado da esfera de direitos dos indivíduos, vez que o período anterior à referida revolução foi de autoritarismo político.

Quanto aos direitos de segunda geração, Bonavides (2004, p. 564) enuncia:

São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

O momento histórico no qual se deu a segunda geração dos Direitos fundamentais foi o do pós-primeira guerra mundial, tendo como marco normativo a constituição de Weimar. Tendo o liberalismo fracassado, notou-se que em verdade, não bastava à sociedade que o Estado se furtasse de interferir na esfera privada dos direitos dos indivíduos. Além de lhes conferir liberdade, era necessário que este fornecesse prestações positivas aos seus administrados, de forma a assegurar-lhes direitos relativos ao acesso à educação e à saúde, por exemplo. Bonavides (2004) traz a importante constatação de que por muito tempo as normas que traduziam os direitos desta geração eram tidas como programáticas, isto é, não gozavam de aplicabilidade imediata, necessitando de alternativas processuais para resguardá-las. Hodiernamente, porém, a Constituição da República vigente dota tais direitos de aplicabilidade imediata, tornando mais efetiva, portanto, a atuação estatal na proteção e execução desses direitos.

Bonavides (2004) traz ainda a terceira geração dos Direitos Fundamentais, que se funda principalmente na ideia de fraternidade. Não se voltam esses direitos para os indivíduos em si mesmos considerados, nem a um Estado específico: tais direitos têm como destinatário o gênero humano, daí porque essa geração tem como característica principal a pretensão da universalidade. Exemplos dos direitos enunciados como fundamentais por essa geração é o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e à comunicação. O período no qual se deu a referida concepção foi ao final do século XX, motivada, possivelmente, pelo *boom tecnológico* que se deu à época, no qual foi possível uma maior circulação de informações em todo o globo terrestre.

Por fim, Bonavides (2004, p.571) traz à baila a quarta geração dos Direitos Fundamentais, que no seu entender:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Essa geração se refere à globalização, mas não na acepção comumente utilizada para o vocábulo. Não se refere aqui ao neoliberalismo, mas a uma globalização da democracia, dos direitos sedimentados nas outras gerações, de forma que se pode entender como uma ainda utopia, uma cidadania elevada a um novo patamar, mais universal do que a que ora conhecemos.

2.3 Movimento constitucional no Brasil e posituação dos Direitos Fundamentais

Para Bonavides (2004), há três épocas constitucionais no Brasil: Constitucionalismo do Império, Constitucionalismo da Primeira República e o Constitucionalismo do Estado Social. Bonavides (2004), ao discorrer sobre o Constitucionalismo do Império traz o fato de que a Constituição da época, outorgada em 1824 e que vigeu por 65 anos, tinha forte influência da Constituição Francesa de 1791. Isto porque a Carta francesa fora editada no período da Revolução Francesa, razão pela qual os direitos fundamentais positivados na Carta do Império referiam-se aos ditos de primeira geração, isto é, estavam abrigados no diploma os direitos civis e políticos.

Voltou-se, em verdade, a referida Carta para a consolidação do recente Estado proclamado, para a organização da estrutura de poder e viabilização da criação e da estabilidade de um país independente de Portugal, não tendo, portanto, uma proteção ampla de outros direitos fundamentais que não os de primeira geração, até mesmo porque a preocupação com estes surgiram em momento histórico posterior, como já exposto.

O próximo momento da história do constitucionalismo no Brasil é enunciado por Bonavides (2004) como Constitucionalismo da Primeira República. A influência neste período era de origem norte americana, e buscou-se instituir um Estado Liberal de Direito. Não houve avanços no que se refere aos Direitos Fundamentais, visto que as inovações trazidas se referiam muito mais à organização estatal. Passava agora o Brasil a ser uma república presidencialista e a adotar a forma federativa de Estado. Esta fase compreende o período entre 1891, ano em que foi promulgada a primeira Constituição da República, e 1930. (BONAVIDES, 2004)

Quanto ao Constitucionalismo do Estado Social, Bonavides (2004) apresenta que o seu início se deu com a Constituição de 1934, na qual houve inovações normativas, sendo inseridos Direitos Fundamentais de segunda geração, também chamados de direitos sociais. É evidente a influência da Constituição de Weimar na Carta Política brasileira da época, dada a inédita positivação de direitos de caráter social. Como aduz o autor, o período compreendido pelo Constitucionalismo do Estado Social é tumultuado. A segunda república durou de 1934, ano no qual foi promulgada uma Carta Política, a 1937, ano no qual ocorreu um golpe de Estado.

Findo o período ditatorial do Estado Novo, em 1945, tem início a Terceira República, tendo a nova Constituição como marco. Aquela se estendeu até 1964, ano no qual a democracia sofre novo golpe, desta vez por parte dos militares. Nesse período, a ênfase na proteção dos Direitos Fundamentais de segunda geração é o traço marcante, porém, ainda eram as normas que positivavam esses direitos consideradas normas programáticas. A Carta de 1988 é que traz instrumentos que possibilitam a garantia desses direitos, com a sua devida concretização. Podemos citar como exemplo, o Mandado de Injunção, cuja função é dar ciência à autoridade, que detém a iniciativa legislativa, de sua mora, de sua inércia perante regulamentação de Direito Fundamental que é necessária para sua aplicação. É

importante notar que, nessa fase, a influência alemã no ordenamento constitucional é intensa.

2.4 A Constituição de 1988 e a liberdade de expressão

A Carta política ora vigente prevê exhaustivamente os Direitos Fundamentais, e tal fato se justifica pelo momento histórico no qual ela foi produzida, conforme o entender de Conrado (2014, p. 58):

A Constituição Federal de 1988 é produto da reabertura política que assinalou o fim do regime militar. A nova Carta Magna assinalou a implantação no Brasil de um Estado Democrático de Direito, cuja supremacia da constituição se impunha em face das demais forças até então dominantes, notadamente do poderio militar, que agora, tal como os outros poderes sociais, políticos e econômicos, se subordinava aos ditames de uma carta que superava o paradigma liberal, assumindo postura eminentemente social.

A Constituição de 1988 traz, desde o seu art. 1º, um conteúdo que enuncia a importância dos Direitos Fundamentais para o ordenamento. A definição da Dignidade Humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, evidencia essa preocupação do constituinte em tornar a Lei Maior instrumento de proteção do cidadão, não se restringindo apenas a regular instituições e o funcionamento do Estado. (TAVARES, 2012) Nesse contexto de ampla proteção, os Direitos Fundamentais não se limitam à previsão do art. 5º e seus vários incisos. Encontram abrigo em todo o texto constitucional, e não só, mereceram os dispositivos que os resguardam, proteção especial no que se refere à reforma legislativa, sendo estes considerados cláusulas pétreas, isto é, dispositivos que não podem ser alterados ou suprimidos, nem mesmo por emenda constitucional. (TAVARES, 2012)

Diante da previsão constitucional de diversos Direitos Fundamentais, restringir-se-á, neste estudo, à observação da liberdade de expressão, prevista no texto constitucional nos art. 5º, IV, IX e art. 220. Sabe-se que este mesmo texto constitucional instituiu um Estado Democrático de Direito. A garantia da liberdade de expressão é condição *sine qua non* para a existência e manutenção deste último. Não há que se falar em democracia onde não é livre o debate, a exposição de idéias, a manifestação de pensamento.

Dessa forma, ocupou-se a Constituição de resguardar a liberdade de expressão dos indivíduos. É notadamente, a liberdade de expressão, um direito fundamental de primeira geração, vez que resguarda o indivíduo da atuação invasiva

do Estado, devendo este uma prestação negativa aos seus administrados, isto é, o direito sobre o qual ora se discorre é oponível ao Estado, devendo este, para resguardar esta liberdade, um verdadeiro não fazer: não censurar, não obstar manifestações e a livre circulação de idéias. Contudo, o conceito de liberdade de expressão não é preciso na doutrina, vez que o próprio constituinte a regulou separadamente, dividindo em dispositivos distintos, como liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão intelectual e artística. (TAVARES, 2012)

Tavares (2012, p. 627) a conceitua como:

Em síntese, depreende-se que a liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos e que não pode ser restringido a um singelo externar sensações ou intuições, com a ausência da elementar atividade intelectual, na medida em que a compreende.

Assim, depreende-se que a liberdade de expressão não se limita ao direito de manifestação do pensamento, previsto no art. 5º, IV, mas inclui também o direito de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, não podendo este ser censurado, como previsto no art. 5º, IX, além do direito de veicular essas manifestações, conforme regulação prevista no art. 220. Assim, faz-se necessária, dada a imprecisão do constituinte acerca desse direito, a interpretação do texto constitucional, a fim de sintonizar o direito ora em debate com os demais Direitos Fundamentais e as outras normas constitucionais, de forma a utilizar-se de uma interpretação sistemática para obter tal pretensão.

Ao tutelar o direito de manifestação do pensamento, no art. 5º, IV, quis o constituinte proteger direito abrangente, visto que a comunicação, o intercâmbio de ideias é necessidade humana, isto é, externar pensamentos, ideias, inquietações, é o que, por certo, nos difere dos outros seres com os quais dividimos o planeta. Manifestar o pensamento é, sobretudo, necessário à evolução da sociedade, porque por meio da exposição de ideias é que se gera a possibilidade de construção de um diálogo. É neste sentido que enuncia Conrado (2014, p.66):

O direito fundamental à liberdade de manifestação de pensamento enseja o encontro, em ambiente plural, de pontos de vista os mais diversos, assegurando ao homem a exposição de suas ideias, independentemente do preenchimento de qualquer requisito. Trata-se da mera exteriorização do pensar, tão imprescindível quanto o próprio pensar, representando sua projeção externa e a troca de ideias do homem junto a seus semelhantes.

Por certo é que, não é este um direito absoluto, encontrando limites no que se refere a fatos, não podendo os indivíduos enunciar afirmações a estes

relativas que sabidamente sejam falsas. A liberdade aqui é tão somente em relação à opinião, ao juízo de valor que o indivíduo resolva exteriorizar, relativo aos mais diversos temas, não podendo ser esse direito limitado com base no que se acredita consensualmente por certo ou errado. (CONRADO, 2014) Assim, busca-se por meio da posituação desse direito que o indivíduo não possa ser proibido de expor seu ponto de vista relativo aos acontecimentos e questões com os quais se depara, ainda que seja um pensamento divergente da maioria, do consenso.

Como há outros Direitos Fundamentais, esta liberdade de manifestação do pensamento pode vir a colidir com estes, momento no qual será necessária a realização de um sopesamento, isto é, de uma análise para definir, na situação concreta, qual pretensão deverá prevalecer, visto que não poderá se proteger e garantir integralmente ambas.

Ainda analisando a escolha do constituinte relativo aos termos empregados para positivar a liberdade de expressão, temos, no art. 5º, IX, da Carta Política: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Ainda que o termo expressão apresente um conceito mais amplo que o vocábulo manifestação, o dispositivo tratou de limitar o espectro de incidência da norma, pois se refere aqui não ao pensamento, mas à expressão cultural das ideias humanas, isto é, da produção cultural, artística e científica. E é aí que reside a diferença entre os dois dispositivos conforme enuncia Conrado (2014, p. 107):

Uma diferença essencial entre a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de expressão é que na primeira o objeto da proteção constitucional e normativa recai sobre o pensamento, veiculado através do discurso em suas mais diversas formas, tendo forte cunho subjetivo; na liberdade de expressão, ao contrário, a tutela jurídica apresenta conteúdo acentuadamente objetivo, recaindo sobre o produto cultural da expressão do engenho humano, não necessariamente relacionado ao pensamento.

Assim, protege o art. 5º, IX, a produção intelectual, cultural e científica da censura e da licença, instrumentos que foram bastante utilizados durante a Ditadura Militar. Essa proteção, assim como a prevista no art. 5º, IV, não é irrestrita, encontrando como limite os demais Direitos Fundamentais, não raro a Dignidade Humana.

Por fim, passa-se à análise do art. 220 do texto constitucional, que regula a comunicação social. Esta é imprescindível à Democracia uma vez que é difícil, se não impossível, a existência de um Estado Democrático que pretenda limitar a

veiculação pública de fatos e ideias. Não basta assegurar o livre pensamento, a livre manifestação, se essas só puderem ser partilhadas de pessoa a pessoa. Em um Estado que se pretenda que o poder emane do povo, é direito deste saber como o poder que delega a seus representantes é exercido. O constituinte houve por bem proibir expressamente qualquer embaraço a divulgação de informação jornalística, independentemente do meio de comunicação escolhido, conforme disposto na Carta Magna, em seu art. 220, §1º. Essa proibição, não há dúvidas, é fruto do receio causado pelo ocorrido durante o golpe de 1964, onde eram recorrentes atos que tinham o condão de suprimir essa liberdade.

Dentro desse contexto, Conrado (2014) traz o questionamento relativo a essa pretensa liberdade de imprensa irrestrita, vez que já entendeu o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 130, julgada em 2009, pela impossibilidade de sustar, a priori, ofensas a direitos individuais gerados pelo exercício da liberdade de imprensa, vez que a própria Carta Política já prevê instrumentos de limitação dessa liberdade, *a posteriori*, como o direito de resposta e a responsabilidade civil pelos danos causados.

A questão será discutida em momento posterior, mas faz-se aqui breve comentário relativo ao entender de Conrado (2014), vez que este aduz que, a liberdade de imprensa irrestrita, isto é, de forma não regulada e ilimitada, em verdade, tem efeito reverso: O poder econômico acaba por dominar os meios de comunicação em massa, difundindo seu pensamento e sua versão dos fatos veiculados, atingindo maior parcela da população e construindo a dita opinião pública, enquanto que, aquele indivíduo ou grupo que possui ideias diferentes das primeiras, mas não possui a possibilidade de utilizar-se desses meios de comunicação de largo alcance, fica relegado ao desconhecimento do grande público. É também neste sentido o entendimento de Sarmento (2007, p. 3):

Não obstante, os meios de comunicação de massa, cujo poder nas sociedades contemporâneas nem precisa ser enfatizado, permanecem fortemente oligopolizados, em que pese a expressa vedação constitucional (art. 220, § 5º, CF), o que gera evidentes distorções no funcionamento da nossa democracia. Ademais, os pobres e excluídos em geral continuam sem voz na esfera pública.

Assim, a não regulação da Liberdade de Imprensa vai de encontro a ideia de pluralidade, de amplo debate, vez que acaba por permitir que apenas um grupo social detenha o poder da informação. Nota-se que essa ausência de intervenção e

regulação, defendida pelos enunciadores da ideologia liberal, acaba, curiosamente, por limitar essa liberdade.

2.5 A Liberdade de Expressão sob a concepção da teoria liberal (Norte americana) e da teoria funcional-democrática (Alemã)

A clássica divisão de gerações dos Direitos Fundamentais identifica a liberdade de expressão como direito de primeira geração, isto é, como já acima exposto, direitos que são garantidos por um não fazer do Estado, quando este se abstém de intervir, de limitar tal liberdade. Sem dúvida, a teoria liberal, que abarca a compreensão dessa liberdade como direito negativo, é a mais amplamente difundida, no que se refere ao direito em pauta. A teoria tem forte influência norte-americana, vez que para este ordenamento, a liberdade de expressão é direito que se sobrepõe a outros que colidem com este com certa freqüência, como o direito à privacidade e à igualdade. (SARMENTO, 2007, p.04)

Esta teoria defende que o grande “inimigo” do direito em questão é o Estado, sendo, portanto, a liberdade de expressão oponível a este. Quanto ao fato de que, a liberdade irrestrita restaria por impedir que aqueles que não detivessem poder econômico suficiente para difundir suas ideias se fizessem escutados, a teoria traz a concepção do “*laissez-faire*”: o próprio mercado regularia o que de fato interessaria à opinião pública, não sendo necessária a intervenção estatal para tanto. Ocorre que, essa concepção pode por vezes adotar discursos antiéticos e odiosos contra minorias, já que se propõe a atender ao mercado que a consome. A ausência de regulamentação, em verdade, protege abusos desse direito, podendo vir a ter conseqüências irreparáveis. É nesse sentido que enuncia Sarmento (2007, p. 25):

A verdade é que num sistema de comunicação pautado apenas pelas regras do mercado, todos os veículos tenderão a priorizar a maximização da sua audiência e a atração de publicidade e patrocínio – objetivos que nem sempre se acomodam bem com a missão democrática da imprensa.

Na doutrina nacional há quem defenda que a Constituição de 1988 inclina-se a essa teoria, como é o caso de Martins (2012), que afirma que a utilização, pelo constituinte, de conceitos genéricos, revela sua adesão à teoria liberal. Desta feita, o âmbito de proteção da liberdade de expressão seria amplo e não permitiria a exclusão de expressões *a priori*. Sendo assim, o autor acredita que

a única limitação que a Constituição buscou explicitar foi a vedação ao anonimato, para que fosse possível, se necessário, cercear o exercício desse direito somente *a posteriori*. O que defende o autor é que não pode o Estado pretender exercer controle algum sobre a liberdade de expressão, apenas sobre as conseqüências destas, sob pena de uma intervenção estatal injustificada e contra o enunciado da Carta Magna.

Sob outra perspectiva, a teoria funcional-democrática, de origem alemã, traz a ideia de que a liberdade de expressão não é apenas direito individual, tendo também o seu exercício que atender à sua função perante a sociedade, isto é, o exercício desse direito deve contribuir com a manutenção da democracia, sendo possível o Estado, quando houver um exercício abusivo deste direito, como exemplo, a divulgação exclusiva de apenas um ponto de vista sobre temas que sejam de interesse público, atuar no sentido de viabilizar a exposição de outros entendimentos que foram relegados ao ostracismo por não se coadunarem com os ideais dos detentores dos meios de comunicação em massa.

Admitindo assim tratar-se de direito de dupla dimensão, isto é, ser a liberdade de expressão tanto um direito subjetivo individual como um direito objetivo institucional, a teoria alemã traz a possibilidade de um maior ativismo estatal perante o exercício desse direito. Importa ressaltar que a dimensão objetiva institucional desse direito, se dá, principalmente, no que se refere à imprensa, enquanto que a dimensão individual subjetiva se refere à liberdade de pessoas individualmente consideradas, como artistas, cientistas e pensadores. (SARMENTO, 2007)

Sintetizando a teoria, é válido colacionar o entendimento de Sarmento (2007, p. 16):

[...] o mais importante é que se retenha a visão geral de que, na Alemanha, entende-se que a liberdade de expressão não é só um direito subjetivo a serviço do seu titular, mas também um valor, diretamente associado à democracia, que deve ser promovido ativamente pelo Estado, sobre o qual pesam as obrigações constitucionais positivas de garantir o exercício deste direito em face de ameaças exercidas por particulares, bem como de zelar pelo pluralismo na esfera comunicativa.

Diante do exposto, observa-se que muito mais que uma prestação negativa, o Estado, na teoria alemã, tem um papel promocional da liberdade em tela. Isto não quer dizer, contudo, que pode este intervir limitando propositalmente e conforme seus interesses a liberdade de expressão, mas que, para promover o pluralismo, de extrema importância para a real existência de uma democracia, pode

sim o Estado atuar positivamente. Cabe aqui breve comentário acerca desta. O conceito de democracia pretende que a soberania é do povo, de forma que o titular do poder seria toda a coletividade. No caso do Brasil, por se tratar de uma democracia representativa, há uma delegação do exercício desse poder a alguns representantes, que, em tese, deveriam defender os projetos e ideias das pessoas que os elegeram. No entender de Silva (2005, p. 126):

[...] com essas observações preliminares, é que podemos aceitar a concepção de Lincoln de que a democracia, como regime político, é governo do povo, pelo povo e para o povo. Podemos, assim, admitir que a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes.

Daí se extrai que, a Democracia não pode nem se finda a ser o governo das maiorias (SARMENTO, 2007). Assim, é de vital importância a existência de um ambiente plural, onde as mais variadas ideias possam ser debatidas, para o alcance da finalidade a qual a democracia se propõe, qual seja, exercer o poder do povo, para o povo e pelo povo, a fim de que todo este povo seja contemplado na formação da vontade coletiva.

Neste sentido, a liberdade de imprensa é crucial para a correta manutenção da democracia representativa. Como poderá o povo, titular do poder, decidir qual projeto de governo quer ver implantado, se não é possível tomar conhecimento da administração do Estado, dos atos praticados, dos rumos que seus representantes o dão? Como poderá o povo decidir-se por um projeto de governo, ainda que atenda às suas demandas, se não o conhece, por não ser esse do interesse dos grupos sociais que detém o poder e o controle dos meios de comunicação em massa?

A esse respeito, enuncia Bonavides (2001, p.164):

Com efeito, trata-se aqui da mídia - esta, sim, a caixa preta da democracia, que precisa de ser aberta e examinada para percebermos quantos instrumentos ocultos, sob o pálio legitimante e intangível da liberdade de expressão, lá se colocam e utilizam para degradar a vontade popular, subtrair-lhe a eficácia de seu título de soberania, coagir a sociedade e o povo, inocular venenos sutis na consciência do cidadão, construir falsas lideranças com propaganda enganosa e ambígua, reprimir e sabotar com a indiferença e o silêncio dos meios de divulgação, tomados inacessíveis, a voz dos dissidentes e seu diálogo com a sociedade, manipular, sem limites e sem escrúpulos, a informação, numa aliança com o poder que transcende

as raias da ética e tolher, enfim, a criação de uma opinião pública, livre e legítima, consciente e oxigenada pelos valores da justiça e da liberdade.

Assim, é que se mostra válida e necessária a atuação estatal positiva para assegurar o pluralismo tão essencial ao funcionamento efetivo de uma Democracia, como prevê a teoria alemã, principalmente em países no qual o poder econômico é concentrado em poucas famílias, as quais detêm a propriedade dos meios de comunicação, e conseqüentemente o poder de decidir os rumos do país. (SARMENTO, 2007)

Sarmento (2007, p. 22), sobre essa questão, manifesta-se no sentido de que “O bom funcionamento da democracia liga-se, portanto, à existência de um debate público dinâmico e plural, que não esteja submetido ao controle nem do Estado, nem do poder econômico ou político privado.”

Passa-se agora à análise referente à adesão ou não da Constituição da República de 1988 à teoria alemã. Utilizando-se de uma interpretação isolada e literal dos dispositivos que tutelam a liberdade de expressão, pode-se concluir que adotou a Carta Magna a teoria liberal, de origem norte-americana. Ocorre que, essa interpretação é limitada, e vai de encontro ao todo que a Constituição da República de 1988 pretende proteger, sendo necessária uma interpretação sistemática para uma escorreita compreensão das disposições constitucionais.

O texto constitucional é repleto de normas programáticas, que, no entender de Tavares (2014), pretendem conferir nova forma à sociedade. Estas normas enunciam programas sociais e outros instrumentos e direitos a fim de modificar o *status quo* vigente, perseguindo assim os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil enunciados no art. 3º da Constituição, como construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De acordo com Sarmento (2007), esses objetivos devem ser considerados como norte na interpretação dos demais dispositivos presentes no texto constitucional. Se a própria Constituição busca alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, por óbvio não se pode entender que o Estado restará inerte na persecução destes objetivos. Trazendo para a liberdade de expressão, não se pode entender que, diante de uma situação de gritante desigualdade, na qual poucos detêm o controle dos meios de comunicação e usam de seu poder e influência para a manutenção da situação, do *status quo* vigente, restará o Estado inerte, sob a

aparência de assegurar a liberdade de expressão enquanto, em verdade, tutela a violação desta liberdade daqueles que detêm poucos recursos e não se podem fazer ouvidos.

Não pode se esperar, em um raciocínio lógico, que o mesmo constituinte que vislumbrou extirpar o preconceito e a discriminação, idealizando uma sociedade igualitária, onde fosse promovido o bem de todos, seja o mesmo que garante a liberdade de expressão de um indivíduo que proclama sem maiores pudores, um discurso escandalosamente sexista, relegando a mulher a mero objeto de satisfação do homem, respaldando assim as inúmeras ocorrências de violência contra a mulher que o Brasil registra.

Comungando deste entendimento, Sarmiento (2007, p.31):

Neste ponto, a atuação dos meios de comunicação social tem uma importância central, pois, insista-se, são eles o principal *fórum* da esfera pública, onde travam-se os debates que efetivamente influenciam a opinião pública na sociedade moderna. Por isso, a regulação destes meios de comunicação deve visar à promoção do pluralismo, que dificilmente será alcançado sem a intervenção estatal, ainda mais à vista da estrutura oligopolizada da grande mídia brasileira.

Ademais, importa ressaltar que, a Constituição alberga também o direito à informação. Desta feita, o Estado deve garantir a veiculação de conteúdos plurais não só para tutelar o direito de liberdade de expressão daqueles que não detêm vastos recursos financeiros, mas, além, deve garantir também o acesso à informação de todos os cidadãos, a perspectivas diversificadas sobre assuntos relevantes a toda a coletividade de forma a, como já exposto, garantir que haja de fato o exercício do poder pelo povo, como deve ser em uma Democracia. (SARMENTO, 2007).

Diante desse cenário, acredita-se que o Estado deve prestações positivas para assegurar a liberdade de expressão, não se limitando a resguardar esse direito de forma negativa e que a própria Constituição da República é quem orchestra essa prestação positiva. É o que conclui Sarmiento (2007, p. 39):

Com efeito, infere-se da Carta de 88 o dever constitucional do Estado de agir para tornar efetivos a democracia e a autonomia comunicativa de todos os cidadãos, através da promoção e do controle do pluralismo externo e interno dos meios de comunicação social. Mas ele deve fazê-lo de forma cuidadosa, com estrito respeito aos valores liberais da Constituição, sem ameaçar as importantes conquistas obtidas em relação à dimensão defensiva da liberdade de expressão. A missão, como mostram os exemplos do Direito Comparado, é complexa e delicada, mas não é impossível. E já passou da hora do Brasil começar a cumpri-la.

Assim, conclui-se que ao se realizar uma interpretação sistemática da Constituição da República é possível afirmar que a teoria alemã é superiormente compatível com esta do que a teoria liberal, tendo em vista que, ao adotar uma posição radicalmente não-intervencionista, mais se suprimirá a liberdade de expressão do que a garantirá, em razão da realidade social a qual o Brasil encontra-se inserido, onde o poder econômico tem forte influência, se não total domínio, no que se refere aos meios de comunicação em massa.

3 DISCURSO DE ÓDIO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA APLICADA AO GÊNERO

Ao referir-se a gênero, é necessário que se faça a sua conceituação, por tratar-se de termo que comporta os mais variados significados, principalmente no que se refere à sua abrangência. Após, é importante a observação desse mesmo conceito sob a ótica do ordenamento pátrio, a fim de encontrar o grupo que a norma intentou proteger em instrumentos como a Lei n. 11.340/2006. Ademais, a breve apresentação de índices relativos à violência contra a mulher no Brasil, bem como dos programas sociais realizados com o escopo de combater essa prática é importante para que se perceba a real dimensão do problema e a necessidade do combate ao discurso de ódio que reforça a manutenção desse panorama.

3.1 Conceito de gênero

A conceituação de gênero ainda é questão desafiadora principalmente porque, a depender da ótica, pode este assumir as mais variadas definições. Atendo-se à definição linguística, como sugere Guedes (1995), o dicionário define gênero como “agrupamento de indivíduos ou objetos que tenham características comuns”; no sentido antropológico, “a forma como se manifesta, social e culturalmente, a identidade sexual dos indivíduos”. E, gramaticalmente, como “categoria que classifica os nomes em masculino, feminino e neutro.” (FERREIRA, 2008, p.430)

Desta forma, compreende-se que há um gênero masculino, um feminino, e um neutro. Ainda insistindo na busca do que a própria língua portuguesa pode contribuir para o debate de gênero, observa Guedes (1995), o fato de os próprios significados atribuídos aos termos “homem” e “mulher” encontrados nos dicionários relevarem uma diferenciação que merece atenção. A definição de homem se refere a ser humano, espécie humana, humanidade (FERREIRA, 2008), demonstrando um caráter de universalidade desse gênero masculino. A definição atribuída ao termo mulher possui uma definição extremamente limitada, referindo-se Ferreira (2008) a esta como ser humano do sexo feminino, ser humano do sexo feminino após a puberdade e esposa.

Nota-se já na questão linguística que há um viés excludente. Enquanto o termo homem é o que traz a ideia de universalidade, o termo mulher tem todas as suas definições voltadas ao masculino. É a esposa, é o indivíduo humano (que consta na definição de homem) do sexo feminino. Essa noção trazida pela língua é reflexo da sociedade, como afirma Guedes (1995), vez que a língua e seus significados são instrumentos de expressão cultural. O que se nota com uma simples consulta ao dicionário é que a sociedade brasileira incorporou o célebre aforismo de Lacan, “A mulher não existe”, não sendo capaz de defini-la à parte do homem, sempre se utilizando desta como um contraponto do sexo oposto.

Diante do exposto, percebe-se que a definição de homem e mulher levando em consideração apenas a questão biológica, definindo-os com base tão somente na genitália que apresentam, inviabiliza o estudo das relações de dominação e poder construídas, por ser a biologia o estudo dos seres vivos e não do indivíduo (MAIA, 2015). Renegar a construção cultural, o papel socialmente atribuído a cada um desses indivíduos, pautando as relações de poder instituídas apenas no sexo sob o qual nasceram encerra o debate e mantém o *status quo*: o homem é dominador em razão de sua natureza, a mulher é dominada porque assim nasceu (BORDIEU, 2002). Assim, o estudo acerca de uma identidade de gênero foi de fundamental importância para a percepção de que as relações de poder e de dominação não se deram em razão de uma questão biológica, como antes se pretendia. Assim é que “a proposta do conceito de gênero parte do reconhecimento da limitação da distinção biológica dos seres humanos a partir do aparelho reprodutor do homem e da mulher (o mesmo critério que identifica macho e fêmea no reino animal).” (MAIA, 2015, p. 59).

Dessa forma, buscou-se libertar-se dessa proposta dual biológica do sexo que não permitiria maiores questionamentos e partiu-se em busca do estudo da construção social realizada sobre esses corpos. Mas, afinal, o que seria gênero? Na visão de Scott (1989, p. 03):

No seu uso mais recente, o “gênero” parece ter aparecido primeiro entre as feministas americanas que queriam insistir no caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo. A palavra indicava uma rejeição ao determinismo biológico implícito no uso de termos como “sexo” ou “diferença sexual”. O gênero sublinhava também o aspecto relacional das definições normativas das feminilidades.

Assim, se observa que essa busca pelo estudo do gênero surgiu da necessidade de contrapor a ideia determinista da biologia sobre os sexos. Essa

inovação possibilitou questionar o papel social, bem como toda sorte de estigmas culturais que recaíam sobre as mulheres, subversão antes inimaginável porque se justificava essa disposição social na natureza feminina. É neste sentido que demonstra Scott (1989, p. 7) mais um significado para gênero: “O gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as “construções sociais” – a criação inteiramente social das ideias sobre os papéis próprios aos homens e às mulheres”. E, finaliza Scott (1989, p. 7), com a ideia de que “O gênero é, segundo essa definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado”.

Já Butler (2015, p.42) apresenta um conceito aberto, apresentando o gênero como algo em permanente construção:

O gênero é uma complexidade cuja totalidade é permanentemente protelada, jamais plenamente exibida em qualquer conjuntura considerada. Uma coalizão aberta, portanto, afirmaria identidades alternativamente instituídas e abandonadas, segundo as propostas em curso; tratar-se-á de uma assembléia que permita múltiplas convergências e divergências, sem obediência a um telos normativo e definidor.

Dessa forma, Butler (2015) tenta dissociar o gênero do corpo, não o concebendo mais como algo imutável, mas como algo em constante construção através dos atos que o exteriorizam. Inclusive, essa visão encontra-se intimamente relacionada à ideia que a autora apresenta de gênero performativo, que seria este resultante da repetição de atos que reforçam a construção do masculino e do feminino.

Butler (2015) traz ainda a ideia de que a pretensão de definir um gênero estável e permanente para o sujeito mulher para que se universalize o feminismo, em verdade, tem efeito contrário. A tentativa torna-se excludente, favorecendo o fracionamento do movimento. Nesse mesmo sentido é que Butler (2015) critica também a tentativa do feminismo de pretender universalizar a concepção de opressão masculina ocidental, vez que, cada região tem suas peculiaridades culturais, o que não é diferente nas relações de poder.

Assim, acredita Butler (2015) que o velho sistema binário, que opõe feminino X masculino, bem como a concepção de que gênero seria a expressão cultural do sexo não é suficiente para que se desconstruam as relações de poder consolidadas. Em suas palavras (BUTLER, 2015, p. 27):

O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos.

Na verdade, qualquer conceito pré-determinado de gênero, conforme a autora, não se prestará a mudar o status de dominação masculina que rege a sociedade, vez que, receber conceitos pré-fabricados e moldados por quem interessa a manutenção do *status quo* implicará sempre no fracasso das tentativas de mudança.

Sob outra perspectiva, Scott (1989) nos traz uma íntima correlação entre gênero e mulheres, afirmando que a utilização do termo em debate foi uma tentativa de validar academicamente o estudo sobre mulheres, da construção cultural a elas imposta. A utilização do termo buscava tornar o estudo neutro e não escandalizar o ambiente científico, dada a associação feita com a ideologia feminista caso fosse utilizado o termo mulheres no lugar do vocábulo gênero.

Ainda que sabidamente o tema seja controverso, e teorias mais modernas incluam no estudo de gênero também as mulheres trans – indivíduos que nasceram sob o sexo masculino, mas, que se identificam com o gênero feminino, neste trabalho utilizar-se-á a posição de Scott, utilizando-se gênero dentro da proposta original a qual o termo foi pensado, qual seja, referir-se às mulheres.

Diante dessa breve exposição, passa-se a análise do entendimento do legislador brasileiro acerca do tema. Para tanto, busca-se na Lei n.13.104/2015, que instituiu o feminicídio, o conceito de gênero feminino, a definição de quem o legislador pretendeu proteger criando a qualificadora do crime de homicídio, como forma de frear as consequências por vezes irreparáveis da discriminação de gênero.

No entender de Greco (2015) o critério a ser utilizado para definir o indivíduo do sexo feminino protegido na tipificação do art. 121, §2º, VI, é o jurídico. Isto é, a mulher que merece a proteção deste dispositivo refere-se àquela que for registrada oficialmente como do sexo feminino, que porte documentos, como a certidão de nascimento ou o documento de identidade nos quais conste expressamente a sua condição. Assim o é em razão da necessidade de se resguardar a segurança jurídica, principalmente no que toca à seara penal, *ultima ratio* do Direito.

Ainda que se entenda a importância de preservar a segurança jurídica, nota-se que o Direito ainda apresenta o conceito de mulher deveras limitado, por ser o tema controverso e o campo do debate amplo. Diante da morosidade do judiciário, alguém que já propôs ação de retificação de registro civil e aguarda pelo

regular deslinde do processo, caso seja assassinada, ficará de fora do âmbito de proteção do feminicídio? Conforme já fora exposto, é compreensível esse reducionismo na compreensão de quem seja mulher, até por uma questão de instrumentalidade. Contudo, o Direito além de regular a sociedade, é influenciado por esta, razão pela qual se deve aprimorar o conceito do sujeito passivo do crime de feminicídio, com o intuito de que a alteração legislativa cumpra o fim em razão do qual foi esta idealizada.

3.2A proteção da mulher no ordenamento pátrio

Desde a Constituição é possível observar a preocupação do ordenamento em repelir a discriminação sexual, que, tem como principal vítima (quicá, a única vítima) a mulher. O constituinte houve por bem incluir como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como prevê o art. 3º, IV, da Constituição.

Nesse mesmo sentido, enuncia o art. 5º, I, do mesmo diploma, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Diante da expressa previsão normativa, entende-se a necessidade de afirmar a igualdade entre os sexos, de forma a desconstruir a falsa ideia de inferioridade feminina, construída culturalmente durante tanto tempo, com o apoio, principalmente no Brasil, de uma sociedade ainda muito provinciana, marcada pela concepção patriarcal.

No âmbito do Direito internacional, vários foram os documentos celebrados no sentido de suprimir a discriminação sofrida pela mulher. Alguns deles são a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (1967), que, apesar de seu conteúdo moral e político, não se efetivou como tratado, vez que não estabeleceu obrigações para os Estados; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), ratificada pelo Brasil em 1984; a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ou Convenção de Belém do Pará (1994), ratificada pelo Brasil em 1995. No entender de Lopes (2015), a Lei Maria da Penha teve forte influência da Convenção de Belém do Pará, restando demonstrada a importância dessas normas internacionais para o direito interno. Essa convenção, segundo Pandjarian (1998),

introduziu o conceito de gênero na questão da violência contra a mulher, além de tornar mais abrangente o que se entende por esta, passando a abarcar não só a violência física, bem como a psicológica e sexual, como está posto no art. 1º da referida convenção: “Entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

Aproveitando a menção à Lei. N. 11.340/2006, que foi nomeada em homenagem à Maria da Penha, que fora vítima de violência doméstica, praticada pelo seu então marido, passa-se agora à breve análise deste diploma. A violência doméstica e familiar já era uma preocupação do constituinte, como se infere da leitura do art. 226, § 8º, da Constituição, que dispõe: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". Vale salientar que, antes da criação da Lei n. 11.340/2006, as situações de violência contra a mulher eram julgadas segundo a Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, uma vez que parcela significativa dos casos de violência de gênero era considerada crimes de menor potencial ofensivo, de forma que as penas aplicadas muitas vezes não eram privativas de liberdade, e sim penas alternativas, como cestas básicas ou trabalho comunitário, o que fomentava um sentimento de impunidade no que se refere a esse tipo de violência (MENEGHEL, 2013).

Dessa forma, a Lei n. 11.340/2006 trouxe a reafirmação da proteção da mulher como elemento fundamental à garantia da Dignidade da Pessoa Humana, sendo aquela detentora desta e, portanto, devendo ser-lhe asseguradas as condições para o exercício efetivo dos mais diversos direitos, como à vida, à segurança, à saúde, à educação, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, como previsto no art. 3º da lei supramencionada. A Lei também trouxe como inovação a previsão de medidas protetivas de urgência, elencadas em seu art. 22, que, constatada a existência da violência doméstica, podem ser impostas a fim de fazer cessar a violência, resguardando a vítima, sem a necessidade de encarcerar, em um primeiro momento, o agressor (NUNES, 2016).

Há, ainda, por todo o ordenamento, previsões no sentido de assegurar a equidade entre homem e mulher, vedando a discriminação tão corriqueiramente sofrida pelo gênero feminino, como a previsão à proteção do mercado de trabalho da

mulher, constante do art. 7º, XX, da Constituição. Há quem se rebele com a proteção normativa conferida à mulher, sob o pretexto de que, na verdade, essas normas colidiriam com o princípio da igualdade, por beneficiar determinado grupo. Ocorre que estas normas só precisaram existir em decorrência da gritante diferença entre os lugares sociais que a cultura tratou de determinar a cada um dos sexos. O cenário brasileiro, ainda que tenha avançado, ainda é absurdamente desigual: As mulheres ganham menos que os homens, ainda que ambos tenham a mesma escolaridade e atuem no mesmo grupamento de atividade, segundo o Censo de 2010. Conforme os dados colhidos pelo IBGE, aferiu-se que as mulheres ganham em torno de 72,3% da remuneração percebida pelos homens, em média. Contudo, os dados revelam que apesar disso, as mulheres estudam mais: Enquanto 61,2% das trabalhadoras tinham 11 anos ou mais de estudo, ou seja, pelo menos o ensino médio completo, para os homens este percentual era de 53,2%. Destaca-se ainda que a parcela de mulheres ocupadas com curso de nível superior completo era de 19,6%, superior ao dos homens, 14,2%. Assim, percebe-se que apesar de estudarem mais, elas continuam ganhando menos, o que torna cristalina a questão da discriminação de gênero e a importância das normas que visam assegurar a esse grupo uma maior proteção, a fim de minimizar essas diferenças ainda tão acentuadas.

Os discursos que insistem em menosprezar o gênero feminino, relegando a elas a culpa pela violência sofrida, insistindo sempre em sua inferioridade física e intelectual e reforçando a ideia de que deve a mulher, para ser respeitada, ter um determinado comportamento social, acabam por revalidar e respaldar, continuamente, a discriminação e a violência de gênero. A erradicação dessa discriminação perpassa, principalmente, por uma mudança cultural, de forma que o Direito, com a força coercitiva do qual é dotada, é importante ferramenta para o alcance da igualdade material entre homens e mulheres.

A discriminação de gênero é sobremaneira atentatória à Dignidade Humana, como prevê a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (1967), em seu art. 1º “A discriminação contra a mulher, porque nega ou limita sua igualdade de direitos com o homem, é fundamentalmente injusta e constitui uma ofensa à dignidade humana.” Como já dito, apesar de não ser dotada de normatividade, esta declaração tem força moral e política, e, influenciou sobremaneira a edição da Convenção Sobre A Eliminação De Todas As Formas De

Discriminação Contra A Mulher (1979), na qual os Estados-parte obrigaram-se a tomar todas as medidas apropriadas, inclusive por meio da produção legislativa, com o fito de assegurar o desenvolvimento e progresso da mulher, além de lhe garantir o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais da mesma maneira que os exerce e usufrui o homem.

Desta forma, fica evidente que a legislação de proteção à mulher constitui-se em um elemento essencial para a garantia da Dignidade da Pessoa Humana, estando o Brasil inserido num contexto global de afirmação do gênero feminino, com o escopo de reduzir as desigualdades e a discriminação de gênero, de maneira que seja possível alcançar uma verdadeira igualdade entre homens e mulheres, retirando estas da constante situação de opressão a que até hoje se encontram submetidas.

3.3 A violência de gênero nos dias atuais

Conforme já exposto, concluiu-se pela importância das normas que pretendem proteger e assegurar à mulher a possibilidade de alcançar um lugar de igualdade, de paridade com os indivíduos do gênero masculino. Ocorre que, tão somente a produção legislativa, se desacompanhada de políticas públicas, será pouco eficiente na erradicação da discriminação e da violência de gênero.

Observando-se os dados do Mapa da Violência 2015 – Homicídios de mulheres no Brasil, observa-se um crescimento, a nível nacional, dos homicídios que vitimam mulheres: “o número de vítimas passou de 1.353 mulheres em 1980, para 4.762 em 2013, um aumento de 252%. A taxa, que em 1980 era de 2,3 vítimas por 100 mil, passa para 4,8 em 2013, um aumento de 111,1%.” (WAISELFISZ, 2015) Partindo para uma análise das Unidades Federativas, observa-se que os 10 Estados que tiveram entre 2003 e 2013 os maiores aumentos nas taxas de homicídio de mulheres pertencem à região Norte e Nordeste. No caso do Ceará, especificamente, observa-se também um “boom” da violência no estado, estando, inclusive, Fortaleza entre umas das 10 capitais mais violentas do país. Contudo, houve Unidades da Federação que reduziram seus índices, de forma que a conclusão obtida no estudo é de que circunstâncias locais influenciam mais que fatores globais, tendo em vista a variação irregular apresentada pelos estados na década. (WAISELFISZ, 2015)

Aprofundando-se no estudo da vítima, o Mapa da Violência 2015 – Homicídios de mulheres no Brasil apresenta, na década compreendida entre 2003 e 2013, uma queda no homicídio de mulheres brancas e um aumento significativo no homicídio de mulheres negras. As taxas de homicídio de mulheres brancas caíram 11,9%: de 3,6 por 100 mil brancas, em 2003, para 3,2 em 2013. Em contrapartida, as taxas das mulheres negras cresceram 19,5%, passando, nesse mesmo período, de 4,5 para 5,4 por 100 mil. Quanto à idade das vítimas, observa-se um índice maior de homicídios vitimando mulheres entre 18-30 anos, alcançando as taxas nessa faixa etária certa estabilidade, seguido de um declínio posterior até a velhice. Diferentemente do que ocorre com os homens, que têm um crescimento contínuo da taxa de homicídios os vitimando dos 12 anos até atingir seu ápice, aos 19 anos, seguido por um constante declínio até a velhice. A pesquisa aponta que essa estabilidade do índice no intervalo etário dos 18-30 anos tem razão de ser pela maior incidência da violência doméstica no homicídio de mulheres. (WAISELFISZ, 2015)

Passando à análise dos dados colhidos na Pesquisa Nacional de Saúde – PNS, realizada em 2013, constatou-se que, quando perguntados se sofreram algum tipo de agressão ou violência por parte de pessoa conhecida, nos últimos 12 meses, 3,7 milhões de pessoas com 18 anos ou mais responderam afirmativamente. Isso representa 2,5% da população nessa faixa etária. Contudo, a diferença entre os números de vítimas do sexo feminino e do sexo masculino são expressivas: o número de mulheres agredidas alcança 2,4 milhões, enquanto os quantitativos masculinos atingem 1,3 milhão. Assim, observa-se que o número de mulheres agredidas por conhecidos é quase o dobro das vítimas do sexo masculino. Assim, 1,8% do universo masculino do País, contra 3,1% do feminino, foram vítimas de agressão por alguém conhecido. A gritante diferença revela a expressão genuína da cultura de menosprezo pelo feminino, de desrespeito à Dignidade Humana das mulheres. (WAISELFISZ, 2015)

Outro dado importante para se perceber o quão danosos são os discursos de ódio contra o gênero feminino, vez que respaldam e reforçam a cultura de violência contra a mulher, é a análise de quem pratica a violência contra elas. A maior porcentagem de agressores quando as vítimas são mulheres trata-se de companheiros e ex-companheiros (35,1%), enquanto quando a vítima é do sexo masculino, apenas 15% dos episódios de agressões são praticadas pelo parceiro ou

ex-parceiro, sendo a maior porcentagem de agressores referente a amigos e colegas (27,1%). (WAISELFISZ, 2015) Assim, resta evidente a problemática da reprodução da cultura discriminatória de gênero. Toda a construção cultural que inferioriza a mulher respalda essas agressões, de forma que é urgente a implantação de políticas públicas que atuem no combate da perpetuação dessa cultura.

Neste sentido, o governo federal elaborou o Relatório Anual de Avaliação do Plano Plurianual 2012-2015 dos programas sociais, dentre os quais está a Política para as Mulheres: Promoção da Autonomia e Enfrentamento à Violência, tema de responsabilidade da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, vinculada ao Ministério da Justiça. Dentre os objetivos constantes desse plano está o de número 0933:

0933 - Fortalecer uma cultura social igualitária entre mulheres e homens, não sexista, não racista, não lesbofóbica, mediante apoio às políticas de educação de qualidade, além de políticas culturais, de esporte e lazer que assegurem tratamento igualitário entre mulheres e homens pelas instituições e pelos profissionais.

Neste sentido, para atender tal objetivo, realizou-se o Prêmio Construindo a Igualdade de Gênero, que tem por objetivo, segundo o referido plano: “viabilizar as transformações culturais e de difundir, por meio da educação e da formação de valores, atitudes não discriminatórias e libertárias”. O Prêmio já teve nove edições e a cada edição os premiados têm seus trabalhos publicados, de forma a serem estes divulgados à sociedade brasileira. Por esse meio, o tema consegue atingir as escolas de Ensino médio e Universidades, ambientes importantes para a disseminação de uma nova cultura de respeito à mulher e à sua dignidade.

Outro plano elaborado ainda para alcançar o objetivo 0933 foi o de realizar 04 seleções públicas de iniciativas e projetos para mulheres, que versassem sobre o tema gênero, intentando a desconstrução de estereótipos de gênero por meio da produção e circulação de conteúdos culturais. Até 2013 já haviam sido realizadas duas das quatro seleções públicas planejadas, sendo os trabalhos contemplados veículos de promoção da reflexão crítica sobre o tema, além de fomentar a atividade das mulheres no meio artístico. São várias as políticas afirmativas voltadas às mulheres enunciadas no referido plano, contudo, não é este o objeto central deste trabalho. Assim, frisa-se que o Poder Executivo vem

trabalhando no sentido de garantir uma mudança cultural, mudança esta imprescindível para a efetiva erradicação da discriminação de gênero, de forma que as medidas aqui mencionadas têm um efeito de prevenção desta violência, ao passo que estimula o debate do tema e empodera as mulheres.

No que se refere às vítimas da violência de gênero, há uma rede de assistência para atendê-las. Um projeto que vêm sendo implantado em todo o Brasil e que merece o comentário é a Casa da Mulher Brasileira, um dos eixos do programa “Mulher, Viver sem Violência”, que consiste num complexo onde se reúnem vários serviços especializados no atendimento da mulher vítima de violência. A ideia do projeto é oferecer um atendimento humanizado às mulheres submetidas à violência, de maneira a evitar que estas sofram violência também institucional ao procurar assistência. Os serviços reunidos na Casa da Mulher Brasileira passam desde o apoio psicossocial até a promoção da autonomia econômica, com o oferecimento de qualificação profissional e da inserção dessas mulheres no mercado de trabalho. O complexo reúne ainda juizados/varas especializadas, núcleo da Defensoria Pública, Promotoria especializada do Ministério Público e alojamento de passagem para aquelas mulheres que corram risco iminente de morte. No país, a Casa da Mulher Brasileira já foi implantada em cidades como Campo Grande, Brasília e Curitiba.

3.4 O problema do *hate speech* e da legitimação da violência contra a mulher

O *hate speech* pode ser considerado como o discurso que tem capacidade de intimidar, de instigar violência e discriminação a um determinado grupo, em razão de suas características como cor, gênero e religião. (BRUGGER, 2009) Esse tipo de discurso, no que se refere ao gênero, acaba por reforçar a cultura que estabelece papéis sociais e comportamentos baseado neste, de forma a não só contribuir para a manutenção da discriminação da mulher, como em si mesmo já constituir algum tipo de violência¹. É nesse sentido que Austin (1990) enuncia a Teoria dos Atos de Fala: acredita o autor que o discurso não constitui

¹O conceito de violência aqui utilizado é o trazido pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994) que enuncia, em seu art. 1º: “entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.”

simplesmente um dizer, mas em alguns casos é já a própria ação. O autor enuncia que em determinados casos, denominados proferimentos performativos², o que se diz é elemento da ação, se não a própria. São pronunciamentos os quais não são aptos a sofrerem juízo de valor, avaliando se são estes verdadeiros ou falsos. Um exemplo por ele trazido em sua obra é a do casamento. Como casar-se sem declarar que aceita o outro como seu cônjuge? Quando um dos nubentes enuncia que aceita o outro como cônjuge, não está declarando que se casou, mas está, em verdade, se casando. (Austin, 1990).

Assim, o dizer não seria apenas proferir palavras, mas sim praticar a ação. Para tanto, acredita o autor que importa também, para o sucesso do pronunciamento performativo, o contexto da fala, as condições nas quais ela é proferida. É o que o autor chama de *condições para performativos felizes*³. Uma dessas condições é a existência de um procedimento convencionalmente aceito e que este procedimento tenha um efeito também convencionalmente aceito e que seja necessário, para alcançar este efeito, que se profiram palavras determinadas, por determinadas pessoas em circunstâncias determinadas. Isto é, se faz necessário que o enunciador seja apto a praticar a ação (de nada adianta que um cidadão sem mandato eletivo declare aberta uma sessão legislativa, pois não tem poder suficiente para realizar tal ato), e que seja previamente convencionado o modo que deve ser praticada a ação (restaria sem efeito um casamento no qual o cônjuge declara que aceita o outro fora da situação solene de celebração do casamento). Austin (1990) acredita ainda que, caso não sejam atendidas estas *condições para performativos felizes*, não será o pronunciamento performativo falso, já que não são passíveis

² Explica o autor a utilização do neologismo “performativo” por ser este o termo mais adequado para nomear o que se propõe a teoria dos atos de fala. Cunhou-se esse termo baseado no inglês, que tem o verbo *to perform*, significando fazer, realizar, o que tornaria a terminologia adequada, já que, acredita Austin que esses pronunciamentos performativos são a própria ação, são o próprio fazer.

³ As condições para performativo felizes enunciadas por Austin (1990, p. 31) são: (A1) Deve existir um procedimento convencionalmente aceito, que apresente um determinado efeito convencional e que inclua o proferimento de certas palavras, por certas pessoas, e em certas circunstâncias; e, além disso, que (A2) as pessoas e circunstâncias particulares, em cada caso, devem ser adequadas ao procedimento específico invocado. (B1) O procedimento tem de ser executado, por todos os participantes, de modo correto e (B2) completo. (Γ.1) Nos casos em que, como ocorre com frequência procedimento visa às pessoas com seus pensamentos e sentimentos, ou visa à instauração de uma conduta correspondente por parte de alguns dos participantes, então aquele que participa do procedimento, e o invoca deve de fato ter tais pensamentos ou sentimentos, e os participantes devem ter a intenção de se conduzirem de maneira adequada, e, além disso, (Γ.2) devem realmente conduzir-se dessa maneira subsequentemente.

deste juízo de valor, e sim serão nulos ou vazios, a depender da condição a qual deixou de atender.⁴

Esmiuçando o referido autor, enuncia Lorenzo (2014):

Austin distingue entre atos locucionários ou locuções, o simples ato de dizer algo, em que o dito é restrito ao significado das palavras; atos ilocucionários ou ilocuções, quando no ato de dizer algo se realiza uma ação por meio do uso da fala num sentido determinado, e atos perlocucionários ou perlocuções, a partir dos quais ao dizer algo se produzirá certo efeito ou consequência sobre os sentimentos, pensamentos ou ações de um ouvinte, do próprio falante ou de outras pessoas. A força dos performativos, ou atos de fala, depende do contexto e circunstâncias onde são ditos, isto é, o sentido com que o dito é dito.

Dessa análise, conclui-se que são três os atos de fala: ato locucionário, que seria este tão somente o ato de pronunciar uma frase, de proferir um período, de tão somente falar. O ato ilocucionário, que pode ser definido como ato que se realiza na linguagem, como exemplo o ato de advertir, ou de aconselhar. Isto é, o ato ilocucionário depende da entonação, da situação, de uma série de elementos para que se distinga do ato locucionário. Por fim, têm-se os atos perlocucionários, que são aqueles que produzem efeitos sobre os sentimentos dos interlocutores. É o que enuncia Austin (1990, p.89):

Dizer algo frequentemente, ou até normalmente, produzirá certos efeitos ou consequências sobre os sentimentos, pensamentos ou ações dos ouvintes, ou de quem está falando, ou de outras pessoas. E isso pode ser feito com o propósito, intenção ou objetivo de produzir tais efeitos.

Desta forma, o *hate speech* pode atuar tanto como ilocuções como perlocuções, isto é, pode em si mesmo constituir a ação violenta como pode também produzir efeito sob os sentimentos dos interlocutores, seja fortalecendo a ideia de inferioridade feminina, justificando assim a atuação dos agressores, seja ofendendo e agindo na autoestima da mulher, fazendo com que esta não só assuma o papel a ela socialmente imposto como se resigne quanto a este. Longe de ser algo pontual, esse tipo de discurso depreciativo é veiculado constantemente na mídia, seja por meio de programas humorísticos⁵, seja por fala de parlamentares⁶. A questão central

⁴ O autor chama de pronunciamento performativo nulo aqueles que ferem as regras A.1, A.2, B.1 e B.2 e vazio aqueles que ferem as regras Γ.1 e Γ.2.

⁵ Na matéria "A Graça de um Herege" veiculada na revista Rolling Stones, são transcritos trechos de uma piada realizada pelo humorista Rafinha Bastos: "Toda mulher que eu vejo na rua reclamando que foi estuprada é feia pra caralho. Tá reclamando do quê? Deveria dar graças a Deus. Isso pra você não foi um crime, e sim uma oportunidade. Homem que fez isso [*estupro*] não merece cadeia, merece um abraço". (RODRIGUES, 2011)

⁶ Em matéria veiculada na Revista Crescer, é transcrita a opinião do Deputado Jair Bolsonaro sobre a desigualdade salarial entre homens e mulheres: "Por isso que o cara paga menos para a mulher! É muito fácil eu, que sou empregado, falar que é injusto, que tem que pagar salário igual. Só que o

é que esse tipo de discurso viola o valor humano⁷ da mulher, despreza que é esta detentora de dignidade, razão pela qual merece ser respeitada e ter sua integridade resguardada (KANT, 2008).

Não se pode permitir que, sob o pretexto de resguardar a liberdade de expressão, se veicule esse tipo de discurso, vez que é este deveras danoso a todo o corpo social. Com os crescentes índices de violência de gênero, o combate ao *hate speech* é fundamental para assegurar o respeito ao princípio da Dignidade Humana e a redução desses índices no futuro. Certo é que, ao eleger tal princípio como fundamento da República, o constituinte logicamente não protege esse tipo de discurso, de maneira que, como enuncia Conrado (2014, p.299): “[...] os vários direitos reconhecidos pela Constituição Federal de 1988 são projeções concretas desse valor hierarquicamente superior e complexo, que pode proteger não apenas a liberdade, mas também as restrições incidentes.” Assim, não deve o Direito proteger discursos odiosos, inclusive porque ao interpretar a norma de forma a privilegiar a liberdade em detrimento do princípio da Dignidade Humana, será esta interpretação inconstitucional. (CONRADO, 2014) Dessa forma é que se faz necessário buscar critérios que em alguma medida sejam objetivos para assinalar um discurso como odioso e assim não merecer proteção do ordenamento.

cara que está produzindo, com todos os encargos trabalhistas, perde produtividade. O produto dele vai ser posto mais caro na rua, ele vai ser quebrado pelo cara da esquina. Eu sou um liberal, se eu quero empregar você na minha empresa ganhando R\$ 2 mil por mês e a Dona Maria ganhando R\$ 1,5 mil, se a Dona Maria não quiser ganhar isso, que procure outro emprego! O patrão sou eu". (LIMA, 2016)

⁷Kant (2008, p. 277): Mas um ser humano considerado como uma *pessoa* (homo noumenon) não é para ser valorado meramente como um meio para o fim de outros ou mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto) através do qual cobra *respeito* por si mesmo de todos os outros seres racionais do mundo. Pode avaliar a si mesmo conjuntamente a todos os outros seres desta espécie e valorar-se em pé de igualdade com eles.

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO X DISCURSOS SEXISTAS: LIMITES OBJETIVOS

Apresentado o contexto atual da violência de gênero no Brasil e a relação deste com o *hate speech* contra a mulher, importa agora a análise da possibilidade de limitar a liberdade de expressão, no que se refere a esse tipo de discurso. Sobretudo, é necessária a busca por um limite objetivo, de forma que não seja a Democracia violada pela limitação desta liberdade, que não constitua a limitação um tipo de censura, visto que esta é expressamente vedada pela Constituição.

4.1 A Dignidade Humana enquanto limite para a veiculação de discursos sexistas

Como já se demonstrou, o constituinte promoveu o princípio da Dignidade Humana a fundamento da República Federativa do Brasil. A definição do princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o que se entende por conceito jurídico indeterminado. Isto é, o legislador não delimitou precisamente o conceito, de forma que é importante que a exegese realizada leve em conta a forte carga valorativa do princípio, possibilitando assim interpretá-lo de modo coerente com todo o restante da Constituição.

Realizando breve histórico do princípio em pauta, Sarlet (2006) afirma que durante a Antiguidade clássica, nota-se uma tendência a restringir a ideia inicialmente universal da Dignidade Humana. Neste momento histórico a dignidade possui relação direta com a posição social do indivíduo, podendo este ser mais ou menos digno, conforme o seu status social. Em contrapartida, o estoicismo possuía a concepção de universalidade, isto é, todo homem era dotado de dignidade e da mesma dignidade, uma vez que esta era a característica que o distinguia dos seres irracionais. Entre as religiões, a dignidade humana primeiramente foi pensada pela religião cristã, embasada nos textos bíblicos que enunciavam a criação do homem à imagem e semelhança de Deus, razão pela qual o homem seria dotado de valor próprio, e por este motivo não poderia ser objetificado, reduzido a um instrumento. (SARLET, 2006).

Durante a Idade Média, foi mantida essa concepção, tendo encontrado abrigo no pensamento de São Tomás de Aquino, que pautava a dignidade no fato de

a humanidade ter sido criada à imagem e semelhança de Deus, bem como no fato de esta possuir a faculdade de exercer o livre arbítrio, isto é, o homem é dotado de capacidade para escolher seus rumos livremente, portanto, ele existe em função de sua própria vontade. Passando ao período renascentista, encontra-se o pensamento antropocêntrico, que seguiu os mesmos rumos, no sentido de afirmar o ser humano como dotado de dignidade e liberdade, possuindo a capacidade de se autodeterminar em função de seus anseios e desejos. (SARLET, 2006) Os séculos seguintes referem-se à concepção jusnaturalista, que se afastaram da concepção religiosa da dignidade, dando a esta contornos mais racionais e laicos, relacionando a dignidade humana com uma concepção de direito natural, isto é, haveria um grupo de direitos devido ao homem pelo simples fato de este ser indivíduo parte da humanidade, tais como a liberdade e a igualdade. (SARLET, 2006)

Sarlet (2006) acredita que foi com o pensamento de Kant que a Dignidade Humana desvinculou-se definitivamente da concepção religiosa. Kant (2003) considera que o que difere os seres racionais dos seres irracionais é o fato de que os primeiros são fins em si mesmo, isto é, não podem constituir simples meio para que se alcance um fim diverso. Desta feita, Kant (2003) traz a concepção de que todo ser humano é dotado de dignidade, e que esta deve ser respeitada. Cada indivíduo tem um valor inestimável, valor este que sempre deverá ser considerado. A dignidade e o valor dos indivíduos enunciados por Kant (2003) são um norte na busca de um conceito para o que o constituinte pretendeu ao enunciar a Dignidade Humana. Esta pode ser considerada como característica intrínseca dos seres humanos, e em razão de possuí-la, torna o indivíduo dela detentor (toda a humanidade) sujeito de direitos. É neste sentido que enuncia Conrado (2014, p. 302):

Não obstante se revista de forte carga axiológica, não se pode deixar de associar à dignidade da pessoa humana o reconhecimento do homem como destinatário do Direito, elemento basilar da sociedade. Desse modo, a violação a tal direito elementar do homem atingirá de forma violenta toda a humanidade, razão pela qual deve o jurista buscar sua incessante tutela, o fazendo através de medidas concretas, inclusive quando da promoção, aplicação e interpretação de todos os direitos fundamentais.

Assim, infere-se que o princípio em questão tanto torna os indivíduos sujeitos de direito como constitui limite à atuação estatal, de forma que impõe um mínimo de direitos que deve ser assegurado ao indivíduo, mínimo este no qual não poderá o Estado intervir, somente proteger de intervenções diversas. Desta feita, a

Dignidade Humana é dupla face, pois tem um viés de prestações positivas pelo Estado, como necessita, para a sua correta proteção, de prestações negativas. (CONRADO, 2014) As prestações positivas referem-se ao mínimo existencial⁸, termo cunhado para se referir ao conjunto de prestações estatais necessárias para a sobrevivência do indivíduo, e, mais que isso, para que exista esse em condições de respeito à sua dignidade intrínseca. Algumas das prestações abarcadas pelo mínimo existencial são os serviços de educação, saúde e segurança, serviços imprescindíveis para uma vida digna.

De outro lado, todos os indivíduos são considerados detentores dessa Dignidade Humana e fazem jus ao mínimo existencial, contudo, a esfera de direitos que cabe a cada indivíduo, pode vir a se chocar, de forma que para uma melhor solução desse tipo de conflito, é necessário o respeito à Dignidade Humana de ambos os indivíduos. Assim, estando um indivíduo exercendo seu direito fundamental à liberdade de expressão, mas proferindo discursos que fortalecem a discriminação feminina e discursando em favor de uma inferioridade de gênero, percebe-se uma violação à Dignidade Humana das mulheres em razão do exercício do direito fundamental do indivíduo. Certo é que se trata de direitos fundamentais, e que ambos devem ser respeitados, contudo, não é o direito à liberdade de expressão absoluto (como também não o é direito algum). Ademais, a Dignidade Humana, no entender de Weyne (2013, p. 94) tem “prioridade hierárquica em relação às demais normas jurídicas, ocupando a posição mais significativa dentro da ordem jurídica nacional e internacional”, razão pela qual, neste embate, merece proteção em detrimento da liberdade de expressão do indivíduo mencionado. No exemplo, tem-se a face de prestação negativa da Dignidade Humana: deve o Estado assegurar que esta não será violada, que outros não a firam.

Ainda na busca por um conceito para o princípio, enuncia Sarlet (2006, p. 41):

Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando

⁸Válido trazer o conceito enunciado por T. Weber (2013, p. 01) “Quando, do ponto de vista jurídico, falamos de um “mínimo existencial” estamos tratando de algo intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia que o norteia refere-se à preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna. Isso significa dizer que o direito ao mínimo existencial está alicerçado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana. Que esta seja respeitada, protegida e promovida é dever do estado”

se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.

Contudo, apesar de possuir um conceito aberto, o princípio possui características e delineados que permitem, *in casu*, constatar quando da sua violação. Sarlet (2006) traz como consequência de figurar a Dignidade Humana como qualidade intrínseca do indivíduo, ser esta irrenunciável e inalienável. Assim, não pode o indivíduo renunciar a essa dignidade, uma vez que esta é indissociável da natureza humana. Tampouco pode ser ela retirada de alguém, já que constitui elemento próprio da condição de ser humano. Ainda que não reconhecida pelo ordenamento, acredita Sarlet (2006), que a dignidade persiste, justamente por ter esse caráter indissociável da condição humana. Certo é que, ainda que a previsão desta dignidade no ordenamento não seja constitutiva, vez que existe independentemente da previsão legal, é imprescindível, para que haja mecanismos de proteção desta, sua positivação. Como já anteriormente exposto, os diplomas legais são elementos concretos cujo intérprete pode recorrer para sustar violações à Dignidade Humana, além de direcionar a atuação estatal, pautando-a no respeito ao princípio.

Superada a questão conceitual, passa-se à análise da natureza jurídica da Dignidade Humana. Para Barroso (2010, p. 11):

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

A Dignidade Humana, dessa forma, além de se constituir como valor que orienta todo o ordenamento jurídico, possui natureza jurídica de princípio constitucional. Os princípios diferem das regras em razão do modo de sua aplicação: estas ou se aplicam ou não se aplicam ao caso concreto. Em caso de conflito entre regras, haverá a aplicação de apenas uma delas, havendo, conseqüentemente, o afastamento da regra não aplicada. No que se refere à colisão entre princípios, o modo de resolução é diverso: realizar-se-á um sopesamento entre os princípios, de

forma que não se afasta totalmente a aplicação do princípio que não prepondera, mas sim se reduz o âmbito de atuação deste, para que não viole o princípio, que no caso concreto, restou preponderante. (Alexy, 2008)

Ainda sobre o princípio da Dignidade Humana, há certa divergência no que se refere à possibilidade de ser este considerado hierarquicamente superior aos demais. O legislador o previu não como um direito fundamental, mas como fundamento da República, de forma que essa escolha do constituinte dota o princípio em questão de inegável importância para a hermenêutica. Desta feita, a interpretação sempre deverá respeitar tal princípio, sob pena de ser inconstitucional. Há corrente doutrinária que defende a hipótese de que é a Dignidade Humana a fonte dos direitos fundamentais e que estes últimos são manifestações daquela. Por outro lado, Sarlet (2006) não se filia a esta corrente, acreditando ser questionável o entendimento de que todo direito fundamental pode ser reconduzido diretamente e de modo igual à Dignidade Humana. Assim, o autor acredita que realmente o princípio da Dignidade Humana funciona como elemento informador dos Direitos Fundamentais, mas que isso se dá de intensidades variadas em cada direito fundamental elencado pela Constituição.

Neste sentido, Sarlet (2006) evidencia muito mais a função integradora do princípio, isto é, a importância deste para a hermenêutica, para a correta interpretação não só dos direitos fundamentais, mas de todo o ordenamento, do que esse viés de alicerce dos direitos fundamentais. Contudo, alguns direitos como a liberdade, encontram-se intrinsecamente relacionados à Dignidade Humana. No entender de Conrado (2014), o fato de o indivíduo ser dotado desta dignidade é que respalda a liberdade que ele possui. De outra maneira, o indivíduo é livre porque digno. Porque se constitui um fim em si mesmo, é dotado de autodeterminação para viver em razão de sua vontade, sendo, portanto, livre. É o que se extrai (CONRADO, 2014, p.302):

A dignidade não se contrapõe à liberdade. Antes, ela é fonte da própria liberdade. É da dignidade que o homem, independentemente de sua origem, cor da pele, condição política ou social, extrai o direito a um espaço de atuação no qual não poderá ser perturbado, e é também dela que se abrirá àquele que tenha seus direitos atingidos a porta para buscar a imposição de limitações a terceiros que lhe hajam ofendido.

Assim, defende Conrado (2014) que um embate entre a Dignidade Humana e a liberdade de expressão é um conflito tão somente aparente: um

discurso que agrida a dignidade do outro não se encontra no âmbito de proteção do direito fundamental da liberdade de expressão, razão pela qual não há conflito normativo, devendo, no caso, a Dignidade Humana ser protegida e o discurso repellido, por ferir a ordem constitucional. Isto porque, segundo o autor, “ao exercício da liberdade faz-se imprescindível a observância ao valor dos demais homens com os quais se convive em sociedade” (CONRADO, 2014, p. 302). Esse limite à liberdade se dá em razão de, como já mencionado, esta ser resultado da dignidade inerente ao ser humano. Não há previsão de que um indivíduo seja mais digno que outro. Dessa forma, não pode um homem ser mais dotado de dignidade que uma mulher, vez que ambos são humanos, e, portanto, detentores da mesma dignidade. Assim, não pode uma liberdade, que é resultado dessa dignidade, violar a dignidade de outrem.

É neste sentido que se defende que, discursos veiculados na mídia, ainda que humorísticos, ainda que pretensamente informativos, que reforcem a discriminação de gênero não encontrem proteção no direito fundamental à liberdade de expressão, por não se coadunarem estes com a hermenêutica constitucional, que tem como valor básico, como princípio integrativo, a Dignidade Humana. Além, esses discursos violam a própria natureza da liberdade de expressão, que intenta promover uma pluralidade de ideias para o alcance da evolução da sociedade. Do contrário, a veiculação desses discursos reforçam um ponto de vista específico e que precisa ser combatido, para que um outro direito fundamental, a igualdade, seja garantido também no plano fático, não sendo reduzido a uma previsão legal sem aplicabilidade.

4.2 A jurisprudência pátria acerca do embate liberdade de expressão x Dignidade Humana

As decisões relativas ao embate entre liberdade de expressão e Dignidade Humana referem-se principalmente à violação desta última no que tange à honra e à imagem. Vários são os acórdãos proferidos no sentido da prevalência da Dignidade da Pessoa Humana sobre a liberdade de expressão. Os Tribunais parecem já ter encontrado um parâmetro objetivo para tanto: o excesso existente no exercício da liberdade, ainda que a informação veiculada seja verdadeira. A liberdade de expressão não pode ofender a esfera de direitos do outro, não pode

violar a Dignidade da Pessoa Humana de terceiros, constituindo-se esta um limite objetivo a essa liberdade.

Essa interpretação, diferentemente do que se pode concluir apressadamente, não eleva a Dignidade Humana à categoria de princípio absoluto, vez que é importante a análise do caso concreto para se verificar a ocorrência do abuso no exercício da liberdade em pauta e a lesão decorrente desta. Porém, até para resguardar outros valores de importância ímpar para a Democracia, como o princípio da igualdade, os tribunais têm decidido que há abuso no exercício da liberdade de expressão quando esta é utilizada de forma a confrontar a Dignidade Humana de outrem. O Superior Tribunal de Justiça (2014) já decidiu neste sentido, estabelecendo que a restrição da liberdade de expressão seria tão necessária para o Estado Democrático de Direito quanto a garantia desse Direito Fundamental:

2. Embora seja livre a manifestação do pensamento – mormente em épocas eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, especialmente para formação da convicção do eleitorado -, **tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra rédeas tão necessárias para a consolidação do Estado Democrático de Direito quanto o direito à livre manifestação do pensamento.** São os direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana.

3. A liberdade de se expressar, reclamar, criticar, enfim, de se exprimir, esbarra numa condicionante ética, qual seja, o respeito ao próximo. **O manto do direito de manifestação não tolera abuso no uso de expressões que ofendam à dignidade do ser humano; o exercício do direito de forma anormal ou irregular deve sofrer reprimenda do ordenamento jurídico.**

Contudo, trata-se o acórdão acima de caso individual. O Direito em debate nesse trabalho refere-se a um direito coletivo, isto é, pertencente a um grupo social específico. Apesar de o tema central referir-se à mulher, interessante analisar acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região referente ao discurso de ódio proferido contra as religiões de matrizes africanas, por referir-se também a um *hate speech* contra um grupo específico, vez que o acórdão leva em consideração não só a ofensa da honra de indivíduos determinados, mas o problema do potencial de fomentação do ódio e da discriminação que o vídeo veiculado possui. Neste sentido, colaciona-se aqui trecho do acórdão proferido pelo TRF da 2ª Região (2014):

Se é correto afirmar que a prevalência de um direito sobre outro, em casos de conflito, se determina em razão das peculiaridades do caso concreto, não menos acertado é reconhecer que **situações existem em que o conflito é apenas aparente, posto que a pretensão de uma das partes envolvidas não se inclui no âmbito de proteção do direito que evoca. É o que se observa em relação ao discurso de ódio (conjunto de manifestações de teor discriminatório e destinadas a incitar o ódio e**

até mesmo a violência), que constitui situação não abrangida pelo âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão. Verifica-se, do que consta dos autos – bem como do dvd contendo a gravação dos vídeos – , a verossimilhança do direito alegado pelo MPF. De fato, no caso trazido à apreciação deste Órgão Julgador, é possível afirmar que a veiculação de vídeos potencialmente ofensivos e fomentadores do ódio, da discriminação e da intolerância contra as religiões de matrizes africanas não corresponde ao legítimo exercício do direito à liberdade de expressão, merecendo ser, por via de consequência, concedida a tutela do Estado, ao menos de forma provisória, compatível com o presente momento processual, no sentido de determinar-se a imediata retirada dos vídeos listados pelo MPF da rede mundial de computadores

Acertadamente, o julgador traz o discurso de ódio como não abarcado pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão, justamente por ferir a Dignidade da Pessoa Humana daqueles que proferem a religião discriminada, bem como ferir a liberdade religiosa destes. O raciocínio é similar à discriminação de gênero: A veiculação de discursos que reforçam essa lógica não merece albergar-se no direito à liberdade de expressão, porque o excede, porque viola a dignidade desse grupo e respalda e banaliza a violência sofrida pelas mulheres.

Essa lesão à Dignidade Humana provocada pelo discurso de ódio interfere diretamente no princípio da igualdade, elemento também fundamental ao Estado de Democrático de Direito. Isto se dá em razão de o *hate speech* acabar por legitimar atos discriminatórios, de forma a contrariar frontalmente este princípio, sendo um grupo específico preterido no corpo social, tendo seu espaço e voz reduzidos e por vezes anulados. É neste sentido que enuncia Mendes (200?, p. 04): “Não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana.” Por ser necessária a realização de uma interpretação sistemática da Constituição, que enuncia em vários dispositivos a vedação à discriminação referente à mulher, bem como positiva a igualdade de gênero, não merecerá proteção um discurso que a inferiorize, que a diminua.

Neste sentido é que comenta Mendes (200?) a decisão do Supremo Tribunal Federal - STF no Habeas Corpus nº 82.424, julgado em 2003, que se referia à condenação de autor que escreveu e veiculou (já que era também sócio de editora) publicação de conteúdo anti-semita, na qual o paciente alegava a violação à sua liberdade de expressão. O debate gerado no remédio constitucional referia-se à questão de se o fato constituía racismo, crime o qual a Constituição prevê como inafiançável e imprescritível. Na oportunidade, além de analisar o alcance do

conceito de racismo, apreciou o STF o embate entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio.

Enuncia Mendes (200?) que, diante desse conflito, o STF entendeu que o *hate speech* viola não só a Dignidade Humana como a própria concepção de sociedade plural, elemento basilar para a existência de uma Democracia sólida. Dessa forma, discursos que estimulam a violência a grupos determinados e reforçam a discriminação destes, não merecem guarida do ordenamento, por sacrificar de forma desmedida valores outros, exaustivamente aqui mencionados, que possuem base constitucional e são imprescindíveis para a manutenção da Democracia.

Interessante observar o voto do Ministro Maurício Corrêa (STF, 2003, p. 60):

O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. **Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social.**

Malgrado não seja fundamento do writ, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte).

Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, caput, in fine). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o “direito à incitação ao racismo”, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada “concordância prática”, a que se refere a doutrina.

Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.

O voto reitera a posição defendida neste trabalho, de que a liberdade de expressão não pode ser exercida ilimitadamente, e de que se constitui um limite objetivo a esta a Dignidade da Pessoa Humana. Contudo, é interessante apresentar opinião diversa. Martins (2012) acredita que a manutenção da condenação não se

justificaria, vez que o Estado estaria atuando de forma abusiva perante a Liberdade de Expressão do paciente, vez que estaria este defendendo ideologia específica, isto é, estaria realizando juízo de valor em relação ao conteúdo da obra imiscuindo excessivamente no direito deste, razão pela qual o *writ* deveria ser concedido. Assim afirma o autor por considerar que a Constituição adotou a corrente americana e não a alemã no que toca à liberdade de expressão, posição da qual discorda o presente trabalho, com a devida vênia, como já foi exposto no capítulo inaugural.

Assim, conclui-se que a jurisprudência nacional coaduna-se com a proteção da Dignidade Humana quando esta estiver em conflito aparente com a liberdade de expressão. O conflito é aparente, porque, como já exposto, o discurso que a agride não é amparado pela previsão constitucional desta liberdade, sendo necessária a tutela jurisdicional para fazer cessar a violação à Dignidade Humana e aos outros princípios relacionados, como a igualdade e a cidadania.

4.3 A cobertura midiática do estupro coletivo no Rio de Janeiro e o discurso sexista velado

Em maio de 2016, a mídia noticiou crime de extrema barbaridade: uma adolescente de 16 anos fora estuprada por uma quantidade indeterminada de homens (há notícias que informam 30 homens, há outras que trazem o número de 33 homens), na cidade do Rio de Janeiro, além de o ato ter sido filmado e divulgado nas redes sociais. O crime é chocante em vários aspectos, tendo, inclusive a participação do namorado da vítima. Toda a narrativa do delito deixa em evidência a cultura da violência de gênero a qual a sociedade esta imersa, de forma que apesar da gravidade do crime cometido, os agressores não se intimidaram, inclusive veiculando imagens e vídeos da prática delituosa.

As notícias trazem informações de que alguns dos autores são integrantes do tráfico de drogas. (ESTUPRO, 2016) Interessante analisar o quanto a cultura de negação de Dignidade Humana à mulher é intensa: O tráfico de drogas, que é crime que ofende bem jurídico distinto e que é dotado de reprovação social menor em relação ao crime de estupro de vulnerável (inclusive sendo a pena mínima daquele inferior à cominada a este), é realizado pelos acusados, no mínimo, com maior preocupação quanto à produção de provas e à divulgação do ato delituoso. Quanto

ao estupro praticado contra uma vulnerável (apesar de adolescente ter idade superior a 14 anos, esta se encontrava desacordada e impossibilitada de resistir/consentir com a violência sofrida), sem o menor pudor divulgaram os agressores vídeos do ato, demonstrando respeito algum, seja pela lei, seja pela condição humana da adolescente.

Contudo, a violência sofrida pela jovem não se limita aos seus agressores: a própria mídia, quando buscou noticiar o delito, o fez de maneira a tentar justificar, sutilmente e reiteradamente, a ocorrência do crime. É o que se percebe da análise da notícia veiculada pelo portal O Globo (Bacelar, Ramalho e Rocha, 2016):

A menina sem nome, de 16 anos, parecia na quinta-feira uma senhora idosa, derrubada pelo **pior capítulo de uma vida sem rumo, entre bailes funk e um tanto de droga**, em que afundava mágoas antigas. Antes que o futuro pudesse surpreendê-la, **superando um passado que já lhe deixara um filho de 3 anos em seu colo infantil**, a realidade foi mais rápida e cruel. A menina sem nome, que só tem o anonimato exigido por lei a protegê-la, foi estuprada por mais de 30 homens, numa favela na Praça Seca.

Já no primeiro parágrafo, a notícia aborda a adolescente como tendo uma “vida sem rumo, entre bailes funk e um tanto de droga”. O juízo de valor e a informação apresentada, que não é relevante para a apuração do caso, nem mesmo para noticiar a ocorrência do crime, parecem tentar conduzir a uma justificativa, a um abrandamento da atrocidade sofrida pela adolescente. No período seguinte, a notícia traz a informação de que a adolescente é mãe de uma criança de 03 anos. Reitera-se a irrelevância da informação para permitir à sociedade que conheça do crime, sendo, novamente, expostos elementos da vida da adolescente irrelevantes para o fim que se destina a matéria, qual seja, informar sobre o fato criminoso.

Contudo, o discurso sutil de justificação não se limita ao primeiro parágrafo: segue o mesmo rumo durante todo o texto, razão pela qual se colaciona outro trecho que merece destaque: “Estudante, a jovem mais faltava do que ia à escola, mesmo tendo a vigilância da mãe, de 46 anos, professora e pedagoga” (Bacelar, Ramalho e Rocha, 2016). Novamente, não há relevância alguma na apresentação da informação para noticiar o andamento das investigações, para trazer ao conhecimento público a descoberta de novas provas. A sensação transmitida pelo texto completo é de que o crime foi bárbaro, mas que a vítima se colocou naquele contexto, que já tinha uma “vida sem rumo” e esse foi apenas mais um episódio infeliz dessa vida desajustada.

Essa tentativa de justificação não é exclusiva da matéria supracitada: também ao noticiar o fato, o portal G1 utilizou-se de informações sobre a vida da adolescente de maneira tendenciosa: “De acordo com a avó da menina, ela costuma ir para comunidades desde os 13 anos e, às vezes, passa alguns dias sem dar notícias. Ainda segundo a avó, a garota é usuária de drogas há cerca de quatro anos.” (POLÍCIA, 2016) O título da matéria refere-se à identificação de um dos suspeitos de ter praticado o delito. Não há motivo para apresentar a jovem como usuária de drogas, nem de tornar público que ela passava períodos sem dar notícias à família. Não bastasse toda a violência sofrida, a jovem ainda sofreu, por parte da imprensa, toda a qualificação negativa aqui exposta.

O problema, à primeira vista, pode parecer individual, de forma que essa tentativa de justificar a ocorrência do delito afetaria tão somente a vítima. Contudo, a tentativa de, ainda que sutilmente, trazer para a vítima parcela da culpa da violência sofrida é comum e reforça a lógica de inferioridade feminina, de que as mulheres, enquanto indivíduos, ao contrário do que enunciou Kant (2008), não têm um valor em si mesmo. Esse tipo de discurso é perigoso por já existir vultosa parcela da população que acredita ser a vítima parcialmente responsável pela violência sofrida, como mostram pesquisas recentes, que apontam que um a cada três brasileiros acreditam que nos casos de estupro, a vítima é culpada. (UM, 2016) Segundo a pesquisa, “Entre os homens, o pensamento ainda é mais comum: 42% deles dizem que mulheres que se dão ao respeito não são estupradas.” O percentual é assustador, mesmo porque boa parte dos agressores são homens. Assim, é estabelecido um ciclo entre ação e pensamento, de forma que o agressor não se responsabiliza pela violência cometida, recaindo sobre a vítima, além da violência sofrida, a responsabilidade por esta.

Conrado (2014, p. 305) traz considerações sobre exposições midiáticas a pretexto de informar:

Não se poderá usar o homem, pois, como instrumento para a mera obtenção de audiência e sensacionalismo, a pretexto de se promover a mera difusão de informação, tanto mais quando se promove tal prática com o mero intuito de obtenção de lucro. O exercício da liberdade fundamental viria se chocar, pois, com a sua própria fonte normativo-axiológica, *in casu*, a dignidade da pessoa humana.

Conforme o trecho acima, sob a ótica do autor, as notícias aqui apresentadas violariam o princípio da Dignidade Humana visto que expuseram desnecessariamente a vítima de um crime ao julgamento da opinião pública,

veiculando informações sobre a sua vida privada, numa tentativa de justificar a violência a qual a jovem foi submetida. Assim, não estariam estas abarcadas pelo manto de proteção da liberdade de expressão. O grande desafio do combate ao discurso de ódio que tem como alvo as mulheres, refere-se à natureza principiológica dos direitos em colisão. Não há como editar norma ou estabelecer uma solução *a priori*, sob pena de dispensar importância maior a um princípio que outro, desequilibrando todo o sistema constitucional e criando direitos absolutos (CONRADO, 2014).

Essa noção de princípio ou valor absoluto, de forma a possibilitar que um sempre prepondere sobre os demais, contraria frontalmente o pensamento de Alexy (2008, p. 96):

Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

Dessa forma, far-se-á necessária sempre a análise do caso concreto. No que se refere à Dignidade Humana, para Alexy (2008), esta funciona como regra e como princípio, razão pela qual diversas vezes conclui-se erroneamente que seja esta um princípio absoluto. Segundo o autor, a Dignidade Humana como regra, teria como conteúdo a preponderância, no caso concreto, do Princípio da Dignidade Humana quando em conflito com outro princípio. Alexy (2008) indica que, nos casos em que a Dignidade Humana se comporta como regra, não se faz uma ponderação se ela deve preponderar ou não sobre outras normas, mas apenas se busca conhecer se ela foi violada ou não. Quando se comporta como Princípio, a Dignidade Humana passa pelo processo de sopesamento, quando em confronto com princípio diverso. Por fim, o entendimento de Conrado (2014, p. 363) é que a vedação ao discurso de ódio, não incluindo este na proteção da liberdade de expressão, não constitui ofensa à democracia:

A vedação ao discurso do ódio, muito antes de representar um cerceamento às liberdades de expressão, representa um compromisso e tentativa

estatais de assegurar que a todos os homens se confira igual dignidade, que se projeta perante o Estado, a lei e os demais cidadãos. Sendo todos iguais perante o Direito, nem às majorias nem às minorias se confere o direito ou poder de deixar de agir de forma tolerante para com os demais cidadãos, o que seria incompatível com um regime plural.

Desta feita, para que se garanta uma real igualdade entre todos os cidadãos, far-se-á necessário combater o discurso de ódio e a discriminação relativa ao gênero, visto que a tolerância com esse tipo de ideia já vitimou inúmeras mulheres. Para a proteção da Dignidade Humana, é imprescindível que não se considere abrangido pela liberdade de expressão discursos que tentem legitimar a violência sofrida pelas mulheres, porque consistem, em última análise, na negação de que estas também são detentoras da Dignidade Humana. Apesar de, como já exposto, não haver fórmulas *a priori* para determinar a proteção ou não de um discurso pela liberdade de expressão, é importante que, uma vez veiculados, sejam os autores responsabilizados, a fim de que cumpra o Direito a sua função de regulador social, utilizando-se de seu poder coercitivo, seja na esfera cível, seja na esfera penal.

É importante que se passe a tratar a questão de gênero com a seriedade que lhe é devida, não a pautando numa pretensa imposição do “politicamente correto”. Não se pode tolerar, em um Estado Democrático de Direito, que se ofenda a Dignidade Humana de determinado grupo, a fim de proteger o direito de fazer piada e estereotipar um gênero, de veicular notícias que reforcem a cultura já tão intensa de que a vítima é culpada pela violência sofrida, a fim de obter audiência e repercussão. A liberdade de expressão, prevista constitucionalmente, não abarca esse tipo de discurso, e nem poderia, por confrontar de forma inequívoca o valor inerente a Dignidade Humana. Não se pode pretender questionar a existência de uma possível censura, isto é, uma restrição à liberdade de expressão não abarcada pela Constituição, porque, como exaustivamente demonstrado, esse tipo de discurso não é albergado por essa liberdade.

Não se pode pretender a existência de uma real Democracia em uma sociedade que relega a mulher a um lugar inferior, de modo a impor-lhe que conviva com o medo da violência pelo simples fato de pertencer ao gênero feminino. Não se pode construir um espaço democrático onde não há igualdade entre os indivíduos que o desejam, onde se difunde amplamente que uns não merecem ter sua integridade resguardada por pertencerem a um determinado gênero. Assim, a

limitação do exercício da liberdade de expressão não só é compatível com a Constituição como é importante para a própria Democracia.

5 CONCLUSÃO

Diante do contexto socio-cultural em que o Brasil está inserido, no qual há ainda intensa discriminação da mulher, inclusive com altos índices de violência contra esse grupo, é necessário que se busque medidas para alterar esse panorama. Apesar da Constituição da República vedar a discriminação sexual e enunciar o princípio da igualdade, a realidade ainda dista do texto constitucional. O legislador tem buscado, por meio da edição de leis infraconstitucionais, a proteção do gênero feminino, na tentativa de barrar a violência contra as mulheres, como é o caso da Lei nº 11.340/2006 e 13.104/2015.

Contudo, não só a violência, seja física, seja psicológica, causa danos às mulheres. A veiculação dos discursos que reforçam a discriminação de gênero é extremamente danosa não só a elas, mas à sociedade, porque, além de poder constituir-se como a própria violência, reproduz e reforça no imaginário coletivo a ideia de que a violência contra a mulher não é revestida de tanta importância, banalizando-a e respaldando a ação de agressores. A liberdade de expressão é direito fundamental constitucionalmente assegurado, entretanto, no embate com a Dignidade Humana, far-se-á o sopesamento entre esses dois princípios, de forma que a liberdade de expressão não deve prevalecer neste caso.

Dar visibilidade a esses discursos de ódio é tanto um desserviço à sociedade como deixa a liberdade de expressão e a Dignidade Humana em conflito aparente. Pode-se afirmar que o conflito é aparente em razão de essa liberdade ser decorrente da Dignidade Humana, motivo pelo qual não é lógico que o exercício dessa liberdade fira o próprio fundamento que justifica sua existência. Assim, o discurso que viole essa dignidade não será albergado pela liberdade de expressão, razão pela qual não merecerá proteção do ordenamento.

Dessa forma, quando se tratar de discursos de ódio contra a mulher, deverá ser a liberdade de expressão mitigada, para que não se viole a Dignidade Humana deste grupo já estigmatizado e violentado, vez que o que o resultado do estudo trouxe que a violação desta é um risco à própria Democracia, que não poderá constituir-se como espaço plural em uma sociedade que determinado gênero sofre violência pelo simples fato de o ser.

Após a realização do estudo, observou-se que houve um aumento da violência de gênero no país, apesar do desenvolvimento de políticas públicas

para conter o avanço desta. Além, observou-se a influência direta dos discursos discriminatórios contra as mulheres na violência sofrida, visto que podem ser estes considerados atos de fala, de forma que o próprio discurso pode constituir uma violência, enquanto ilocução. Como pode constituir uma justificativa, de forma a respaldar a violência de gênero, enquanto perlocução.

Por fim, com base na pesquisa realizada, tanto doutrinária como jurisprudencial, conclui-se pela não proteção do *hate speech* referente ao gênero pela liberdade de expressão. Ademais, conclui-se também pela preponderância da Dignidade Humana sobre a liberdade de expressão no caso desse conflito aparente. Isto porque a liberdade de expressão ilimitada não garante a Democracia, ao contrário, a fragiliza, devendo essa liberdade ser exercida em consonância com os demais direitos fundamentais albergados na Constituição da República e com a Dignidade Humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher**. 1967.

Disponível em:

<http://www.apf.pt/sites/default/files/media/2015/1967_declaracao_sobre_a_eliminacao_da_discriminacao_contra_as_mulheres.pdf> Acesso em 10 out. 2016.

AUSTIN, J.L. **Quando Dizer é Fazer**. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas. 1990.

BACELAR C., RAMALHO G. e ROCHA C. Adolescente luta para superar trauma de estupro coletivo na praça seca. **O Globo**. Rio de Janeiro, 27 mai. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/adolescente-luta-para-superar-trauma-de-estupro-coletivo-na-praca-seca-19383700>> Acesso em: 27 out. 2016.

BARROSO, L. R. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf> Acesso em: 18 out. 2016.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 15^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, P. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIER, P. **A Dominação Masculina**. Tradução de Maria Helena Kuhner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2002.

BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal; 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. **Lei dos Juizados Cíveis e Criminais**. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. **Relatório Anual de Avaliação do PPA 2012-2015: ano base 2013**. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. – Brasília: SPI/MP, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. **Casa da Mulher Brasileira**. 2014. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/cmb/casa-da-mulher-brasileira>> Acesso em: 20 nov. 2016

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. **Curitiba recebe a Casa da Mulher Brasileira**. 2016. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/noticias/curitiba-recebe-a-casa-da-mulher-brasileira>> Acesso em: 21 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424 / RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício Joao Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. Plenário. 17 set. 2003. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=82424&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 26 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1169337 – SP (2009/0237163-5). Recorrente: Geraldo José Rodrigues Alckmin Filho Advogados: Ricardo Penteado De Freitas Borges e outro(s) Arnaldo Malheiros e outro(s) Recorrido: Paulo Salim Maluf Advogado: Paulo Guilherme De Mendonça Lopes e outro(s) Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 18 nov. 2014. **Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902371635&dt_publicacao=18/12/2014> Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento 0101043-94.2014.4.02.0000 (2014.00.00.101043-0).Agravante: Ministério Público Federal. Procdor: Procurador Regional da República. Agravado: Google Brasil Internet Ltda. Advogados: Eduardo Luiz Brock, Bruna Souza Graneiro Lopes, Fabio Rivelli. Desembargador Federal Relator: Reis Friede. Sétima turma especializada. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 2ª Região**. Rio de Janeiro. 28 ago. 2014. Data da Publicação: 16 set. 2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/76577238/trf-2-jud-trf-15-09-2014-pg-687>> Acesso em: 03 nov. 2016.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. Direito Público, Porto Alegre, ano 4, n.15, p.117-136, jan./mar. 2007. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418/884>> Acesso em: 18 out. 2016.

BUTLER, J. **Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 8 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CONRADO, R.M. A Função Social das Liberdades de Expressão: Limites Constitucionais. 2014. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12812> > Acesso em 25 de jun de 2016.

ESTUPRO coletivo: vítima foi estuprada por grupo de traficantes antes de gravação de vídeo, diz polícia. **R7**. Rio de Janeiro. 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/estupro-coletivo-vitima-foi-estuprada-por-grupo-de-trafficantes-antes-de-gravacao-de-video-diz-policia-03062016>> Acesso em: 03 nov. 2016.

FERREIRA, A.B.H. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 7 ed. Curitiba: Positivo, 2008.

GRECO, R. **Feminicídio - Comentários sobre a Lei nº 13.104**, de 9 de março de 2015. 2015. Disponível em: <<http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>> Acesso em 30 set. 2016.

GUEDES, E.M.F. Gênero, o que é isso? **Revista Psicologia: Ciência e profissão**. Vol. 15. No 1-3. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931995000100002>. Acesso em: 30 set. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **O estudo Mulher no Mercado de Trabalho: Perguntas e Respostas**. 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp.pdf> Acesso em: 08 out. 2016.

KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução de Edson Bini. 1. ed. Bauru: Edipro, 2003.

LIMA, V. Jair Bolsonaro diz que mulher deve ganhar salário menor porque engravida. **Revista Crescer**. 23 fev. 2016. Disponível em: <<http://revistacrescer.globo.com/Familia/Maes-e-Trabalho/noticia/2015/02/jair-bolsonaro-diz-que-mulher-deve-ganhar-salario-menor-porque-engravida.html>> Acesso em: 10 out. 2016.

LOPES, W. K. P. Do Global ao Especial: Normas Internacionais e Normas Internas de Proteção à Mulher. **Revista Direito e Dialogicidade**. Crato, CE, vol. 6 n. 1, jan/jun 2015.

LORENZO, R.A. Casamentos “inter-raciais” e conflitos domésticos e familiares: Análise etnográfica de cinco situações na periferia de São Paulo. In: Brazilian Studies Association - BRASA XII, 2014, London, UK, **Artigo**. IL: BRASA XII Proceedings, 2014. Disponível em:

<http://www.brasa.org/wordpress/Documents/BRASA_XII/Proceedings/Roc%C3%ADo%20Alonso%20Lorenzo%20-%20Casamentos%20inter-raciais%20e%20conflitos%20dom%C3%A9sticos%20e%20familiares.pdf> Acesso em: 14 out. 2016.

MAIA, G.L. **Estado de Direito e Biopolítica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

MARTINS, L. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, G. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade** [S.l.: s.n.], [200?]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigodiscurso/anexo/munster_port.pdf> Acesso em 26 de jun. 2016.

MENEGHEL, S. N. *et al.* Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. **Ciência e Saúde Coletiva Rio de Janeiro**. v.18. n.3. p.691-700. Mar. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v18n3/15.pdf>> Acesso em: 09 out. 2016.

NUNES, M. I. Justiça Restaurativa e Violência Doméstica contra a Mulher: Fundamentos Teóricos e Aplicações Práticas. **Trabalho de Conclusão de Curso**. (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016.

PANDJIARJIAN, V. *et al.* Estupro, Direitos Humanos, Gênero e Justiça. **Revista USP**, São Paulo. N. 37. p. 58-69, mar./mai. 1998. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/07/PIMENTEL_SCHRITZMEYER_PANDJIARJIAN_estuproddhgeneroejustica1998.pdf> Acesso em: 14 out. 2016.

POLÍCIA identifica um dos suspeitos de participar de estupro coletivo no Rio. **G1**. Rio de Janeiro, 26 mai. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/policia-identifica-um-dos-suspeitos-de-participar-de-estupro-coletivo-no-rio.html>> Acesso em 27 out. 2016.

RODRIGUES, A. A Graça de um Herege. **Rolling Stones**. São Paulo. ed. 56, mai. 2011. Disponível em: <<http://rollingstone.uol.com.br/edicao/56/a-graca-de-um-herage#imagem0>>. Acesso em: 12 out. 2016.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

SARMENTO, D. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**. Bahia. N.º. 16 – maio / junho / julho / agosto de 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O__PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf> Acesso em 17 set. 2016.

SCOTT, J. **Gender: a useful category of historical analyses**. Tradução de Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989. Disponível em <<http://generoeeducacao.org.br/wp-content/uploads/2015/11/G%C3%AAnero-uma-categoria-%C3%BAtil-para-a-an%C3%A1lise-hist%C3%B3rica.pdf>> Acesso em 30 set. 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

UM em cada 3 brasileiros culpa mulher em casos de estupro, diz Datafolha. **G1**. 21 set. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/09/um-em-cada-3-brasileiros-culpa-vitima-em-casos-de-estupro-diz-datafolha.html>>

WAISELFISZ, J.J. **Mapa da Violência 2015 – Homicídio de Mulheres no Brasil**. 1. ed. Brasília: [s.n.]. 2015. Disponível em: <<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/961>> Acesso em: 06 out. 2016.

WEBER, T. A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. **Kriterion**, Belo Horizonte, nº 127, jun. 2013, p. 197/210. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011> Acesso em: 31. out. 2016.

WEYNE, B.C. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013.