

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

FELÍCIO DO RÊGO BARROS

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS ABUSOS:
a inconstitucionalidade dos atos antidemocráticos de 08/01**

**Recife
2024**

FELÍCIO DO RÊGO BARROS

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS ABUSOS:
a inconstitucionalidade dos atos antidemocráticos de 08/01**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado a Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial à
obtenção de título de Bacharel

Área de pesquisa: Direito Constitucional

Orientador: Henrique Weil Afonso

Recife

2024

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

Barros, Felício do Rêgo.
B2771 Liberdade de expressão e seus abusos: a inconstitucionalidade dos atos antidemocráticos de 08/01 / Felício do Rêgo Barros. - Recife, 2024. 39 f.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Weil Afonso.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2024.
Inclui bibliografia.

1. Constitucionalismo abusivo. 2. Liberdade de expressão. 3. *Fake News*. 4. Discurso de ódio. 5. Atos antidemocráticos. I. Afonso, Henrique Weil. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2024.1-008)

FELÍCIO DO RÊGO BARROS

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS ABUSOS:
a inconstitucionalidade dos atos antidemocráticos de 08/01**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado a Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial à
obtenção de título de Bacharel.

Aprovado em de de 2024

BANCA EXAMINADORA

Nome do orientador

Nome do professor 01

Nome do professor 02

Não há exemplo maior de dedicação do que o da nossa família. À minha querida família, que tanto admiro, dedico o resultado do esforço realizado ao longo deste percurso.

Foi pensando nas pessoas e na democracia deste país que executei este projeto, por isso dedico este trabalho a todos aqueles a quem esta pesquisa possa ajudar de alguma forma.

AGRADECIMENTOS

O desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso contou com a ajuda de diversas pessoas, dentre as quais agradeço:

A Deus por permitir a realização deste sonho e à minha família, em especial a minha esposa Haglay Alice Nunes da Silva e meus filhos Mateus Nunes Barros e Alice Nunes Barros, que me incentivaram a cada momento e não permitiram que eu desistisse, bem como pela compreensão das ausências e pelo afastamento temporário. Também, aos meus pais, Manoel do Rêgo Barros (In Memoriam) e Natilde do Rêgo Barros, a quem agradeço as bases que deram para me tornar a pessoa que sou hoje.

Aos professores-orientadores, que durante 12 meses me acompanharam pontualmente, dando todo o auxílio necessário para a elaboração do projeto.

Aos professores do curso de Direito que através dos seus ensinamentos permitiram que eu pudesse hoje estar concluindo este trabalho.

A todos que participaram das pesquisas, pela colaboração e disposição no processo de obtenção de dados.

Aos meus amigos de sala, que durante todo o curso compartilhamos alegrias, momentos difíceis e muito incentivo para que todos, juntos, conseguíssemos lograr êxito no curso.

*“A injustiça em qualquer lugar é uma
ameaça à justiça por toda parte”
Martin Luther King*

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso, propõe uma reflexão sobre o constitucionalismo abusivo e suas consequências negativas no que diz respeito a liberdade de expressão, e o quão será árdua a tarefa de chegar a uma solução para este problema. O objetivo é fomentar a discussão em torno destes temas, uma vez que estes precisam e devem ser trazidos à tona devido a sua importância nos dias atuais, pois a cada dia as constituições de diversos países em todo o mundo sofrem com estas medidas que veem diminuindo a democracia e consequentemente os direitos fundamentais dos cidadãos. Para este artigo, foi utilizada a pesquisa descritiva e de natureza aplicada, metodologia qualitativa e com o auxílio do método hipotético-dedutivo. Através deste trabalho, constata-se a inconstitucionalidade dos atos ocorridos em 08 de janeiro de 2023, em Brasília. Bem como, demonstra que as fake news e discurso de ódio, são também igualmente antidemocráticos, apesar de serem defendidos por alguns como manifestações da liberdade de expressão.

Palavras-chave: constitucionalismo abusivo; liberdade de expressão; fake news; discurso de ódio; atos antidemocráticos.

ABSTRACT

This course conclusion work proposes a reflection on abusive constitutionalism and its negative consequences with regard to freedom of expression, and how difficult the task of reaching a solution to this problem will be. The objective is to encourage discussion around these topics, since they need and should be brought to the fore due to their importance today, as every day the constitutions of different countries around the world suffer from these measures that they see avoiding democracy and consequently the fundamental rights of citizens. For this article, descriptive and applied research was used, qualitative methodology and with the help of the hypothetical-deductive method. Through this work, the unconstitutionality of the acts that occurred on January 8, 2023, in Brasília, is confirmed. As well as demonstrating that fake news and hate speech are also equally undemocratic, despite being defended by some as manifestations of freedom of expression.

Keywords: abusive constitutionalism; freedom of expression; fake news; hate speech; antidemocratic acts.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	A POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988.....	13
2.1	A Liberdade de expressão antes da Constituição de 1988	13
2.2	A liberdade de expressão como direito fundamental	14
2.3	Analisar o tratamento do tema perante o stf	17
2.3.1	Caso siegfried ellwanger	18
2.3.2	Caso das biografias não autorizadas	20
3	CONSTITUCIONALISMO ANTI-DEMOCRATICO.....	24
3.1	A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”	24
3.2	Analisando o constitucionalismo abusivo	26
4	ATOS ANTI-DEMOCRÁTICOS, (IN)COMPATÍVEL?.....	32
5	CONCLUSÃO.....	35
	REFERÊNCIAS.....	37

1 INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional, é o ramo do direito público responsável por analisar, interpretar e garantir o cumprimento da Constituição de um país. Nunca foi tão importante lembrar tal conceito dado o momento de crise política vivenciada no Brasil, bem como o significado da democracia e sua importância para a sociedade. E é no sentido, de compreender esta crise política e de resgatar tais elementos, que o presente trabalho objetivo arrazoar.

Desde a eclosão da “Primavera Árabe”, ocorrida entre os anos de 2010 a 2013, uma das questões centrais da teoria constitucional ficou ainda mais urgente, tal teoria diz respeito a como constituições podem ser usadas para melhor proteger contra ameaças à própria ordem democrática.

No Brasil vem acontecendo movimentos políticos silenciosos e dissimulados que trazem muita preocupação. Tais movimentos começaram a ser perceptíveis desde 2013 e ganharam contornos dramáticos com o impeachment da presidenta Dilma Rousseff em 2016. Tal situação piorou ainda mais, nas eleições de 2018, naquele momento o país começou a perceber que algo havia mudado, uma vez que já não tinha mais a liberdade de expressar suas opiniões políticas, nem mesmo com familiares e amigos. Aos poucos, então, percebe-se que a falta de discussão política trouxe como consequências, o isolamento e a ausência de propostas importantes sobre o que seria melhor para a sociedade brasileira, o primeiro visualizado através de grupos políticos, favorecendo a escuta dos que são a favor em relação a leitura de determinada visão de mundo, deixando, assim, o diálogo em relação a posições contrárias e contribuindo para fragmentação daqueles que possuem posições políticas diferentes, até mesmo dentro das famílias. Também, um outro problema se revelou, conflitos e tensões decorrentes da interação entre os Poderes da República indicavam crises na interpretação das normas constitucionais.

Observa-se neste período, casos de afronta à liberdade de expressão, racismo, misoginia, homofobia e até flertes com a ditadura que evidenciaram os contornos do preocupante processo de esvaziamento do sentido da Constituição de 1988 e a escalada autoritária ocorrida no Brasil.

Este trabalho de conclusão de curso, traz um fenômeno cada vez mais importante chamado de constitucionalismo abusivo. Segundo David Landau (2013, p. 17):

O constitucionalismo abusivo envolve o uso dos mecanismos de mudança constitucional – emenda constitucional e substituição constitucional – para minar a democracia. Embora os métodos tradicionais de derrubada democrática, como o golpe militar, estejam em declínio há décadas, o uso de ferramentas constitucionais para criar regimes autoritários e semi-autoritários é cada vez mais predominante. Poderosos presidentes e partidos podem projetar mudanças constitucionais de modo a tornar difícil a sua substituição no poder e desarmar instituições, como os Tribunais de Justiça, que possam fiscalizar seus atos enquanto governo. As constituições resultantes desses processos ainda parecem democráticas à distância e contêm muitos elementos que não são diferentes daqueles encontrados nas constituições democráticas liberais, mas, de perto, elas foram substancialmente retrabalhadas para minar a própria ordem democrática.

As constituições mostraram-se bastante suscetíveis a este tipo de influência, uma vez que se observa tal movimento em vários países, inclusive alguns reconhecidos como de democracia consolidada, onde verifica-se relativa facilidade de governantes autoritários de reunir apoio necessário para realização de mudanças antidemocráticas no texto constitucional. Além disso, as ferramentas de proteção que dispomos no direito constitucional comparado e no direito internacional não estão sendo suficientes para frear essa nova ameaça.

Algumas pesquisas contribuíram para tal estudo, Barboza e Filho (2019), ambos da Universidade Federal do Paraná, apresentaram artigo na Revista Brasileira De Direitos Fundamentais e Justiça com a problemática “Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo” e chegou à conclusão que, apesar da existência de hiperpresidencialismo no Brasil, os mecanismos de *accountability* horizontal como do Poder Judiciário sobre o Executivo e o Legislativo, não permitem a classificação como constitucionalismo abusivo estrutural, mas existem fenômenos de constitucionalismo abusivo episódico e preocupantes.

Meyer (2022), da Universidade Federal de Minas Gerais, apresentou artigo na Revista Direito e Práxis com a problemática “Constitucionalismo Iliberal” e chegou à conclusão que o ponto central do constitucionalismo iliberal é a subversão de instituições jurídicas liberais contra elas mesmas e em prol de fins políticos específicos.

Magalhães e Ferreira (2022), ambos da Universidade Federal do Paraná, apresentaram artigo na Revista *Direito e Práxis* com a problemática “Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional” e chegaram a conclusão onde destaca-se a insuficiência decorrente da importação de um exame norte-americano para a compreensão da funcionalidade da política constitucional nacional e que as disputas em torno da interpretação constitucional irrompidas a partir do impeachment de 2016 possibilitaram a redefinição da juridicidade constitucional, de forma a corroborar a alteração (não eleitoral) de projetos de governo e ascensão de um candidato da direita populista à Presidência da República e para o agravamento das disputas interpretativas sobre a Constituição.

David Landau (2020), Ph.D., J.D. e A.B. pela *Harvard University*. Professor da *Florida State University College of Law*, em seu artigo “Constitucionalismo Abusivo” argumenta a respeito do enfraquecimento da democracia através do uso das ferramentas de mudança constitucional, seu crescente uso no futuro e das poucas respostas adequadas para isso no direito comparado e internacional.

Diante do contexto apresentado e dos estudos realizados, tem-se como problema de pesquisa “Até onde a liberdade de expressão pode ser utilizada para fins antidemocráticos”. O trabalho proporá, ademais, a hipótese para tal questionamento segundo a qual “A liberdade de expressão conforme depende-se da hermenêutica constitucional e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não comporta os abusos que foram evidenciados nos atos antidemocráticos de 08/01. Tal situação se encaixa num contexto de processo desconstituente, acarretando consequências possivelmente danosas para o Estado Democrático de Direito”. Mediante tal problemática, foi definido o objetivo geral, que é “Analisar se a liberdade de expressão foi utilizada com fins antidemocráticos no ocorrido em 08/01/2023”, bem como os seguintes objetivos específicos: i) Descrever a posição preferencial da liberdade de expressão no contexto da ordem constitucional de 1988; ii) Apresentar o fenômeno do constitucionalismo abusivo; iii) Examinar se os atos ocorridos em 08 de janeiro de 2023, em Brasília, são considerados democráticos ou não.

Para o desenvolvimento do trabalho de conclusão de curso foi utilizada a pesquisa descritiva e de natureza aplicada, metodologia qualitativa, método hipotético-dedutivo e cujas técnicas utilizadas foram: i) Observar as ações ocorridas em Brasília no dia 08/01; ii) Descrever a posição preferencial da liberdade de expressão e o autoritarismo dentro da lei; iii) Comparar os fatos e o processo desconstituente; iv) Analisar se a liberdade de expressão pode ser classificada como utilizada para fins antidemocráticos no ocorrido em 08/01/2023; v) Sintetizar até onde pode ir o direito de manifestar o pensamento.

Propõe-se realizar neste trabalho uma busca na literatura nacional e também estrangeira sobre a temática, enriquecendo, assim, ainda mais a discussão em torno do tema aqui abordado.

E é com zelo e apreço pela democracia que temas tão importantes serão abordados nos próximos capítulos, descrevendo primeiramente a posição preferencial da liberdade de expressão no contexto da ordem constitucional de 1988. Em seguida, retrata-se o fenômeno do constitucionalismo abusivo e por fim, trazendo os atos ocorridos em 08 de janeiro de 2023, em Brasília, e a análise de sua constitucionalidade, se compatível ou não, e a influência das fake news da violência e dos discursos de ódio.

2 A POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

A liberdade de expressão ocupa uma posição de destaque na ordem constitucional de 1988. Seu reconhecimento como direito fundamental é essencial para a formação individual e coletiva do homem, bem como para a manutenção do Estado Democrático de Direito. A Constituição brasileira de 1988 protege a liberdade de expressão em diversos dispositivos, como o Art. 5º (IV, V, VI e IX), Art. 206 (II) e Art. 220. No entanto, em situações de conflito com outros direitos constitucionais, é necessário estabelecer um entendimento sobre a prevalência dessa liberdade. O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.815, reforçou a importância desse direito, especialmente quando vinculado a temas de interesse público. Assim, a liberdade de expressão é um pilar fundamental para a construção de uma sociedade democrática e plural.

2.1 A liberdade de expressão antes da constituição de 1988

A censura no Brasil vem desde sua descoberta. A carta de Pero Vaz de Caminha ficou esquecida por mais de três séculos na torre do Tombo e teve alguns trechos retirados por serem considerados “indecorosos”. De acordo com Bueno (2003, p. 33): “Poucas são as nações que possuem uma ‘certidão de nascimento’ tão precisa e fluente quanto a carta que Pero Vaz de Caminha enviou ao rei de Portugal”:

[...] por mais de três séculos, o principal e mais esplendor documento relativo à chegada dos portugueses ao Brasil permaneceu desconhecido – “praticamente sequestrado”, de acordo com o historiador Jaimes Cortesão – no Arquivo da Torre do Tombo, em Lisboa. Foi redescoberto em fevereiro de 1773 pelo guarda-mor do arquivo, José Seabra da Silva. Ainda assim, quase meio século se passaria antes de a carta de Pero Vaz de Caminha ser publicada pela primeira vez, pelo padre Manuel Aires do Casal, em sua *Corografia brasílica*, editada em 1871. O padre, porém, arvorou-se a cortar vários trechos que considerou “indecorosos” (Bueno, 2003, p. 33).

Segundo Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo ‘Liberdade de expressão, imprensa e mídias sociais: jurisprudência, direito comparado e novos desafios’:

Após a vinda da família real portuguesa para o Rio de Janeiro, em 1808, foi criada a Imprensa Régia, à qual incumbia publicar documentação oficial, obras e livros. Cabia a uma Junta Diretora examinar previamente tudo o que seria publicado, sendo vedada a impressão de papéis e livros cujo conteúdo contrariasse o governo, a religião e os bons costumes (Schwarcz, p. 183).

Já com Getúlio Vargas foi criado em dezembro de 1939, o Departamento de Imprensa e Propaganda, com o objetivo de “fazer a censura do teatro, do cinema, das funções recreativas e esportivas, da radiodifusão, da literatura social e política e da imprensa” (BRASIL, 1939). Segundo Luís Roberto Barroso, um fato triste, porém curioso entrou para o folclore da luta pela liberdade de expressão:

O jornalista e humorista Apparício Torelly, o Barão de Itararé, fundador do Jornal do Povo, foi sequestrado na sede de sua publicação e espancado em razão de uma série de matérias que vinha publicando. De volta à redação, de onde fora arrancado à força, teria afixado na porta a tabuleta: Entre sem bater (Barroso, 2020, p. 96).

Já no período mais recente, a censura se deu de forma mais generalizada no período da ditadura ocorrida entre 1964 e 1985, especialmente quando da vigência do AI5.

Percebe-se que todas as Constituições brasileiras traziam de alguma forma a defesa da liberdade de expressão, porém isto não passava de uma folha de papel, pois encontrava-se totalmente distante do que ocorria verdadeiramente em toda sociedade, uma vez que a realidade era a censura.

2.2 A liberdade de expressão como direito fundamental

Constituição Federal de 1988, artigo 5º, parágrafo IV: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. A liberdade de expressão é assegurada para que nós consigamos externar nosso pensamento, de forma a concretizar o direito que foi assegurado de termos uma opinião. Mas, quais os limites à liberdade de expressão? Divulgação de informações falsas e discursos de ódio, por exemplo, podem ser defendidos à luz deste artigo da Constituição?

A questão é sensível, porém, certamente nenhum direito é absoluto, sem limites. Segundo o juiz da Suprema Corte americana Oliver Holmes (1919), disse: “[...] a proteção mais rigorosa da liberdade de expressão não protegeria um homem que gritasse falsamente ‘fogo’ num teatro e provocasse pânico”.

José Cretella Júnior (1998, p. 190), em sua obra “Elementos do Direito Constitucional”, define: “Pensamento manifestado é o declarado, o que se projeta para o mundo, tornando-se conhecido e, pois, gerando consequências jurídicas e sociais”. Em sua obra, o autor explica que os pensamentos individuais que não foram exteriorizados por alguém não estão sujeitos às normas jurídicas, ou até mesmo morais e sociais, haja vista que a mente humana é absolutamente livre, sem nenhuma restrição de pensamento.

No entanto, nossa Constituição veda a censura conforme disposto no art. 220, § 2º, CFRB/1988: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Porém, quando o exercício da liberdade de expressão lesiona o direito garantido constitucionalmente do outro, a punição deve ser aplicada. Vê-se que apesar de ser proibida a censura e dispensada a licença, deve haver a responsabilização daqueles que praticarem abuso no exercício do seu direito de liberdade de expressão.

O discurso de ódio, foi a forma de abuso do direito de liberdade de expressão que mais ocorreu no passado recente do nosso País. São duas características necessárias para o discurso de ódio acontecer: discriminação e exteriorização de pensamento.

Quando essa discriminação ocorre, e muitas vezes vemos a incitação à violência contra as minorias, a dignidade humana é ferida, como exposto no artigo 1º, inciso III, CFRB/88. Também em seu artigo 3º, no inciso IV, CFRB/88, o legislador definiu como objetivo do país “promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Bem como, condenou a prática do racismo em seu artigo 5º, no inciso XLII, definindo-a como crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão. Vemos então que a nossa Constituição condena qualquer forma de discriminação negativa ou preconceito, inserindo em seu texto constitucional o crime de racismo, que necessita de lei ordinária para sua eficácia integrada, justamente a lei 7.716/89.

Porém, infelizmente, há pouco tempo, grupos de extrema direita praticaram crimes sob o pretexto de que apenas expressavam uma opinião. E assim, a liberdade de expressão aos poucos foi deixando de ser um direito universal para, cada vez mais, se tornar um privilégio para poucos. Uma vez que, buscava-se a naturalização da restrição de direitos, que passam a ser privilégios exclusivos da minoria que detém o poder. Tudo isto fez a sociedade repensar, e se unir na defesa da liberdade de expressão, pois esta é mais que um direito numa democracia, é um dever de cada um de nós defendê-la, pois sem ela não há liberdade de expressão. Sem a liberdade de expressão, as minorias não têm voz, não tem direitos.

Isto vem causando um esvaziamento da Constituição, tal esvaziamento refere-se a uma situação em que os princípios fundamentais e as garantias previstas na constituição de um país são, de alguma forma, enfraquecidos, ignorados ou negligenciados. Quando se trata da liberdade de expressão, o esvaziamento da constituição pode ocorrer de várias maneiras, muitas vezes como resultado de mudanças legislativas, decisões judiciais ou ações do poder executivo.

Algumas maneiras pelas quais a liberdade de expressão pode ser afetada pelo esvaziamento da constituição são: a) Restrições Legais Excessivas, onde pode haver alterações nas leis que estabelecem restrições excessivas à liberdade de expressão, indo além do que é considerado razoável em uma sociedade democrática. Isso pode incluir leis que criminalizam certos tipos de discurso ou impõem penalidades desproporcionais. b) Controle da Mídia, o esvaziamento da constituição pode ocorrer quando há tentativas de controlar a mídia, restringindo a liberdade de imprensa e limitando a capacidade dos meios de comunicação de operar de forma independente. c) Censura, a imposição de censura governamental ou restrições à liberdade de expressão online pode ser uma forma de esvaziamento constitucional. Isso pode acontecer por meio de leis que autorizam a censura ou por práticas administrativas que limitam a liberdade de expressão. d) Perseguição Política, a instrumentalização do sistema legal para perseguir opositores políticos, ativistas e jornalistas pode minar a liberdade de expressão. Isso pode ocorrer através de acusações infundadas, detenções arbitrárias ou outras formas de intimidação. e) Decisões Judiciais Desfavoráveis: Decisões judiciais que interpretam de maneira restritiva as disposições constitucionais relacionadas à liberdade de expressão podem contribuir para o esvaziamento da constituição nesse aspecto.

É importante que os sistemas democráticos mantenham um equilíbrio entre a liberdade de expressão e outros direitos e interesses legítimos. O esvaziamento da constituição nesse contexto pode minar os fundamentos da democracia e dos direitos individuais. Em muitos países, organizações da sociedade civil, defensores dos direitos humanos e cidadãos desempenham um papel crucial ao monitorar e resistir a qualquer tentativa de esvaziar as proteções constitucionais.

Diante do exposto, constata-se quão tênue é a linha da democracia e da ditadura. O país que quer continuar sendo democrático, não pode jamais descuidar da “saúde” da democracia, uma vez que se pode pagar um preço muito alto por isso.

2.3 Analisar o tratamento do tema perante o STF

Um grande marco para a jurisprudência nacional no que concerne o discurso de ódio foi o caso Ellwanger, discutido no *Habeas Corpus* 82.424-2/RS pelo STF, caso onde houve propagação de discurso de ódio antissemita. Mais de 27 anos se passaram desde do julgamento do *Habeas Corpus* 82.424-2/RS pelo Supremo Tribunal Federal, porém em épocas de uma expansão mundial da extrema direita, incutindo nas pessoas sentimentos de intolerância com as diferenças, este caso retoma à pauta de discussões, devido a importância histórica e dos elementos jurídicos utilizados, e ainda muito atuais.

Siegfried Ellwanger Castan é escritor e sócio de uma editora de livros chamada “Revisão Editora LTDA”. Ele escreveu, editou e publicou diversas obras de sua autoria e de outros autores nacionais e estrangeiros, que, de acordo com o que constava na denúncia, abordam temas antissemitas, racistas e discriminatórios, procurando com isso incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores os sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica. O antissemitismo parece ser algo atual, mas não é. Esta é uma realidade muito antiga que vem resistindo ao tempo, que segundo os historiadores, tem origem há séculos e existe até os dias atuais. Segundo Janaína Rigo Santin e Felipe Cittolin Abal: “Embora alguns autores sustentem que o antissemitismo surgiu com a destruição do segundo templo de Jerusalém no ano 70 d.c.” (Bauman, 1998, p. 54), atos de agressão contra os judeus podem ser localizados muito anteriormente. Em 414 a.C., no Egito governado por Dario II, ocorreu o que pode ser tido como a

primeira agressão religiosa direcionada aos judeus, com a destruição do santuário Judeu de Javé” (Messadié, 2003, p. 34).

Assim, percebe-se que ao longo dos tempos, diversos motivos surgiram para que se culminasse no holocausto, o horror do genocídio organizado pelos nazistas, no século XX. Até hoje estes mesmos fundamentos são utilizados pelos antissemitas para buscar alguma razão para seu ódio.

2.3.1 Caso Siegfried Ellwanger

Neste contexto cabe colocar quais as obras escritas e editadas por Siegfried Ellwanger ensejaram o processo penal contra ele e sua respectiva condenação, que foi atacada via habeas corpus impetrado no Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Ele foi autor e editor de livros antissemitas chamados “revisionistas”, os quais questionavam a existência do holocausto judeu na Segunda Guerra Mundial, onde defendia que diversos males que perduram até hoje são oriundos da comunidade judaica. Ellwanger foi o autor dos seguintes livros: “Nos bastidores da mentira do século”; “Acabou o gás... O fim de um mito”; “SOS Alemanha”; “A implosão da mentira do século”; “A verdade sobre o ‘diálogo’ católico-judaico no Brasil”; e “Holocausto judeu ou alemão: nos bastidores da mentira do século”. E também das obras autorais, através da Editora Revisão, Ellwanger editou e publicou os livros “O judeu internacional”, de Henry Ford; “A história secretado Brasil”, “Brasil colônia de banqueiros” e “Os protocolos dos sábios de Sião”, os três de autoria de Gustavo Barroso; “Hitler: culpado ou inocente”, de Sérgio Oliveira; e “Os conquistadores do mundo –os verdadeiros criminosos de guerra”, de Louis Marschalko”.

Através da principal obra escrita pelo próprio Ellwanger: “Holocausto: Judeu ou alemão? ”, se tem uma ideia a respeito do perverso conteúdo dos livros escritos pelo ator. Devido à publicação destas obras, Siegfried Ellwanger foi condenado a dois anos de reclusão, em julgamento ocorrido em 31 de outubro de 1996, com base no artigo 20 da Lei 7.716/89, redação dada pela Lei 8.081/90, pelo delito de discriminação contra os judeus – racismo. Ante a passagem de mais de quatro anos da denúncia realizada pelo Ministério Público, o entendimento, porém,

da jurisdição constitucional deu-se no seguinte sentido: por se tratar de crime de racismo previsto na Constituição Federal em seu artigo 5, XLII, não há prescrição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (Brasil, 1988).

Na tentativa de desqualificar como crime de racismo, os advogados ingressaram com o *Habeas Corpus*. Primeiramente foi interposto no Superior Tribunal de Justiça e, como foi negado provimento neste tribunal, interpuseram novo *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, com pedido liminar de que fosse retirada a característica de imprescritibilidade do crime cometido. Os advogados defendiam a tese de que os judeus não seriam uma “raça”, sendo, assim, impossível o crime de racismo contra eles. Porém, o Procurador Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, pronunciou-se no sentido de que o crime de racismo previsto na Constituição Federal era regulamentado pela Lei 7.716/89, posteriormente alterada pela Lei 8.081/90, tendo o seu artigo 20 a seguinte redação: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos”.

Para o Procurador-Geral da República, interpretando à Constituição da República sobre a ótica da lei em questão, não só a questão da raça deveria ser levada em consideração, mas também, qualquer tipo de discriminação baseada em cor, etnia, religião e procedência nacional. Portanto, o paciente do *Habeas Corpus* Siegfried Ellwanger havia cometido, na ótica de Fonteles, um crime imprescritível (Brasil, 2003, p. 204-206).

Além disso, foi juntado aos autos o parecer de Celso Lafer, ex-Ministro das Relações Exteriores brasileiro, rebatendo os argumentos dos impetrantes do *habeas corpus*, o entendimento central do jurista foi no sentido de que o racismo, portanto, não poderia ser compreendido de um ponto de vista estritamente biológico, sendo este um fenômeno social, tendo “o seu núcleo nas teorias e ideologias e na sua divulgação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo

as características de uma ‘raça’ inferior” (Lafer, 2005, p. 58-59). Esta visão do racismo é bem colocada por Eliane Azevêdo:

Mesmo que a crença geral nos fundamentos biológicos para o racismo tenha experimentado algum esvaziamento, novas formas de concepção do ‘outro’ estão surgindo. O ‘outro’ é aquele que é estranho, diferente não apenas na aparência, mas também nos valores, crenças, estilo de vida, posição social, etc. Assim, a prática do racismo tornou-se, na sociedade moderna, não apenas mais abrangente como também mais diversificada em suas formas de negar a dignidade, a igualdade e o respeito à pessoa humana (1990, p. 27).

Assim, fica claro o posicionamento jurídico e doutrinário majoritário no sentido de que o preconceito deve ser combatido não pelo significado real do alvo da discriminação, mas sim por aquele imaginado pelos discriminadores. Deste modo, O Supremo Tribunal Federal, em uma decisão histórica e que traz repercussões até hoje, calcou entendimento de que o antissemitismo se configura como crime de racismo, imprescritível e inafiançável.

2.3.2 Caso das biografias não autorizadas

Outro importante caso é o das biografias não autorizadas. Tais vedações judiciais, são dadas com base no art. 5º, X, da CRFB/88, que determina o seguinte:

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

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Bem como, o art 20 do Código Civil de 2002, que reza:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815).

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

Nos últimos anos, parte do judiciário vem impedindo a publicação de diversas personalidades públicas brasileiras. Biógrafos, após uma pesquisa minuciosa sobre tais figuras públicas brasileiras, veem sendo impedidos de publicar seus trabalhos sob os argumentos acima mencionados.

Podemos citar aqui alguns casos como: O cantor Roberto Carlos; Garrincha; do cangaceiro Lampião e do cantor Raul Seixas.

Parece óbvio, mas em pleno século XXI precisamos dizer que não existe democracia sem liberdade de expressão. A democracia, segundo Roberto Dias, em seu artigo Liberdade de expressão: biografias não autorizadas, diz que: “A democracia pressupõe o consenso e o dissenso, o livre debate de ideias e o amplo acesso às informações necessárias à formação do convencimento”.

Basta voltarmos ao passado não muito distante, quando da ditadura militar instalada em nosso país de 1964 a 1985. Naquele momento, a oposição não era permitida, a liberdade de imprensa era permitida apenas para concordar com o que estava posto, ou seja, não era permitida a liberdade de expressão e conseqüente não existia democracia.

Lutar contra tudo isto, não é uma tarefa fácil quando a minoria dominante encontra-se no poder controlando toda máquina estatal e reprimindo a população. Segundo Roberto Dias: “Tirar o véu para revelar as arbitrariedades dos ditadores e de seus defensores era mais do que uma atitude de coragem. ”

Só “a democracia permite a formação e a expansão das revoluções silenciosas”, a “renovação gradual da sociedade através do livre debate das ideias e da mudança das mentalidades e do modo de viver” (Bobbio, 1986, p. 39). É fundamental o livre debate e o pluralismo das ideias, sem isso não há como se ter a liberdade de expressão.

A nossa Constituição de 1988, foi o marco da democracia, da liberdade de expressão, pois rompeu com o processo ditatorial que, infelizmente, assombrou este país por várias décadas. E com este intuito, trouxe diversos artigos, fundamentais para que a democracia e a liberdade de expressão do pensamento fossem respeitadas como:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (Brasil, 1988)

Outro importante artigo traz a seguinte redação:

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

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (Brasil, 1988)

Assim, na ordem jurídica contemporânea, a liberdade de expressão consiste, em sentido amplo, num conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação.

No entendimento de José Afonso da Silva: “A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, está sujeita a regime jurídico especial” (Silva, 2000, p. 247).

Com base nestes, e em outros artigos de importâncias fundamentais, de nossa Constituição, o STF ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130¹, entendeu pela não recepção, da Lei nº 5.250/67, então conhecida como Lei de Imprensa.

Segundo Fernanda Carolina Tôrres:

A extensão que o Supremo Tribunal Federal reconhece para um direito fundamental não é uma decisão estritamente jurídica, mas também política, pois se baseia na construção histórica desse direito. Isso é patente no que se refere à liberdade de expressão. O receio do que ocorreu com as liberdades comunicativas no período militar, acarreta nas decisões do Supremo Tribunal Federal um exagerado repúdio à censura. Assim, este tribunal caracteriza como violação à liberdade de expressão qualquer

¹ ADPF 130/DF, relatada pelo Ministro Carlos Britto e julgada em 30 de abril de 2009

restrição, sendo ela ilegítima ou legítima, mesmo que busque afastar a configuração de abuso de direito (2013, p. 65).

Na superação de tal engano, não se pode afirmar que o exercício legítimo do direito de liberdade de imprensa só é possível em consonância com as demais disposições da Constituição. Desse modo, a existência de limitações ao direito à liberdade de expressão explica-se tanto pela necessidade de harmonia entre os direitos fundamentais como pelo reconhecimento de que esse direito é concebido para assegurar a dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível sua interpretação como uma garantia acima das demais, apta a atentar contra o desenvolvimento da personalidade individual (Tavares, 2009, p. 602; Fernandes, 2011, p. 279; Magalhães, 2008, p. 74).

Assim, com base no que vimos até agora, o Estado brasileiro admite a censura, neste caso privada, quando não permite a publicação de biografias não autorizadas, pois a censura é uma só, aquela proibida constitucionalmente.

Como bem exposto na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, o(...) ordenamento jurídico deve assegurar a publicação e a veiculação tanto das obras autorizadas pelos biografados como das elaboradas à sua revelia – ou mesmo contra a sua vontade –, cabendo aos leitores e espectadores formar livremente as suas opiniões e convicções².

E é neste contexto, de conflito entre os direitos e princípios que a liberdade de expressão e conseqüentemente a democracia correm um risco de se tornarem menores do que eram antes. Mas isto, será melhor discutido no próximo capítulo.

² Sobre esse argumento, conferir os itens 3 a 7 da petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros – Anel, em junho de 2012 (relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha). Na ação, a referida associação pede que o STF afaste a necessidade de consentimento do biografado para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais .Roberto DiasRevista41 100413.indd 21010/04/2013 12:06:29

3 CONSTITUCIONALISMO ANTI-DEMOCRÁTICO

O constitucionalismo antidemocrático, paradoxalmente, se manifesta dentro das próprias estruturas legais que deveriam proteger os princípios democráticos. Nesse contexto, a Constituição, em vez de ser um instrumento de garantia de direitos e liberdades, pode ser cooptada para legitimar regimes autoritários. A rigidez formal das normas constitucionais, muitas vezes, serve como um véu sob o qual se esconde a erosão gradual das instituições democráticas.

Frequentemente se manifesta por meio da concentração excessiva de poder no Executivo. A instrumentalização de dispositivos constitucionais, como as medidas de emergência, permite que líderes autoritários contornem os mecanismos de controle e equilíbrio. A erosão dos contrapesos institucionais, como o Legislativo e o Judiciário, mina a própria essência da democracia.

Combater o constitucionalismo antidemocrático requer uma vigilância constante por parte dos cidadãos e uma revisão crítica das normas constitucionais. A reforma constitucional, guiada por princípios democráticos, deve fortalecer os mecanismos de accountability e garantir que a Constituição seja um escudo contra o autoritarismo, não uma arma em suas mãos.

3.1 A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”

É neste cenário até aqui exposto que surgem os mais complexos questionamentos a respeito dos limites à liberdade de expressão. Os incidentes sobre este tema vão se acumulando a cada dia, um dos casos que podemos citar aqui é o da publicação da charge de Maomé por um jornal dinamarquês. Para alguns não passou de um legítimo exercício da liberdade de expressão, enquanto para outros representou uma ofensa a religião islâmica, que não permite representações pictóricas do profeta Maomé, bem como estereotiparam os árabes como terroristas.

O exemplo citado, serve de entrada para que seja tratado um dos temas relacionado a liberdade de expressão: a manifestação de ódio, desprezo ou intolerância contra grupos determinados, motivados por preconceitos ligados à etnia,

religião, gênero, deficiência física ou mental, orientação sexual, e etc. Tema este, que no Direito Comparado é estudado como “hate speech”.

No Brasil, assunto este já discutido neste artigo, mas que vale a pena mencioná-lo aqui, é o caso *Ellwanger*, considerado um marco de decisão do STF, e muito comemorado por toda a sociedade. Percebe-se assim, que o limite a liberdade de expressão é uma linha tênue entre restringi-la para proteger direitos fundamentais de grupos estigmatizados e o de permitir que grupos autoritários coloquem em prática o constitucionalismo abusivo, tema que será tratado na próxima seção.

A ideia fundamental da liberdade de expressão é a de servir como instrumento da busca da verdade, e o mais importante filósofo defensor desta teoria foi John Stuart Mill, com a publicação de sua obra *On Liberty*. Esta obra, segundo Daniel Sarmento: “Baseia-se exatamente na necessidade de proteção desta liberdade como meio de atingimento da verdade. Como um liberal, Mill preocupava-se com a possibilidade de os governos, ainda que a serviço da vontade das maiorias, suprimirem do espaço público posições não ortodoxas ou impopulares sobre questões controvertidas. Mas, para ele, a principal razão para a proteção da liberdade de expressão não estaria ligada ao direito de quem se expressa, mas sim ao interesse de toda a sociedade em ouvir as ideias de cada um, ainda que elas sejam erradas”³.

Neste sentido o Juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes, em voto dissidente que proferiu no caso *Abrahams vs. United States*⁴, julgado em 1919 pela Suprema Corte, disse: “o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição do mercado”.

Deste modo, reconhece-se que a melhor opção é o debate de ideias de forma plural e respeitosa mutualmente, permitindo, assim, a diversidade de opiniões contrárias ou não, diante das mais diversas controversas. Contudo, não é o que vem acontecendo. As discussões estão saindo do campo das ideias e entrando no campo pessoal com ofensas diretas de umas as outras, fazendo com que haja um desestímulo ao bom debate, criando grupos que só ouvem os iguais, sem espaço

³ O livro foi publicado pela primeira vez em 1859. Foi consultada no estudo de Daniel Sarmento a edição publicada em 1978: John Stuart Mill. “On Liberty”. In: *American State Papers, Federalist*, J.S. Mill: *Great Books of the Western World*. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc., 1978, pp. 267-323.

⁴ 250 U.S. 616 (1919).

para os que pensam diferente. E este é o espaço criado pelo hate speech, um ambiente de ataques de qualquer tipo, e não uma participação num debate de opiniões.

Segundo os ensinamentos de Daniel Sarmiento: “não é só porque as idéias associadas ao hate speech são moralmente erradas que o Estado deve coibir esta forma discurso. O fato de uma idéia ser considerada errada não é base suficiente para a sua supressão da arena de discussão. Este é o pilar fundamental da liberdade de expressão, que não deve ser ameaçado. Mais relevante do que o erro é a constatação de que as expressões de ódio, intolerância e preconceito manifestadas na esfera pública não só não contribuem para um debate racional, como comprometem a própria continuidade da discussão. Portanto, a busca da verdade e do conhecimento não justifica a proteção ao hate speech, mas, pelo contrário, recomenda a sua proibição”.

Assim, a restrição ao hate speech não ameaça a democracia, muito pelo contrário, a fortalece.

Neste contexto, veremos a seguir que o hate speech se encaixa como umas das dimensões citada por David Landau que contribui para o constitucionalismo abusivo, pois diminui os direitos dos indivíduos e dos grupos minoritários, uma vez que são alvos do hate speech.

3.2 Analisando o constitucionalismo abusivo

O excelsior professor David Landau, conceitua o “constitucionalismo abusivo” como sendo: “o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes” (Landau, 2013, p. 6). Tais mecanismos de mudança formais utilizados, seriam as emendas e as substituições constitucionais. Os tipos de democracia e de regimes autoritários não são estáticos e plenamente definidos, são vários os tipos de um e de outro, que podem ser híbridos ou competitivos. Ainda segundo o autor quanto ao grau da democracia, são duas as dimensões: “(1) a esfera eleitoral e até que ponto os mandatários políticos em exercício e os membros da oposição competem em igualdade de condições; e (2) a extensão pela qual são protegidos os direitos dos

indivíduos e dos grupos minoritários”⁵. Em regimes autoritários, percebe-se que estas dimensões estão ligadas diretamente, ou seja, o retrocesso de um implica na perda de direitos. Já nos regimes democráticos, tais dimensões são, pelos menos teoricamente, independentes e podem divergir.

Esta análise é de fundamental importância, pois aqueles golpes os quais a sociedade mundial está acostumada e que foram utilizadas por várias décadas para derrubar governos no mundo todo, principalmente nos países em desenvolvimento, está caindo em desuso. Por isso a necessidade de se definir e conceituar o constitucionalismo abusivo, método utilizado por diversos ditadores no mundo todo para irem minando aos poucos o processo democrático. Tal via informal para se tomar o poder constitucionalmente e acabar com a democracia não é algo novo, o próprio Hitler fez isso.

No entanto, há grandes diferenças entre a tomada nazista na Alemanha e as ferramentas constitucionais abusivas citadas neste artigo, principalmente no tocante ao regime plenamente autoritário, utilizado para destruir a democracia, quanto ao primeiro. No segundo, verifica-se regimes autoritários que misturam características democráticas com aspectos autoritários, isto devido às mudanças no cenário mundial que não aceitam mais os golpes nos moldes que eram feitos em outrora.

Desta forma, as forças políticas dominantes cumprem, de certa forma, as exigências do cenário político mundial, evitando sanções e ao mesmo tempo

⁵ A dimensão dos direitos por vezes é classificada como o grau em que um regime é liberal, o que às vezes é colocado em oposição à democracia e em outras é visto como “constitutivo” dela. Ver, e.g., HOLMES, Stephen. *PASSIONS AND CONSTRAINT: ON THE THEORY OF LIBERAL DEMOCRACY*, n. 8, 1995. Dado o amplo acordo prático sobre a conveniência de proteger direitos dentro de um Estado, não entro nesse debate aqui. Certamente, essas duas dimensões podem não esgotar as dimensões normativas da democracia. Poderíamos, por exemplo, definir a democracia também com relação à participação política, e alguns analistas dos regimes venezuelano e equatoriano apresentados abaixo afirmam que tais países representam um avanço significativo na qualidade e extensão da aludida participação. Ver, e.g., CAMERON, Maxwell; SHARPE, Kenneth E. *Andean Left Turns: Constituent Power and Constitution Making*, in *LATIN AMERICA'S LEFT TURNS: POLITICS, POLICIES, AND TRAJECTORIES OF CHANGE* 61, 68 (Maxwell A. Cameron & Eric Hershberg eds., 2010) (analisando os conselhos comunitários e o referendo de recall presentes na constituição da Venezuela e contextualizando-os na “função de mobilização” do projeto de Chávez). Não há dúvida de que as Constituições que contêm cláusulas inovadoras, como dispositivos de recall presidencial e normas que incluem grupos da sociedade civil na seleção judicial, que podem ser muito úteis como ferramenta para uma maior participação democrática. Se esse objetivo é atingido de fato é algo que se pode contestar. Ver, e.g., BREWER-CARÍAS, Allan R. *DISMANTLING DEMOCRACY IN VENEZUELA: THE CHÁVEZ AUTHORITARIAN EXPERIMENT*, p. 227-30, 2010 (observando que as disposições que permitem que grupos da sociedade civil participem da seleção de juízes da Suprema Corte não foram implementadas).

seguem firme com sua ideia de reduzir as forças democráticas. As eleições continuam existindo, porém com chances mínimas e bastante eventuais de serem vencidas pela oposição. Também com domínio das grandes mídias do país, e dos mecanismos de responsabilização que deviam fiscalizar os agentes políticos, bem como com compras de votos, tentativa de eliminar a oposição e, em muitos casos, fraudes eleitorais.

Com o controle dos mecanismos de responsabilização, pelas forças dominantes, as instituições como Ministério Público, Tribunal de Contas, Procuradorias, Comissões eleitorais e Polícias, enfim aquelas que deveriam fiscalizar e investigar, não mais o fazem. São utilizadas de forma subserviente para ajudar no processo de acabar com a democracia aos poucos e conseqüentemente os direitos dos grupos minoritários, e dentre estes direitos o de livre manifestação do pensamento, da liberdade de expressão. E desta forma, como consequência, resulta o aumento da corrupção. Corrupção esta que é mascarada passando uma ideia de que esta foi eliminada com o regime autoritário, fazendo que uma grande parte da população, os apoie. Também, a concentração de poderes no Executivo, mudanças nas regras eleitorais, enfraquecimento das cortes supremas com juízes submissos, novas constituições ou emendas constitucionais com abuso de poder pelas majorias, inclusive para ampliação do período de permanência no poder, com reeleições sucessivas. Esse processo tem sido caracterizado como legalismo autocrático (Scheppelle, 2018).

E assim, vamos assistindo o retrocesso democrático os exemplos ao longo dos anos só faz aumentar: Hungria, Polônia, Turquia, Rússia, Geórgia, Ucrânia, Bielorrússia, Filipinas, Venezuela, Nicarágua e El Salvador, entre outros. Nestes casos, é importante ressaltar que o retrocesso democrático ocorreu pelas mãos de presidentes ou primeiros-ministros eleitos pelo voto popular.

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso: “Há três fenômenos distintos em curso em diferentes partes do mundo que estão associados a esta erosão democrática: a) o populismo; b) o extremismo; e c) o autoritarismo”. Trazendo graves problemas a democracia. Tais fenômenos são distintos, apesar de eventuais sobreposições, mas que ultimamente tem andado juntos, ameaçando fortemente as democracias em todo mundo. Até mesmo países

conhecidos como aqueles que possuem as mais fortes e consolidadas democracias do mundo tem sofrido com isso.

Imprescindível, com base em todo esse contexto, não falar do papel da tecnologia neste processo. A internet, abriu espaço para a proliferação quase que instantânea da informação sendo ela verdadeira ou falsa, sem qualquer filtro. Segundo o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso: “Um dos grandes problemas da atualidade tem sido o uso da internet e seus instrumentos para a disseminação de ódio, notícias falsas, desinformação e teorias conspiratórias por movimentos populistas, extremistas e autoritários, como estratégia para a chegada ao poder e sua manutenção”. Manter a liberdade de expressão com controle da internet, tem sido o grande desafio mundial atualmente. No próximo capítulo, trataremos com mais detalhes sobre este tema e como tem impactado negativamente na liberdade de expressão e conseqüentemente na manutenção da democracia.

Além das causas acima elencadas, outros fatores contribuíram para este retrocesso democrático, como: As causas econômico-sociais; as causas culturais identitárias; a redução da rede de proteção social; a corrupção e o descontrole das contas públicas.

Neste cenário, chega ao poder no Brasil, um político do chamado baixo clero, desconhecido e com pouca atuação no Congresso Nacional, um outlander, que defende a ditadura, a tortura e que dissemina o ódio entre seus seguidores. E foi seguindo a cartilha do constitucionalismo abusivo que o Brasil entrou no rol de países que tentaram minar a democracia, através de um presidente autoritário, eleito pelo voto popular. Neste momento uma onda radical de extrema direita assolou o mundo, fortalecendo ainda mais a ideologia deste grupo.

Como marca deste grupo radical de extrema direita em todo o mundo, logo vieram os ataques às instituições, de forma articulada e pormenorizada, de sites, blogs, principalmente com utilização de robôs, pregando o discurso de ódio, fake news, invasão do Congresso Nacional, do STF e com financiamento público do uso das redes sociais, por fanáticos seguidores. A situação com o passar do tempo foi ficando cada vez mais preocupante com a participação do Presidente e de seus Ministros em manifestações claramente antidemocráticas. São diversos os momentos que comprovam as tentativas de acabar com a democracia: a)

comparecimento a manifestação na porta da sede do comando do Exército, em que se pedia a volta da ditadura militar; b) ataques diários à Justiça Eleitoral, ofensas pessoais aos seus integrantes e acusações falsas de fraude eleitoral em pleitos anteriores; c) desfile de tanques na Praça dos Três Poderes, com claros propósitos intimidatórios; d) pedido de impeachment de Ministro do Supremo Tribunal Federal, em razão de decisões judiciais que desagradavam o presidente; e) mudança de diretor-geral e de superintendentes da Polícia Federal por atuarem com independência; e f) ataques reiterados a jornalistas e órgãos de imprensa, assim como uso da verba publicitária oficial para cooptar apoios de conglomerados de comunicação social.

Um dos momentos mais preocupantes foi na comemoração do 7 de setembro, onde foi reunido o grupo de fanáticos seguidores com intuito de desestabilizar a democracia deste país. Mas, àquela teria sido uma tentativa frustrada do golpe, devido à falta de apoio, principalmente dos Estados Unidos, pois tinha perdido o apoio do presidente deste país, devido a derrota de seu principal apoiador Donald Trump, e da ausência de militares de alta patente.

Mas o pior ainda estava por vir, em 08/01/2023, uma tentativa de golpe foi colocada em prática, no momento de mudança do governo, uma ação considerada de desespero, primeiro por não acreditarem que perderiam uma eleição onde se utilizou de práticas informais e obscuras para vencer o pleito, e segundo por ainda não possuírem um cenário necessário para consolidar o golpe no país.

Os golpistas foram até a praça dos três poderes, invadiram o Congresso Nacional, o STF e o Palácio do Planalto, quebraram tudo. Todos ali, não foram exclusivamente apenas, para realizar os atos de vandalismo, estavam realizando um ato orquestrado, idêntico ao que havia acontecido no Capitólio, nos EUA, quando da perda do mandato de Donald Trump. Estavam à espera de uma tomada de poder pelo ex-chefe do executivo, tomada de poder, que não houve.

Uma grande parte destes golpistas estavam acampados em frente aos quartéis-generais do Exército há mais de dois meses, onde destacavam-se entre as pautas golpistas pedidos de apoio das forças armadas. O discurso era baseado principalmente, naquele momento, nas afirmações falsas de que as urnas eletrônicas não eram seguras, propagadas pelo ex-presidente aos seus seguidores.

Já nas proximidades da Praça dos Três Poderes, alguns confrontos foram registrados com a Polícia, mas também muitos momentos de facilitação da invasão. O atual Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, chegou a dizer que: “O Palácio do Planalto não foi invadido, abriram as portas para a destruição do Palácio do Planalto. Mas o que vemos é que só a massa bolsonarista, desinformada, mais violenta e fanática, está sendo punida exemplarmente. Em compensação, aqueles que estavam dentro dos órgãos de prevenção, que não cumpriram seu papel por ação ou inação, essa justiça está desigual”.

Atualmente, existem diversas investigações com o intuito de responsabilizar os responsáveis pela tentativa de golpe do 08/01, como ficou conhecido mundialmente. Alguns atores responsáveis por esta tentativa de golpe estão presos, diversos manifestantes presos naquele dia já foram julgados pelo STF e há, ainda, outras diversas investigações em andamento. Durante as investigações foi descoberta uma minuta golpista que nunca foi efetivamente declarada, uma prova de que faltou pouco para a efetivação do golpe.

A historiadora Giulia Bacarin diz que: “Quando pensamos em como isso acontece, tem a ver com essa memória da ditadura militar, que não foi trabalhada no Brasil. Aqueles que cometeram crimes por parte do estado não foram punidos de forma alguma no Brasil. Na verdade, eles viveram muito bem, até como heróis. Isso se repete no que aconteceu. Como deixamos, por 30 anos, um deputado defender a ditadura e ninguém fez nada”.

Tudo isto, serve como mais um aprendizado, de uma lição que já deveria ter sido aprendida, não se brinca com a democracia. Colocar a democracia em risco, não seguir o rito democrático abre espaço para regimes autoritários, reduzindo os direitos e, o primeiro deles a ser ceifado é o da liberdade de expressão.

4 ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS, (IN)COMPATÍVEL?

A liberdade de expressão muitas vezes não é favorável ao ouvinte ou alvo. Por vezes vemos reportagens voltadas a determinados agentes políticos, por exemplo, que levantam suspeitas sobre o mesmo e esta precisa deixar o cargo para que as investigações corram sem sua interferência. E em alguns casos, ao final do julgamento, aquele agente político é considerado inocente. Esta liberdade de expressão, apesar de trazer prejuízos, de qualquer natureza, ao alvo da reportagem, não pode ser tratada como algo que deve ser combatido pelo Estado. Isto faz parte do jogo. Como já dito anteriormente neste artigo o pluralismo de ideias é fundamental para a democracia, uma vez que só a partir de uma discussão saudável, que se pode obter a melhor delas. Isso é democracia, isso é liberdade de expressão!

Porém, nenhum direito é pleno e quando há o abuso na liberdade de expressão este deve ser combatido pelo Estado, pelo Direito. Podemos citar como exemplos, o hate speech e as fakes news.

Alguns autores defendem que a liberdade de expressão deve ser plena, mesmo que acompanhadas de manifestação de ódio, preconceito e intolerância. Segundo Bollinger:

[...] a liberdade de expressão demarca um domínio em que as pessoas são obrigadas a tolerar manifestações e ideias que muitas vezes abominam, exercitando com isso, a sua capacidade de autocontrole emocional. Trata-se, portanto, de uma espécie de treinamento, em que a capacidade de tolerância é desenvolvida para ser aplicada também em outras esferas das relações humanas em que não há os mesmos limites jurídicos (1986, p. 120-124).

Mas, até que ponto se deve tolerar o intolerante? Karl Popper chamou esta questão de “paradoxo da tolerância” (Popper, 1966, p. 266). Para ele: “não se deveria tolerar aquele que, se tivesse a chance, suprimiria a própria tolerância. Em nome da própria tolerância, o Estado deveria reter o poder de coibir e punir os intolerantes”. Já John Rawls, por sua vez: “[...] defendeu que, numa sociedade justa, só é legítimo restringir a liberdade do intolerante quando ela chegue ao ponto de ameaçar a segurança das próprias instituições que mantêm esta sociedade” (1971, p. 216-220).

Segundo, Daniel Sarmento, em seu artigo “A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech”: “A verdade é que nem sempre a tolerância é a resposta moralmente correta diante de um conflito social” (2015, p. 40). Assim, diante do já exposto neste artigo, a resposta correta do Estado não é a tolerância, mas, sim, buscar evitar lesões, e, caso isto não seja possível, punir os culpados e amparar as vítimas”.

Trazendo tudo isso para o contexto brasileiro, pergunta-se: Os atos ocorridos em Brasília, em 08 de janeiro de 2023, são compatíveis ou não com a liberdade de expressão?

Analisando esta vertente brasileira, percebe-se o quanto o constitucionalismo abusivo e o abuso da liberdade de expressão, estão inseridas neste contexto. Observando a Constituição de 1988, verifica-se um firme e profundo compromisso com a construção da igualdade e da luta contra o preconceito. Tais compromissos podem ser verificados nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, descritos no art. 3º, da CRFB/88:

*I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Também no art. 5º, este compromisso é ratificado em diversos incisos:

*I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;*

A Constituição brasileira não vedou apenas ao Estado a prática de atos de discriminação, preconceito e intolerância, mas fê-lo também em relação a cada cidadão ou entidade privada.

Que segundo Daniel Sarmento:

[...]o ordenamento brasileiro, diante da ubiquidade da injustiça e da opressão, adotou o princípio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo o qual estes direitos também vinculam e obrigam aos particulares, ainda que de forma diferenciada, em razão da proteção constitucional conferida à autonomia privada” (2006, p. 431-497).

Importante citar, inclusive, o princípio da dignidade da pessoa humana, trazido por nossa Constituição em seu art. 1º, III, elencado como um dos direitos fundamentais que constitui nosso Estado Democrático de Direito. Tal princípio, atua não só como limite para atuação do Estado, mas também, de ser compelido a agir promovendo e protegendo, assim, a dignidade dos indivíduos contra as ameaças que surgem. Além disso, se projeta nas relações privadas em face de seus pares.

Não bastasse, o país é signatário dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Tratados estes que possuem status de Emenda Constitucional, por terem seguido o rito exigido pela própria Constituição, incluídos pela Emenda Constitucional nº 45, e mesmo aqueles antes da EC/45, ostentam hierarquia Constitucional, conforme preceitua o art. 5º, § 3º:

§ 3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Neste contexto, como já citado anteriormente neste artigo, o STF decidiu pela punição no caso Ellwanger por manifestações anti-semitas. E é nesse sentido que o STF vem se posicionando contra a proteção constitucional do hate speech e das fake news, e por isso a manifestação de 08 de janeiro de 2023, vem sendo considerada como inconstitucional e que ferindo, assim, os limites da liberdade de expressão.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo, conceitual e descritivo, tem o objetivo de despertar e provocar discussão a respeito da utilização da Constituição para fins antidemocráticos, utilizando-se de mecanismos que tornam o Estado menos democráticos do que antes.

Fundamental, também, foi trazer à baila o impacto negativo ocasionado pelo Constitucionalismo Abusivo à liberdade de expressão. Bem como, rediscutir, infelizmente, em pleno século XXI, os fundamentos, a importância e necessidade da liberdade de expressão e de pensamento, trazendo os principais temas relacionados a este tema.

E neste sentido, que este artigo faz um breve, mais importante contexto histórico, para que se perceba o quanto este princípio fundamental foi negligenciado por todo esse tempo, abandono findado com a atual Constituição que fez questão de dar uma posição de destaque para ele, mas como qualquer outro direito, não é absoluto.

O conflito entre princípios, gera uma questão sensível e que deve ser tratada com muita responsabilidade e com base na nossa Constituição. Principalmente no tocante ao abuso deste princípio fundamental, através fake news e discursos de ódio, por exemplo, que não devem ser tolerados, como já discutido anteriormente.

Abusos estes que contribuem para o Constitucionalismo Abusivo, pois diminui os direitos dos indivíduos e dos grupos minoritários, uma vez que são alvos do hate speech. A Constituição passa a ser cooptada por um grupo autoritário, que se utilizam da mesma para que se através dos meios formais, ou não, de alteração da Constituição, legitimam ações antes ilegítimas.

Infelizmente, as respostas ao desafio de combater o Constitucionalismo Abusivo não são uma tarefa fácil e estão relacionadas, talvez, na construção de uma concepção diferente do constitucionalismo, sugerindo uma concepção mais substantiva deste. Concepção esta, que afirme que uma Constituição só poderá ser entendida como tal se for efetivamente adotar medidas democráticas e com proteção

dos princípios fundamentais. Assim, qualquer outra medida diferente destas e que tente diminuir a democracia de determinado Estado, deve ser entendida como inconstitucional, mesmo que tenha passado pelos trâmites formais ou não.

Foi neste contexto, que este artigo traz à tona os atos ocorridos em 08 de janeiro de 2023, com o intuito de mostrar se tais atos foram constitucionais ou não. Se os fake news e o discurso de ódio, são abrangidos pela liberdade de expressão ou não.

E foi com base em alguns julgamentos do STF, em casos emblemáticos e que marcaram a história do judiciário brasileiro, bem como de mostrar, com base em nossa Constituição e, também, em nossa jurisprudência que se entende que tais atos definitivamente antidemocráticos, não podendo assim, serem entendidos como manifestações da liberdade de expressão. Até porque, e isto foi levantado aqui, apesar de o princípio da liberdade de expressão possuir uma posição preferencial com relação aos demais princípios, este não é absoluto e possui limites como qualquer outro princípio constitucional.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Eliane. **Raça: conceito e preconceito**. 2. ed. São Paulo: Ed. Ática S.A., 1990.
- BARBOZA, E. M. Q.; FILHO, I. N. R. “Constitucionalismo Abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil Contemporâneo”. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 12, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641/907>. Acesso em: 04 jun. 2024.
- BARROSO, L. R. “A Democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil”. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 25, n. 135, p. 20-48, jan./abr. 2023. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2023v25e135-3015>. Acesso em: 11 maio 2024.
- BARROSO, L. R. “Liberdade de expressão, imprensa e mídias sociais: jurisprudência, direito comparado e novos desafios”. **CEBRI-Revista: Brazilian Journal of International Affairs**, [S. l.], n. 1, p. 33–56, 2022. Disponível em: <https://cebri-revista.emnuvens.com.br/revista/article/view/5>. Acesso em: 11 maio 2024.
- BARROSO, L. R. “Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder”. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 14, n. 3, 2023. Recuperado de <https://www.scielo.br/j/rdp/a/msPgR66yNJ96BbzFvHZDwwc/>. Acesso em: 05 maio 2024.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BOBBIO, N. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história**. São Paulo: Ática, 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2/RS**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 2003.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Elementos do Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.
- DEFESA da liberdade de expressão: por que é tão importante?” **Confluentes**, [S. l.], 2022. Disponível em: <https://confluentes.org.br/2022/09/30/defesa-da-liberdade-de-expressao-por-que-e-tao-importante/>. Acesso em: 22 set. 2023.
- Dias, R. **Liberdade de expressão: biografias não autorizadas**”. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, RJ, N. 41, p. 204-224, jul.-dez. 2012. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/161/145>. Acesso em: 20/04/2024.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GASPARETTO, Soraya Regina; DIMOULIS, Dimitri. O valor da liberdade de expressão e a Constituição Federal. **Jornal da Unesp**, [S. l.], 4 jul. 2023. Disponível em: <https://jornal.unesp.br/2023/07/04/o-valor-da-liberdade-de-expressao-e-a-constituicao-federal/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

LAFER, Celso. **1941- A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005.

LANDAU, DAVID. “**Abusive Constitutionalism**”. **Law Review**, Califórnia, v. 47, n. 1, nov. 2013, p. 189-260, nov. 2013.

MAGALHÃES, B. B.; FERREIRA, V. D. P. Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 04, p.2158-2197, out.-dez. 2022.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**: curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

MESSADIÉ, Gerald. **História geral do anti-semitismo**. Tradução Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MEYER, E. P. N. “**Constitucionalismo Iliberal**”. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 04, p.2595-2622, out.-dez. 2022.

SARMENTO, DANIEL. Antissemitismo e Jurisdição constitucional: Análise do Caso Siegfried Ellwanger. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 25, n. 10, p.162-182, jan.-abr. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6194/5070>. Acesso em: 20 abr. 2024.

SARMENTO, DANIEL. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech. **Revista PUC Goiás**, Goiânia, p. 1-58, 2015. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 11 maio 2024.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. **Brasil**: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

Scheppele, Kim Lane. 2018. “Autocratic legalism”. **The University of Chicago Law Review**, **Chicago**, v. 85, n. 545, 2018, Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism>. Acesso em: 05 jun. 2024.

SERRANO, P. E. O processo desconstituente de direitos. Ou: liberdade vista como privilégio. **Prerrogativas**, [S. l.] 2020. Disponível em: <https://www.prerrogativas.com.br/o-processo-desconstituente-de-direitos-ou-liberdade-vista-como-privilegio/>. Acesso em: 22 set. 2023.

SILVA, Gustavo A. A liberdade de expressão e o discurso de ódio. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-liberdade-de-expressao-e-o-discurso-de-odio/152277318>. Acesso em: 21 nov. 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TÔRRES, F.C. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão.**
Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 50, n. 200, out.-dez. 2013.
Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf/.
22Acesso em: 22 22 set. 2023.22 set. 2023. 02/05/2024.

CURSO DE DIREITO

AValiação de TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

ALUNO (A)

FELÍCIO DO RÊGO BARROS

TEMA	LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS ABUSOS a inconstitucionalidade dos atos antidemocráticos de 08/01
DATA	17/06/2024

AVAlIAÇÃO

CRITÉRIOS	PONTUAÇÃO	ATRIBUIÇÃO
A introdução e conclusão apresentam coerência metodológica?	1,0	1,0
A monografia foi construída coerentemente a partir da metodologia proposta na introdução?	1,0	1,0
Nível de aprofundamento científico da monografia e qualidade das referências	3,0	3,0
Nível de conhecimento científico demonstrado pela discente na apresentação e arguição oral	2,0	2,0
Nível da monografia quanto às regras básicas de redação	2,0	2,0
Os critérios formais básicos (ABNT) foram seguidos?	1,0	1,0
NOTA	10,0 (máximo)	10,0 (dez)

PRESIDENTE	Henrique Weil	<small>Documento assinado digitalmente HENRIQUE WEIL AFONSO Data: 28/06/2024 14:42:13-0300 Verifique em https://validar.iti.gov.br</small>
EXAMINADOR(A)	Clarissa Marques	
MENÇÃO		