

# OS LIMITES DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE DE CASO DA IMPORTÂNCIA DO JUDICIÁRIO NA DEFINIÇÃO DE LIMITES A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OS CASOS DIFÍCEIS

*LIMITS OF THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION:  
CASE ANALYSIS OF THE IMPORTANCE OF THE JUDICIARY IN  
DEFINING LIMITS BASED ON CONSTITUTIONAL PRINCIPLES  
AND THE HARD CASES*

*Rafaella Bacellar Marques\**

**Resumo:** A forma de se expressar constitui necessidade básica do ser humana. Entretanto, na esfera jurídica, cabe a limitação do direito de expressão? Se sim, quais são esses limites? A hipótese aqui levantada é a de que a Constituição dita os limites de todos os direitos, entre eles, o da liberdade de expressão, mas mesmo diante dos princípios constitucionais, ainda há certa dificuldade prática da aplicação. Com efeito, o presente trabalho, por meio do método da pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial, visa analisar a construção dos limites do direito fundamental da liberdade de expressão, previsto na Constituição de 1988 (art. 5º), de forma a investigar sua origem e conceito, analisar aquilo previsto na legislação e na Constituição, além de examinar dois casos concretos (caso do discurso do ódio e o sharenting) em que há o conflito do direito da liberdade de expressão e outros direitos constitucionais. Demonstrando, a partir disso, como a interpretação dos tribunais superiores vem se pautando pelos valores consagrados pelo ordenamento, a exemplo da dignidade humana.

**Palavras-Chave:** Redes Sociais, Limites, Liberdade De Expressão, Judiciário, STF.

\*Graduanda do 6º semestre do curso de Direito da Universidade de Brasília.

Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0827265474139642>. E-mail: [rafaellabacellar@gmail.com](mailto:rafaellabacellar@gmail.com);



*Abstract: The way of expressing oneself is a basic human need. However, in the legal sphere, is it possible to limit the right of expression? If yes, what are these limits? The hypothesis raised here is that the Constitution dictates the limits of all rights, including freedom of expression, but even in the face of constitutional principles, there is still some practical difficulty in applying such limits. In fact, the present work, through the method of bibliographic research and jurisprudential analysis, aims to analyze the construction of the limits of the fundamental right of freedom of expression, provided for in the 1988 Constitution (art. 5), in order to investigate its origin and concept, analyze what is provided for in the legislation and in the Constitution, in addition to examining two concrete cases (the case of hate speech and sharenting) in which there is a conflict between the right to freedom of expression and other constitutional rights. Demonstrating, from this, how the interpretation of the higher courts has been guided by the values enshrined by the legal system, such as human dignity.*

*Keywords: Social Medias, Limits, Freedom of Speech, Judiciary, STF.*

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como problema os limites da liberdade de expressão e a sua forma de definição. Trata-se de análise acerca da hipótese de que os princípios constitucionais limitam esse direito como qualquer outro, por meio da metodologia da análise de casos, visasse investigar quais as principais dificuldades práticas na definição dos limites da liberdade de expressão, mas com a finalidade última de demonstrar que na maioria dos casos analisados, os Tribunais tem entendido que a Constituição e a interpretação principiológica são a principal fonte de limitação deste direito. De modo a se demonstrar o erro cometido pelo senso comum ao acreditar que a Internet “é uma terra sem lei”. Para isso analisemos o direito em questão e sua origem.

O direito fundamental da liberdade de expressão está intimamente ligado à concepção de autodeterminação do ser humano, o seu direito de desenvolver o estilo de vida que desejar, sendo essa a ideia que fundamenta o sistema democrático. A ideia de autogoverno se refere ao poder de o indivíduo decidir acerca das escolhas tomadas na vida em sociedade, de expressar o seu desejo. Mas além de remeter a essa concepção democrática, de exercício do poder de decisão da maioria, o direito fundamental da liberdade de expressão também se liga à noção de que mesmo diante de uma maioria homogênea, deve ser possível ao indivíduo expor a sua opinião, sendo essa crítica destoante ou favorável, dado que o pluralismo é elemento essencial da democracia moderna.



Nesse diapasão, do conceito de dignidade humana, valor fundante do sistema de direito brasileiro, derivam dois elementos essenciais: a liberdade e a igualdade, e a partir deles é que se ramificam os vários outros direitos, como a liberdade de expressão (BRANCO; MENDES, 2021). É essa a lógica dos direitos e garantias individuais, previstos no título II da Constituição Federal.

A liberdade de expressão constitui direito de sentido amplo, dado que pode se referir a toda opinião, comentário, manifestação sobre qualquer assunto ou pessoa, mesmo que não corresponda a tema de interesse público (BRANCO; MENDES, 2021). Isso não implica dizer que se trata de direito absoluto, da mesma forma que todas as normas do direito, está sujeito aos limites da colisão de princípios e à análise atenta do caso prático.

A grande dificuldade acerca desse tema corresponde justamente à delimitação daqueles que são os limites desse direito, visto que não somente as regras expressas fazem o controle dessa liberdade, mas a própria interpretação sistemática da Constituição definirá que em casos específicos, mesmo diante de regra não expressa, esse direito deverá ser limitado, em virtude da colisão com outros princípios constitucionais, aí recai o protagonismo do judiciário e sobretudo da Corte Constitucional na definição desses que são chamados de casos difíceis.

Neste contexto, a análise de caso concentra-se na análise de dois casos, caso clássico julgado pela Suprema Corte (discurso de ódio) e um potencial caso de julgamento pelo STF em um futuro (sharenting), com temas polêmicos que envolvem o direito da liberdade de expressão. A posição institucional do Supremo Tribunal Federal é relevante na medida em que deve orientar não somente a forma como os demais tribunais e juízes devem lidar com a liberdade de expressão, mas também a forma como se deve interpretar o restante da Constituição diante da ampliação desse direito na sociedade atual.

Como limitar o espaço livre do cidadão no que se refere a comentários em suas redes sociais? Como regular o que figuras públicas devem expor no Twitter ou no Instagram? Qual o limite da atuação do judiciário diante dos agentes privados detentores dos direitos sobre esses aplicativos? Ressalta-se a dificuldade de previsão das diversas possibilidades de acontecimentos pelo legislador, de maneira que quando se fala em liberdade de expressão, pressupõe-se a análise de cada caso a fim de se verificar se há ou não abuso desse direito previsto constitucionalmente. Isso requer do sistema judiciário o paradoxo, previsto por Luhmann em seu livro *Sociologia do direito* (LUHMANN, 1983), o direito como sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto para a sociedade.



Em vista disso, o presente trabalho, por meio do método dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e da análise jurisprudencial, propõe-se a analisar certos casos polêmicos objeto de julgamento: a exemplo do famoso caso do discurso de ódio, julgado pela Suprema Corte, paradigmático na caracterização do que é liberdade de expressão e o que é abuso de direito, a fim de situar o leitor na principal problemática do STF acerca desse direito. Consta ainda caso do fenômeno Sharenting, ainda não julgado por um Tribunal Superior, mas que a partir da análise do Egrégio Tribunal do Estado de São Paulo, consta como forte possibilidade de ser julgado pela Suprema Corte num futuro próximo, tendo em vista que abre muitas questões importantes no que tange a balizar os princípios constitucionais com a liberdade de expressão.

Com efeito, dividiu-se o artigo em 4 tópicos: *item 1* traz a introdução do tema de pesquisa; sendo que no *item 2*, procede-se à compreensão da origem do direito da liberdade de expressão, de forma a compreender o conceito que se definiu em torno de liberdade no decorrer do tempo. Posteriormente, no *item 2.1* cabe a análise do legislador acerca desse direito, tanto a previsão constitucional quanto o que consta nas leis. Tudo isso, a fim de fornecer o substrato necessário para o entendimento de como vem se dando a criação de normas pelos ministros do STF no exercício da interpretação, tratado no *item 2.2*, de forma a definir perante os demais tribunais o que se entende por liberdade de expressão, procedendo-se à análise dos dois casos escolhidos e suas conclusões, no *item 3*, e por fim, às considerações finais. Nessa etapa, pretende-se confirmar ou não a hipótese de que a liberdade de expressão é limitada pelos princípios constitucionais, mesmo que ocorram dificuldades práticas quanto a isso, de acordo com as análises dos casos concretos.

Ressalta-se o caráter recente dessas discussões, além do caráter arbitrário na escolha das decisões (caso analisado pelo STF e potencial caso para análise de Tribunal Superior) e, portanto, a impossibilidade de esgotar o tema na presente pesquisa. Diante da expansão das redes sociais e do senso comum de que a internet é uma “terra sem lei”, cabe demonstrar a importância do estudo do verdadeiro e legítimo significado do direito da liberdade de expressão, que em momento algum, abrange a violência e consequentemente a violação a outros direitos.



## 2. ORIGEM DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CONSTRUÇÃO DA IDEIA DE ABUSO DE DIREITO

A liberdade de expressão corresponde ao que alguns estudiosos denominam direito de primeira geração, sua origem remete ao paradigma do Estado Liberal, no qual se tem a noção de liberdade como uma barreira de proteção do cidadão contra atuação do Estado. Direito de índole defensiva, trata-se de direito a uma abstenção por parte do Estado de uma conduta que limite a liberdade individual (BRANCO; MENDES, 2021), assim menos interferência implica em liberdade, em aspecto negativo, pois amplia o nível de autodeterminação.

O grande problema do paradigma liberal é que se acredita que a mera formalização de direitos é capaz de garantir a sua realização, o que se revelou como a falha do positivismo. Dentro desse contexto, é que a ideia de abuso de direito se torna inconcebível, pois para os estudiosos da época, não haveria como a lei ao mesmo tempo prever um direito e tentar limitá-lo, pelo sistema de regras, vigora a lógica do “tudo ou nada” e por isso, ou a regra é contrária ao sistema, ou ela é válida.

Nesse sentido, a liberdade de expressão sob a lógica do paradigma liberal é tão abrangente que alcança até a manifestação de violência e do discurso de ódio, dado que a noção de abuso é ilógica. Com efeito, foi a evolução do constitucionalismo e o surgimento da filosofia da linguagem, a partir da aplicação dos princípios, que permitiram o correto funcionamento dos direitos fundamentais na atualidade.

O artigo 187 do Código Civil é expressão clara da nova sistemática que se estabelece pela interpretação principiológica “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Desse modo, mesmo que a partir de normas não expressas, esses direitos fundamentais devem ser limitados, a fim de que se garanta a realização do valor moral que fundamenta o sistema de direito: a dignidade da pessoa humana.

Em vista disso, o Estado passa a ter legitimidade para limitar na medida do necessário os direitos individuais, da forma mínima possível, isto é, com o menor custo para o indivíduo, apenas o suficiente para coibir o abuso, de maneira a não prejudicar o sistema democrático, dado que a liberdade de expressão, na opinião crítica, funciona como ato de controle do poder político.

A sociabilidade, característica essencial ao ser humano, pressupõe o direito de se comunicar livremente, contudo esse direito não abrange a violência, exemplo disso são os crimes contra a honra: calúnia, difamação e injúria, previstos pelo Có-



digo Penal (art. 138, art. 139 e art. 140, respectivamente), que não figuram como lícitos, mas como contrários ao direito na medida em que se chocam com os valores defendidos constitucionalmente. “Qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para que, atendendo ao critério da proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar” (BRANCO; MENDES, 2021, p. 280).

A partir disso, o direito à honra, à imagem, à privacidade, entre outros, todos eles podem servir como limites não expressos em legislação, mas que diante do caso concreto, podem passar a reger determinada situação.

Tratam-se de hipóteses que não poderiam ser previstas de antemão de forma específica pelo legislador, pois isso implicaria em ônus ao indivíduo de ter sua liberdade demasiadamente limitada, como o que ocorre nos casos de censura. A não previsão de situações específicas de aplicação prática não significa dizer que os casos de abusos de direito não serão puníveis civilmente, a partir, por exemplo, de indenizações pagas por danos morais, e a nível criminal.

## 2.1 DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Estabelecido o conceito da liberdade de expressão, cabe analisar as principais previsões acerca desse direito. A previsão da livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5, IV, da Constituição), assim como o inciso XIV do mesmo artigo, que prevê o acesso à informação, tem por pressuposto a defesa a esse direito de liberdade de expressão, em seu aspecto negativo, de não interferência do Estado, e em seu aspecto positivo ou material, de que para o exercício pleno desse direito é necessário que o indivíduo tenha a garantia de um mínimo de acesso à informação, para a formação de uma vontade livre.

O inciso IX, do art. 5 da Constituição, também faz referência à livre “expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença”. Pode-se deste inciso inferir que as comunicações não verbais também são abrangidas pela proteção constitucional.

Sobre isso vale observar os casos de símbolos nazistas que eventualmente podem ser representados em vídeos ou fotos, e que em determinados contextos, podem sim sofrer limitações, sendo vedada a propagação da violência.

Ademais, o art. 220 da Constituição, no capítulo da comunicação social, tende a especificar a maneira como essa liberdade de expressão deve ser garantida, esta-



belece-se que é vedada a censura, e pode-se concluir que “incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações, de crítica, que podem assumir modalidade não verbal (comportamental, musical, por imagem etc.)” (BRANCO; MENDES, 2021, p. 271).

Não cabe ao Estado determinar a validade ou não de uma opinião ou manifestação, mas o juízo deve ser feito pelo próprio público a que essas manifestações se dirigem (BRANCO; MENDES, 2021). A pretensão da liberdade de expressão é justamente que o Estado não exerça censura, mas que haja livre manifestação de pensamento, uma vez que “diferenciar entre uma opinião valiosa ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de democracia livre e plural” (BRANCO; MENDES, 2021, p. 272).

A censura “significa ação inibitória realizada pelo Poderes públicos, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem” (BRANCO; MENDES, 2021, p. 273). Nesse contexto, é prática típica de regimes autoritários ou totalitários, nos quais há queima de livros (como no regime nazista) e censura quanto aos artistas (como a realizada contra a Música Popular Brasileira durante a ditadura militar) e que tem por fim impedir a circulação de ideias e barrar possível oposição quanto ao regime estabelecido.

Infere-se que as minorias, geralmente os rebeldes ou aqueles que são perseguidos pelo Estado, tendem a ter constantemente sua liberdade de expressão violada, dado que as suas mensagens só podem ser divulgadas se aprovadas pelos agentes estatais. Mas não somente isso, o controle da imprensa e das comunicações de massa também é um dos passos fundamentais para o sucesso de um regime não democrático, sendo a mídia utilizada diretamente como instrumento de manipulação e não de informação, o que também viola a livre manifestação de opinião.

Somado a isso, outro dispositivo que pode se relacionar a esse direito fundamental refere-se ao art. 111 do CC, “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”, logo por uma opção do legislador, não se extrai uma obrigação para o titular do direito de expressar o seu pensamento, contudo o seu silêncio já implica em uma manifestação no sentido de consentimento (BRANCO; MENDES, 2021).

## 2.2 O PAPEL DA CORTE

Cabe analisar o papel do juiz, uma vez que como se concluiu com o fracasso do positivismo, a interpretação judicial também cria normas, na medida em que torna concreto aquilo só previsto de maneira abstrata. Nesse sentido, afirma Dworkin,



descrito por Vera Chueiri e José Macedo (2018, p. 5), “o Poder judiciário possui um papel central como instituição protagonista na proteção dos ideais de integridade e de justiça como equidade em uma democracia constitucional.” Configura-se um ordenamento principiológico, em que a tensão produtiva entre princípios opostos, faz com que a partir da concorrência desses, o juiz possa buscar aquele que seria o mais adequado a cada caso, o que deve sobressair em face dos outros, para que se chegue na decisão correta (DWORKIN, 2002).

Logo, a interpretação do sistema de justiça deve ser uma interpretação sistemática, de maneira a sempre considerar os princípios orientadores, que resguardam os valores fundamentais daquela democracia. Portanto, no que Dworkin afirma ser uma democracia de parceria, os juízes devem se pautar pela igualdade de forma que esta não exclua, mas promova a liberdade (CHUEIRI; MACEDO, 2018).

O raciocínio preponderante, contudo, diferente do que propugnava o positivismo, já não é mais o subsuntivo, que pouco a pouco cede espaço à ponderação de princípios, onde o espaço da discricionariedade é muito maior, especialmente em um contexto de escassez de recursos no qual é comum ter-se que escolher um entre dois direitos fundamentais (BARBOSA, 2019, p.8).

Nos casos em que a suposta liberdade de expressão seja instrumento de propagação da violência, do discurso de ódio, ou seja utilizada de má-fé, não se trata do exercício de um direito, mas de um abuso, na medida em que infringe a liberdade de outrem. Nessas hipóteses, mesmo diante da ausência de regras, Dworkin afirma a necessidade da aplicação da tese da resposta correta, segundo a qual deve-se julgar a partir dos princípios que forneçam os melhores argumentos para uma decisão, sendo função desse juiz a proteção dos direitos constitucionais, sobretudo das minorias que por vezes não são escutadas por seus representantes (CHUEIRI; MACEDO, 2018).

Portanto, ainda que a estabilidade política seja importante, o Judiciário é responsável por assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, os quais, muitas vezes, serão trunfos contra a maioria, a despeito das possíveis reações contrárias à decisão. Em outras palavras, para o juiz dworkiniano, este não pode se guiar por receios de reações violentas (*backlash*) e ultrajantes, pelo contrário, deve justamente reafirmar o compromisso da comunidade com a justiça e o igual respeito a cada cidadão (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 9).

A análise de alguns casos práticos na presente pesquisa é capaz de exemplificar a importância dos juízes e demonstra que a interpretação do judiciário, sobretudo da figura do Supremo Tribunal Federal (STF), foi fundamental para a definição do que seria alcançado pelo direito da liberdade de expressão e aquilo que pode-





ria infringir os demais direitos garantidos pela Constituição. Nesse sentido, com o objetivo de verificar o posicionamento adotado pela Corte, trazem-se dois temas fundamentais: o caso mais conhecido do STF relacionado ao direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e o negacionismo, a partir do julgamento do HC 82.424; e o caso do fenômeno do Sharenting julgado pelo TJSP (Apelação cível nº 1015089-03.2019.8.26.0577), que abre questões importantes acerca do direito à liberdade de expressão e tem grande potencial para ser um tema a ser julgado pelo STF em um futuro próximo.

### 3. OS CASOS PRÁTICOS

#### 3.1 O DISCURSO DE ÓDIO E O NEGACIONISMO

O discurso de ódio manifesta-se através de “conteúdo segregacionista, fundado na dicotomia da superioridade do emissor e na inferioridade do atingido (a discriminação), e pela externalidade, ou seja, existirá apenas quando for dado a conhecer a outrem que não o emissor” (SILVA, 2011, p. 445-446). Logo, ao se utilizar de palavras e expressões que insultem ou assediem os indivíduos em decorrência de cor, etnicidade, sexo, entre outros, ou ainda que instiguem a violência contra essas pessoas, faz-se presente a situação descrita como “discurso de ódio”, muito comum nas redes sociais hodiernamente (BRUGGER, 2007).

São várias as legislações que versam acerca da proibição do discurso de ódio, como o Estatuto da Igualdade Racial, lei nº 12.288/2010, além dos inúmeros tratados e convenções assinados e das quais o Brasil é signatário que demonstram o comprometimento com o combate a esse tipo de comportamento, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13, §7º); da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher; e do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (art. 20). Contudo, mesmo diante de legislação e dispositivos em abundância o combate a esse fenômeno se torna complexo principalmente diante da generalização do acesso à internet, da acentuada velocidade de propagação de informações e da possibilidade de anonimato dos agentes agressores (ROTHENBURG; STROPPIA, 2015). O que dificulta ainda mais esse processo é o ônus da prova que recai sobre o indivíduo supostamente prejudicado.

É importante compreender verdadeiramente o sentido negativo da liberdade de expressão, que implica em não interferência do Estado, e na possibilidade de



o sujeito realizar aquilo que deseja. Contudo, em contextos como esse, o papel positivo do Estado exercido sobre esse direito, também se faz imprescindível, sobretudo “para aqueles grupos que, sem a garantia do Estado, não conseguem se expressar no espaço público, porque há um ‘efeito silenciador’ promovido pelo discurso dos grupos dominantes” (ROTHENBURG; STROPPIA, 2015, p. 6).

Tal tema foi debatido no HC 82.424, julgado em 19 de março de 2004, no qual o STF optou pela ilegitimidade do discurso de ódio. O incentivo da discriminação racial através de ideias antissemitas, que fazem apologia à concepção nazista da pretensa inferioridade de determinado povo constitui sim crime, não podendo ser justificado através da alegação da liberdade de expressão, pois isso implicaria em atacar princípios fundamentais do sistema de direito brasileiro, a dignidade humana e a igualdade derivante. “A costumaz desqualificação que o discurso do ódio provoca tende a reduzir a autoridade dessas vítimas nas discussões de que participam, ferindo a finalidade democrática que inspira a liberdade de expressão” (BRANCO; MENDES, 2021, p. 283).

Acerca disso é claro o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no Acórdão HC 82.424 (p. 730):

“[...] os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público”.

Por outro lado, o chamado negacionismo se estabelece a partir do processo de reconhecimento da memória coletiva, que se manifesta de maneira contínua, por exemplo, há uma iniciativa de construção da memória das vítimas do holocausto, que não se baseia apenas em testemunhos orais, mas também a partir dos documentos oficiais que sobreviveram até o momento presente. Nesse sentido, os negacionistas agem de forma a contestar inclusive os fatos amplamente documentados ocorridos na Segunda Guerra, constitui assim “tentativa intolerante e predatória da memória” (NETO, 2009, p. 11), além disso “consiste numa das maiores expressões do antissemitismo da extrema-direita” (NETO, 2009, p. 11).

No Brasil, o mais famoso livro negacionista é de autoria de Siegfried Ellwanger, de 1987, e se chama “Holocausto: judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”, publicado no Rio Grande do Sul. Além de culpar os judeus pelo que havia ocorrido na Segunda Guerra Mundial, nega-se a existência das câmaras de gás e reduz-se o número de mortes. O livro deu origem a uma batalha judicial que se



estendeu até 2003. Assim, a controvérsia se estabeleceu entre os defensores do negacionismo e grupos de defesas dos direitos humanos em conjunto com entidades jurídicas que combatiam o antissemitismo (Movimento de Justiça e Direitos Humanos – MJDH; Movimento Negro; MOPAR) (NETO, 2009).

Sob o pretexto de defesa da liberdade de expressão, a juíza substituta Bernadete Coutinho Friedrich inocentou Ellwanger das acusações das práticas de racismo e antissemitismo. Após a proposição de recurso, mais entidades foram envolvidas na polêmica, ocorrendo a condenação de Ellwanger a dois anos de prisão, tal pena foi revertida à prestação de serviços comunitários por um ano. Quando o caso chega ao Superior Tribunal de Justiça, ele passa a ser conhecido a nível nacional. A acusação contra Ellwanger se pautava pela Lei nº 7.716/89, que vedava a incitação de discriminação em publicações de qualquer natureza. Dado a negação do HC pelo STJ, o caso Ellwanger chega até o STF (NETO, 2009).

O mesmo processo acima citado (Habeas Corpus nº 82.424) tratou da questão da possibilidade de discurso revisionista e negação do holocausto. A defesa, diante do STF, não se contentou com a tentativa de alcançar o direito da liberdade de expressão, mas mudou a estratégia para que Ellwanger fosse condenado por práticas discriminatórias ao invés de racismo, dado que a primeira conduta implica em crime prescritível no período de quatro anos, tempo esse que já ultrapassava o início do processo em questão.

A partir desse argumento, a polêmica a ser analisada pelos ministros foi o conceito de raça e se ele seria capaz de englobar os judeus. Tal entendimento foi negado pelo Ministro Moreira Alves, que votou pela concessão do HC (NETO, 2009), na medida em que não entendeu pela configuração do crime de racismo, portanto imprescritível, mas dos crimes de discriminação ou preconceito, sem que os judeus estivessem abrangidos pelo termo de raça, utilizou para provar seu argumento uma série de autores judeus.

Tal interpretação do Ministro, por mais equivocada que pudesse ser, pelo menos reconheceu que se tratava de crime a conduta praticada de abordagem das mensagens antissemitas, de maneira que incitavam e induziam a discriminação, tendo entendido pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva de tais crimes e por isso, pelo deferimento do HC.

Já o Ministro Maurício Correa, seguido pela maioria dos ministros, considerou que o que era válido para o caso era o discurso discriminatório de Ellwanger, sendo



irrelevante saber se os judeus constituíam uma raça ou não (NETO, 2009), de forma que deveria ser negado a concessão do HC.

Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes cita Kevin Boyle que descreve a necessidade de criminalização do negacionismo (p. 651):

“A preocupação com o tema do antissemitismo levou um grande número de países a criminalizar o chamado discurso revisionista e a aprovar leis contra a negação do holocausto que pode ser detectada desde 1945 [...] as preocupações de que essas leis interferem seriamente com a liberdade de pensamento e de opinião deram trabalho aos promotores das liberdades civis e aos tribunais da Europa. Entretanto, foram as leis mantidas pelos tribunais [...] Atualmente, negar que o holocausto tenha existido pode levar, em alguns países na Europa, a uma condenação criminal, e, diante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não haverá proteção ao direito de liberdade de expressão” (Boyle, Hate Speech, cit., p. 497-499).

Contudo, o que é interessante para a questão da análise da liberdade de expressão e seus limites, é considerar os votos do Ministro Marco Aurélio, que negou as teses discriminatórias do livro e afirmou que Ellwanger apenas expressava uma visão particular do acontecimento, e do Ministro Carlos Britto, quem afirmou que o livro era fruto de pesquisa histórica a partir de uma perspectiva revisionista e que, portanto, estava dentro da legalidade (NETO, 2009).

Logo, mesmo para os Ministros, nem sempre os limites do direito da liberdade de expressão estão tão claros.

Uma coisa é não gostar ou até mesmo discordar do que se leu (como, de fato, não gostei e ainda discordei, em boa parte). **Outra, bem ao contrário, é desqualificar a obra quanto á perspectiva revisionista de seu objeto e quanto à consistência da metodologia empregada na sua elaboração** (caso dos autos). **É que os episódios e personalidades que marcaram a Segunda Grande Guerra comportam mais de uma explicação e toda pessoa é livre para se posicionar nessa ou naquela direção.** A menos que, a pretexto de escrever um livro, em realidade passe a trilhar os aleivosos caminhos do panfleto, da ridicularia ou da pasquinada (sem nenhuma alusão ao criativo e bem humorado jornal brasileiro “O Pasquim”). DO acgincalhe e da prestidigitação intelectual. **Que não é - convistcamente afirmo - o caso da obra que li e reli com o máximo de atenção que me foi possível** (VOTO DO MINISTO CARLOS BRITTO, p. 841).

Mesmo diante de dissidência, o tribunal optou pela condenação de Ellwanger e a proibição da circulação dos livros. Vale ressaltar ainda que o discurso negacionista permeia a sociedade atualmente através de outros métodos, como a utilização de redes sociais, que garantem a essas correntes uma propagação rápida e ampliada das suas ideias.



Consta da ementa do referido julgamento HC 82.424, os entendimentos firmados pelo STF:

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

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

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

Nesse sentido, é possível concluir que a liberdade de expressão no presente caso foi limitada pelos demais princípios da Constituição de 1988, de forma que ao se analisar a interpretação sistemática da norma, foi possível encontrar o “real sentido e alcance da norma”, de maneira que a mera alegação do direito da liberdade de expressão não confere legitimidade a condutas discriminatórias, pois estas não são por aquele abrangidas. Concepção essa que deriva do princípio da dignidade humana, orientador do ordenamento brasileiro.

### 3.1 O FENÔMENO DO SHARENTING

O tema do sharenting surge como problema recente advindo do uso das redes sociais, aqui o que se tem em conflito é por um lado o direito da liberdade de

expressão dos pais (através do direito de livre disposição de suas redes sociais), e por outro lado há o direito à imagem do menor, que não deve ser utilizado de maneira abusiva pelos pais. O “sharenting” ou “oversharenting”, vocábulo que deriva do inglês, remete às palavras “share”, que significa compartilhar, e “parenting”, no sentido de exercer o poder familiar.

Como nesse caso o direito à liberdade de expressão é de um particular contraposta a outro direito também de um particular, trata-se de situação destoante da normalidade do direito à liberdade de expressão contra o Estado (a vedação de censura por exemplo), o que tende a dificultar a regulação desse fenômeno.

“O problema jurídico decorrente do sharenting diz respeito aos dados pessoais das crianças que são inseridos na rede mundial de computadores ao longo dos anos e que permanecem na internet e podem ser acessados muito tempo posteriormente à publicação, tanto pelo titular dos dados (criança à época da divulgação) quanto por terceiros. Essas informações podem causar impactos desde a infância até a vida adulta e, como explica Steinberg, podem expor as crianças a constrangimentos em razão de histórias, fotografias ou comentários divulgados na web que possam ser considerados embaraçosos” (EBERLIN, 2017, p. 255)

Como desdobramento da preservação da integridade moral, segundo a Constituição Federal, art. 5º, inciso 10, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, norma que é reafirmada no Código Civil (arts. 20 e 21).

Como direito subjetivo personalíssimo, portanto imprescritível, a violação do direito à imagem pode ser suscitada mesmo após longo intervalo de tempo, respeitado o limite de anos estabelecido em lei em caso de indenização pecuniária. Devendo-se observar ainda o art. 1.630 do CC, “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”, já que o fenômeno ocorre quando o indivíduo é menor de idade. Acerca disso, prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 17, o direito ao respeito, que consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, o que abrange a proteção da imagem, à luz da orientação constitucional.

Nesse sentido, por ser menor, o indivíduo estaria sujeito ao poder exercido pelos responsáveis, contudo, tal poder familiar é tido como um poder-dever, a autoridade parental, cujo o exercício deve ser orientado de maneira a respeitar os demais princípios da ordem jurídica, sobretudo o melhor interesse da criança e do adolescente (art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados), consagrado a partir do



tratamento prioritário dado pela Constituição a esses indivíduos (art. 227). Assim cabe ao pai a proteção dos direitos dos seus filhos, sendo tais direitos intransmissíveis, não havendo liberdade para violá-los, em benefício próprio.

O abuso no exercício do direito de liberdade dos pais nas suas redes sociais, figura como um ato contrário ao direito conforme os artigos 186 e 187 do CC, tendo a obrigação de reparar o dano causado (art. 927 do mesmo código). De acordo com o enunciado 274, das Jornadas de Direito Civil, “em caso de colisão entre os direitos a personalidade, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”. Neste caso, tem-se em colisão diversos direitos: de autodeterminação familiar, direito ao esquecimento, direito de ser cuidado pelos pais, direito aos dados pessoais e o direito de autodeterminação informativa.

A discussão dos direitos da personalidade na internet tende a ser complexa, pois o pensamento da maioria da sociedade é acreditar que pelo fato de uma foto ser postada em rede social, ela pode ser utilizada livremente, sem necessidade de consultar a pessoa ali exposta. Tal tema foi abordado pelo STF:

“1. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, **a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto**, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. **Desde que ele exista, há o dano moral**, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º,” (RE 215984, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 28-06-2002 PP-00143 EMENT VOL-02075-05 PP-00870 RTJ VOL-00183-03 PP-01096).

Assim, infere-se que segundo o ordenamento não se pode repostar imagens de crianças sem o devido consentimento dos pais e responsáveis. Mesmo quando há publicação feita pelos próprios pais, a noção de consentimento tácito para utilização daquelas imagens é errônea, haveria uma obrigação da sociedade de não expor aquela publicação a riscos, evitando tirar o retrato do contexto em que fora publicado, a fim de vedar situações vexatórias.

Cabe ainda citar jurisprudência a respeito do “sharenting”, apelação cível julgada no TJSP. Na qual, foi decidido:

**DIREITO DE IMAGEM.** POSTAGEM, PELA MÃE, EM REDE SOCIAL, ACERCA DA DOENÇA DE SEU FILHO (AUTISMO). CONTRARIEDADE DO PAI. NÃO CABIMENTO. EMBORA SE DEVA EVITAR A SUPEREXPOSIÇÃO DOS FILHOS EM REDES SOCIAIS, PRIVILEGIANDO A PROTEÇÃO À IMAGEM E À INTIMIDADE DO INCAPAZ, **NECESSÁRIO BALIZAR TAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA GENITORA.** POSTAGEM QUE NÃO OFENDE OU



DESMORALIZA O INFANTE. TEOR DO TEXTO PUBLICADO QUE DEMONSTRA PREOCUPAÇÃO E AFETO COM O MENOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (BRASIL. Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Apelação cível nº 1015089-03.2019.8.26.0577. São Paulo, 13 de julho de 2020).

Por ser um fenômeno recente da sociedade da informação, o “sharenting” é uma lacuna no sistema do direito, não havendo norma específica que o discipline. É necessário que haja consentimento para compartilhar dados pessoais de outro indivíduo, assim na prática, os pais deveriam perguntar às crianças se elas concordam antes da publicação de uma foto. Contudo, uma dificuldade prática se coloca na medida em que os menores sequer tem conhecimento do significado de consentimento nas fases iniciais da infância e ainda menos das consequências.

Logo, há a necessidade da tomada de consciência por parte dos genitores em garantir a dignidade e o respeito à criança, inclusive de protegê-los de discriminação e violência. A exposição desregrada na internet pode representar perigo ao ensejar cyberbullying, roubos de identidade, exploração pornográfica das imagens, além de revelar em alguns casos os locais frequentados pelos menores, como escola e moradia. De modo que o princípio do melhor interesse da criança, previsto pelo ECA e pela Constituição, exerce limite evidente ao suposto direito da liberdade de expressão dos pais no uso de suas redes sociais.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais do que um direito, a liberdade de expressão é um pressuposto para a manutenção da democracia. O que distingue o homem das demais espécies é justamente a capacidade de articular ideias através das palavras: a comunicação. Nesse sentido, essa habilidade sofreu e vive até hoje um processo de evolução que é muito rápido e dinâmico, desde a invenção da escrita, passando pela invenção da imprensa, do telefone, da televisão, até o momento de revolução digital que advém com a internet.

Tem-se como resultado da presente pesquisa a confirmação da hipótese levantada de que os limites ao direito da liberdade de expressão existem e que são definidos de forma direta e indireta pelos princípios legais e constitucionais. No caso do discurso de ódio, o limite se dá pelo princípio da dignidade humana, quanto ao sharenting, temos o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Averiguou-se no decorrer da pesquisa que surgem uma série de dificuldades práticas no limite da liberdade de expressão na medida em que há uma linha tênue





entre a definição do abuso desse direito e a censura. Isso restou claro a partir dos dois casos analisados.

No caso do discurso do ódio, mesmo para um ministro da Suprema Corte, ainda foi possível reconhecer que havia exercício de um direito ao proferir discursos antissemitas, caso do voto vencido já analisado. Como a maioria do Tribunal resolveu entendeu pela ilegitimidade do discurso de ódio, é possível afirmar que mesmo havendo dificuldades práticas a Constituição ainda estabelece poderoso limite ao uso abusivo de um direito.

No caso do sharenting, o que restou claro foi a contraposição de diversos direitos, sendo o centro da problemática o direito à liberdade de expressão. É possível afirmar que se trata de tema que em futuro próximo deva vir a ser analisado pelo STF, de modo que a partir da aplicação principiológica realizada pelos ministros, ter-se-á novos limites definidos ao direito a liberdade de expressão, sendo os pontos trazidos nesta pesquisa, apenas alguns daqueles que podem vir a ser abordados em debate pela Suprema Corte.

A importância do estudo do direito da liberdade de expressão e seus limites se faz presente na medida em que as redes sociais hodiernamente deixaram de ser mero instrumento de lazer, para se tornar poderosa fonte de informação, no contexto de pandemia, são as redes sociais os nossos espaços de debate público.

Exemplo desse nível de integração social, é o fato de os Ministros, Presidentes e políticos terem perfis no *Twitter* e contas no *Instagram*. Contudo, tal cenário gera além de benefícios, uma série de problemáticas, como por exemplo, os poderes que passam ter os agentes privados ao exercerem o controle de conteúdo em seus aplicativos, dado a influência que isso pode gerar no debate público e, portanto, no exercício pleno de um direito garantido constitucionalmente.

São debates como esses que permeiam as instâncias do judiciário e que demonstram a necessidade de reinvenção do direito diante da velocidade de mudança da realidade fática. A liberdade de expressão tem seu caráter dilatado, ao mesmo tempo que é preciso sempre ressaltar que ela não pode ser invocada de maneira a se autodestruir. Essa é a estratégia utilizada pelos grupos extremistas que se utilizam das redes sociais para promover discursos de ódio, através da propagação de notícias falsas.

Dessarte, argumenta-se que o abuso da expressão situa a conduta fora do alcance da livre manifestação, não recebendo a proteção dessa garantia constitucional. A capacidade maximizada e a facilidade de comunicação na sociedade de



informações permitem uma ampliação do direito da liberdade de expressão, pois cada minuto e ato do cotidiano passa a poder ser registrado para a posteridade em alcance amplo. Cabe ao direito analisar essa realidade fática e tentar regulá-la da melhor maneira possível, a fim de que a resolução de conflito se pautar sempre pelos valores de igualdade e liberdade, e não através da violência.

Nesse sentido, o aplicador de direito, sobretudo os tribunais nacionais mais elevados recebem uma atenção maior quanto à forma de interpretação desses direitos, que deve se pautar pelos valores protegidos pelo ordenamento, sendo a liberdade de expressão, intrinsecamente relacionada à dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ACIOLI, Bruno de Lima; JÚNIOR, Marcos Augusto. Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. *Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília*, v. 7, nº 3, 2017 p. 383-410.

BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e Futuro da Constituição. *Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM*. V.14, n.2/2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2021.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Trad. Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. *Revista de Direito Público*, v. 15 n. 117, jan./mar. 2007.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul./set. 2013. p. 3. Disponível em: <http://civilistica.com/control-temporal-dedados-o-direito-ao-esquecimento/>. Acesso em: 16 maio de 2021.

CHUEIRI, Vera Karam de. MACEDO, José Arthur Castilho de. Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada. *Sequência (Florianópolis)*, n.80, p.123-150, dez. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores



de aplicação no cenário jurídico brasileiro. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 255-273

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

NETO, Odilon Caldeira. Memória e Justiça: o negacionismo e a falsificação da história. *Antíteses*, vol. 2, n.4, jul.-dez. de 2009, pp. 1097-1123.

ROTHERBURG, Walter C; STROPPIA, Tatiana. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio: O conflito discursivo nas redes sociais. *Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede*. 27 a 29 de maio de 2015 – Santa Maria/ RS.

SILVA, Rosane Leal da et al . Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, Dec. 2011. p.445-468.

VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*, Boulder, v. 14, n. 2, p. 317, 2016. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.Constituição\\_m?abstract\\_id=2800742](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.Constituição_m?abstract_id=2800742). Acesso em: 19 de maio de 2021.