

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ**  
**INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**AMANDA WALÉRIA DE LIMA FREITAS**

**O Limite entre a Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio na  
Jurisprudência Nacional**

Marabá - PA

2018

**AMANDA WALÉRIA DE LIMA FREITAS**

**O Limite entre a Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio na  
Jurisprudência Nacional**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Micheli Pereira de Melo

Marabá - PA

2018

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**  
**Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares**

---

Freitas, Amanda Waléria de Lima

O limite entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio na jurisprudência nacional / Amanda Waléria de Lima Freitas ; orientadora, Micheli Pereira de Melo. — Marabá : [s. n.], 2018.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2018.

1. Liberdade de expressão - Direitos fundamentais - Brasil. 2. Crime contra a honra. 3. Discurso de ódio. 4. Discriminação. I. Melo, Micheli Pereira de, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

---

CDDir: 4. ed.: 341.272

Elaborada por Miriam Alves de Oliveira – CRB-2/583

**AMANDA WALÉRIA DE LIMA FREITAS**

**O Limite entre a Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio na  
Jurisprudência Nacional**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Micheli Pereira de Melo (Orientadora)

---

Prof. Dr. Jorge Luis Ribeiro Dos Santos

Marabá - PA

2018

## **DEDICATÓRIA**

Dedico o presente trabalho às minorias marginalizadas e inferiorizadas pelo sistema de segregação e violência que insiste em se fazer presente em nossa sociedade. A vocês, mulheres, negros, LGBT's, pessoas com deficiência, o meu respeito, admiração e apoio. A vossa luta também é a minha!

Dedico também aos meus pais, que sempre apostaram em mim e acreditaram no poder transformador da educação.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a minha mãe, meu exemplo de força e determinação, por nunca desistir de mim, por sempre me escolher e acreditar. Obrigada por ser meu alicerce, minha melhor amiga, meu amor mais puro, minha heroína.

Ao meu pai, por todo apoio e ensinamentos ao longo de minha vida. Por se fazer presente e me ajudar a chegar até aqui. Certamente o caminho foi menos doloroso com sua presença. Obrigada por ser meu incentivador. Aos meus irmãos Júnior e Cristiano, por serem verdadeiros amigos e confidentes, a vida foi generosa comigo nos colocando no mesmo caminho.

Aos meus amigos que, sorte a minha, são muitos, agradeço por todos os momentos em que me ouviram, me aconselharam, ajudaram e incentivaram a crescer. De maneira especial, agradeço a Camille Abreu, minha amiga desde que aprendi a reconhecer a amizade, por todos os momentos de lealdade e amor. Aos amigos de universidade e vida Rodrigo, Adrienne, Maísa, Carol e Alex, por tornar a jornada mais leve e por toda ajuda ao longo desses quase seis anos juntos. Ao amigo Breno Dutra, por sempre me proporcionar momentos de alegria e apoio. Aos meus amigos Felipe, Bruno, Leonardo, Renan, Angilberto, Lariza, Naiade, Talita, Augusto Wesley, Nazildo, Carine, Gustavo e Lucas, por serem sempre motivo de risadas e termos as melhores histórias pra contar.

A minha namorada Polyana Gurjão, pelo cuidado, por me incentivar a ser melhor a cada dia, por acreditar em mim mais do que eu mesma, por estar comigo nos dias de alegria e também nos dias escuros, por jamais subestimar os meus sonhos, por ser amiga, companheira, pelo calor do melhor abraço e conforto da voz mais doce.

Por fim, agradeço a todos os colegas de turma e professores da UNIFESSPA, em especial a minha orientadora Prof. Dra. Micheli Pereira de Melo, por aceitar o desafio em me orientar, pela paciência, ensinamentos e suporte para a conclusão deste TCC.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela justiça.”

**Eduardo J. Couture**

## RESUMO

A liberdade de expressão, uma das bases de uma sociedade democrática, ganhou destaque e status de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro através da nossa atual Constituição Federal. Juntamente com o direito de se expressar livremente, surge, em outro extremo, o discurso de ódio, cujas características incluem, dentre outras, a inferiorização e discriminação de grupos e minorias, ocorrendo assim, a violação de outro direito fundamental: a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o presente trabalho analisa de forma crítica a maneira como a jurisprudência internacional soluciona esse conflito de direitos fundamentais e, principalmente, a maneira como os Tribunais Superiores Brasileiros têm julgado tal conflito, a fim de estabelecer qual desses direitos prevalece no processo de ponderação de direitos fundamentais, especialmente no âmbito nacional.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Dignidade da pessoa humana. Igualdade. Ponderação de princípios.

## **ABSTRACT**

Freedom of speech, one of the foundations of a democratic society, has lately been on the spotlight and gained the status of fundamental right on the Brazilian legal system by the current federal constitution. Along with the freedom of speech, arises, at the other end, the hate speech which characteristics are, among others, the inferiorization and discrimination of minorities and specific groups of the society, which leads to the violation of another fundamental right: the right of human dignity. In this sense, the present work analyzes in a critical way how the international jurisprudence solves the conflict of fundamental rights and, most importantly, how the Brazilian superior courts have been judging such conflict, in order to settle which right prevails in the weighting process of fundamental rights at the national sphere.

Key-words: Freedom of speech. Hate speech. Human dignity. Equality. Weighting of principles.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONFLITOS.....</b>	<b>14</b>
1.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
1.2 CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
1.3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO.....	22
<b>2. CASOS JULGADOS NO DIREITO COMPARADO.....</b>	<b>25</b>
2.1 JULGADOS NOS EUA.....	25
2.2 JULGADOS NA ALEMANHA .....	30
2.3 A CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS E O TRATAMENTO DADO AO DISCURSO DE ÓDIO.....	32
2.4 O DISCURSO DE ÓDIO NO CONTEXTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	37
<b>3. O BRASIL E O LIMITE ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO.....</b>	<b>40</b>
3.1 O CASO ELLWANGER.....	40
3.2 O DISCURSO DE ÓDIO SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS.....	42
<b>3.2.1 Habeas Corpus 109.676 – Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>42</b>
<b>3.2.2 Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303 – Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>43</b>
<b>3.2.3 Recurso Especial nº 1.580.395 – Superior Tribunal de Justiça.....</b>	<b>45</b>
<b>3.2.4 Recurso Especial Nº 1.569.850 – Superior Tribunal de Justiça.....</b>	<b>47</b>
3.4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO TRATAMENTO DADO AO DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL.....	48
<b>4. CONCLUSÃO.....</b>	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar e discutir um conflito de direitos fundamentais de relevante importância em nosso ordenamento jurídico, qual seja: a liberdade de expressão vs. a dignidade da pessoa humana e a igualdade, quando aquela, revestida de excessos, passa a caracterizar discurso de ódio.

A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, carrega sobre si as bases de uma sociedade democrática, onde a pluralidade de pensamentos e opiniões se faz presente, enriquecendo o debate e alimentando nos indivíduos, a busca pela tolerância, aceitação e espaço. Tratada em nossa Carta Magna de 1988 com merecido destaque, a liberdade de expressão, após o fim do regime militar no Brasil, trouxe de volta às pessoas o direito de se expressar livremente, sem censura prévia.

Ocorre que a manifestação de pensamento, apesar de imprescindível para a democracia, não é absoluta, pois manifestar uma opinião não concede a outrem o direito de ofender. Assim, surge o debate acerca do discurso de ódio, entendido como a manifestação de pensamento discriminatório e preconceituoso contra uma coletividade de indivíduos que compõe grupos de minorias, com o intuito de inferiorizar, estigmatizar, incitar o ódio ou até mesmo a violência. Nos casos em que há a externalização do discurso de ódio temos uma clara agressão a outros direitos fundamentais, sendo eles a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Dessa maneira, cabe ao Judiciário, através do mecanismo da ponderação, analisar no caso concreto qual desses direitos fundamentais deve prevalecer sobre o outro.

Nesse sentido, o **problema** da presente monografia consiste em analisar, através de julgados no direito comparado, tanto no contexto Norte Americano quanto no contexto Europeu, bem como em suas cortes internacionais e, principalmente, no contexto brasileiro, em nossos Tribunais Superiores, a maneira como o Judiciário tem se posicionado em relação a limitação da liberdade de expressão (quando esta se apresenta sob a forma de discurso de ódio). Assim, o questionamento principal é: como os tribunais brasileiros vem se posicionando no conflito entre liberdade de expressão e discurso de ódio? Qual valor tem prevalecido: liberdade de expressão ou dignidade humana?

A **hipótese** é de que, muito embora o Judiciário brasileiro já tenha reconhecido a existência do discurso de ódio e demonstrado empenho em combater

o mesmo, isso só vem a ocorrer nos casos em que a manifestação do pensamento agressor esteja tipificado em nossa legislação como crime, a exemplo dos crimes previstos na Lei 7.716/1989 (que trata dos crimes decorrentes de preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional), deixando de lado a configuração de discurso de ódio contra outras minorias e grupos não menos importantes, como as mulheres, a comunidade LGBT, as pessoas com deficiência, etc.

Dessa maneira, o **objetivo geral** do presente trabalho é analisar a maneira como os Tribunais Superiores Brasileiros têm julgado os casos em que a liberdade de expressão entra em conflito com a dignidade da pessoa humana, caracterizando como discurso de ódio e, ao final, avaliar a efetividade das medidas que vêm sendo adotadas.

A **metodologia** utilizada foi pesquisa bibliográfica, tanto no direito comparado, quanto no direito nacional, assim como análise jurisprudencial.

A **justificativa** se encontra na necessidade de reconhecimento do discurso de ódio enquanto um problema social que deve ser combatido, uma vez que é um mecanismo de propagação de preconceito, disseminação do ódio e violência, além de certamente caracterizar um obstáculo na busca por uma sociedade verdadeiramente igualitária e democrática.

Assim, visando uma análise efetiva do tema, o presente trabalho se apresenta da seguinte maneira: no primeiro capítulo é feito um apanhado histórico acerca da evolução dos direitos fundamentais nas constituições do mundo até serem positivados e reconhecidos no âmbito do constitucionalismo brasileiro, especialmente a partir da Constituição da República de 1988. Também é abordado o conflito entre esses direitos fundamentais e a conceituação dos termos “liberdade de expressão” e “discurso de ódio”, a fim de tornar a discussão mais compreensível.

No segundo capítulo é feita uma análise jurisprudencial a partir do direito comparado, buscando-se entender como os EUA e os países da Europa, bem como suas respectivas cortes internacionais de direitos humanos, julgam os casos envolvendo o discurso de ódio (e o tratamento que dão ao direito fundamental de liberdade de expressão).

Por fim, no terceiro capítulo preocupou-se em analisar a maneira como os tribunais superiores brasileiros têm julgado esses casos envolvendo o discurso de ódio, com uma breve análise do Caso Ellwanger e posteriormente de casos recentes que chegaram ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal

Federal, a fim de entender a atenção dispensada a esse debate e se o discurso de ódio é de fato reconhecido sob todas as suas faces.

## **CAPÍTULO 1: DIREITOS FUNDAMENTAIS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONFLITOS**

### **1.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

É inegável a importância e relevância que os Direitos Fundamentais possuem no ordenamento jurídico moderno, sendo importante levar em consideração que o seu surgimento é anterior a ideia de constitucionalismo. Neste sentido, Alexandre de Moraes (2011, p.2-3):

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. [...] Assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.

A primeira positivação dos direitos fundamentais é selada com a promulgação da Declaração de Direitos de Virgínia em 12 de junho de 1776, criada no curso da luta dos colonos da América por independência em relação à Inglaterra que, já em seu primeiro artigo, reconhecia que todos os homens eram igualmente livres e independentes, detentores dos mesmos direitos naturais, dos quais não poderiam ser privados em hipótese alguma. Tais direitos naturais incluíam o direito à vida, à liberdade, a propriedade privada, a busca por segurança e também pela felicidade. No mesmo ano aconteceram a Revolução Americana e elaboração da Declaração de Independência dos EUA (CARVELLI; SCHOLL, 2011).

A Declaração de Direitos de Virgínia objetivava a positivação de direitos naturais, inerentes a cada indivíduo. Essa constitucionalização possuía elevado valor dogmático para a sociedade estadunidense (CARVELLI; SCHOLL, 2011). Os norte-americanos se tornaram, nesse momento, dotados de direitos individuais os quais, posteriormente, influenciariam diretamente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), documento proveniente da Revolução Francesa, a qual deu valor concreto aos direitos fundamentais.

Em julho de 1776, foi elaborada por Thomas Jefferson, Benjamin Franklin e John Adams a Declaração de Independência dos EUA, documento de resistência à

coroa britânica.

Em 1787 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos da América, a qual estabelecia um governo baseado no federalismo e colocava em prática a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos<sup>1</sup>.

A constitucionalização então era necessária para colocar em prática o modelo de governo idealizado nos EUA e teve sua base filosófica em Locke, cujo pensamento se baseia em um pacto social por meio do qual os membros da sociedade estabelecem os limites legais de acordo com seus interesses, ou seja, a constituição era a materialização desse pacto, considerada lei suprema, a qual posteriormente levaria à criação do controle de constitucionalidade das leis com ela incompatíveis, a fim de proteger os direitos fundamentais e outros preceitos constitucionais. (CARVELLI; SCHOLL, op. cit)

Finalmente, no ano de 1787, foi promulgada a Constituição norte-americana<sup>2</sup>. Importante destacar que a Carta Magna estadunidense dispõe de apenas sete artigos, os quais foram emendados vinte e sete vezes durante um período de dois anos, dando origem ao *Bill Of Rights* do direito norte-americano, também conhecido como a Declaração de Direitos Fundamentais. (CARVELLI; SCHOLL, op. cit)

Em sua primeira emenda, a Declaração trata de direitos importantíssimos, que justificam diversos aspectos sociais do país nos dias atuais. A garantia do estado laico e a liberdade religiosa, a liberdade de expressão e de imprensa, o direito de reunião e reivindicação de ações do Governo. Tais direitos, como fora dito, justificam aspectos da sociedade atual, como a diversidade religiosa, a disseminação de discursos de natureza diversa, e as frequentes manifestações de cunho político, etc. (BILL OF RIGHTS, 1791).

---

<sup>1</sup> “Atos gerais editados pelo poder legislativo e atos especiais pelo poder executivo, para o cumprimento daqueles, poder de veto do Presidente, nomeação de juizes da Suprema Corte etc.” (PEREIRA, 2002)

<sup>2</sup> Importante registrar que a Constituição dos EUA foi grande influenciadora do constitucionalismo brasileiro, senão vejamos: “Após a Proclamação da República através do Decreto n. 1 de 15 de novembro de 1889, tornou-se imperativo obrar uma nova constituição, pois a antiga não coadunava com os ideais republicanos. De fato, a nova Constituição foi aprovada em 24 de fevereiro de 1891, tendo como principal artífice Ruy Barbosa, notório intelectual da época, o qual confeccionou o projeto, profundamente influenciado pela Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Ele era um entusiasta do constitucionalismo norte americano e, em função disso, a primeira Lei Republicana do Brasil acabou muito parecida com a Constituição dos Estados Unidos da América. Além desta influência, algumas lacunas foram preenchidas tendo por base as constituições da Argentina e da Suíça”. (MENDONÇA & VLACH, 2006, p. 8).

A segunda emenda também é de importante destaque, tendo em vista que garante a todos os cidadãos norte-americanos o direito de possuir e portar armas de fogo (BILL OF RIGHTS, op. cit). Nesse sentido, não é surpresa a quantidade elevada de homicídios e ataques a escolas, bares, casas noturnas e demais estabelecimentos pelo país, tais como: o ataque feito por um estudante sul-coreano no Instituto Politécnico da Virgínia, no ano de 2007, que vitimou 32 pessoas incluindo estudantes e funcionários que estavam no local; o ataque na Universidade de Santa Mônica, na Califórnia, no ano de 2013, onde um homem disparou contra a instituição matando cinco crianças, ferindo outras trinta e cometendo suicídio em seguida; tiroteio o no GLHF Game Bar, na Flórida, no ano de 2018, durante um campeonato de videogame, onde quatro pessoas morreram e outras 11 ficaram feridas, dentre outros casos que frequentemente surgem no noticiário mundial. (ROCHA, 2018)

As demais emendas, não menos importantes, tratam de direitos fundamentais como a privacidade, direito a defesa e a um julgamento justo, fiança, inviolabilidade do domicílio, entre outros (BILL OF RIGHTS, op. cit). Observe-se que apesar de antiga, a Constituição norte-americana possui um caráter de adaptabilidade que lhe mantém atualizada até os presentes dias, tendo em vista os seus poucos artigos.

O constitucionalismo norte-americano influenciou, como citado anteriormente, a revolução liberal francesa, de 1789, porém, diferentemente dos EUA, a constitucionalização da França teve sua raiz filosófica baseada em Rousseau, e não em Locke. No contexto francês concebia-se que a Assembleia Legislativa, formada por representantes do povo, exerciam todos os poderes decorrentes da soberania popular. Dessa maneira, a lei era considerada justa, uma vez que era feita pelo povo, para o próprio povo, tornando inviável qualquer controle judicial legal. (MELO, 2017).

A Revolução Francesa representou um marco na consolidação das ideias liberais e no desenvolvimento dos direitos, através de uma luta para superar o feudalismo e o autoritarismo monárquico, que influenciou não só o continente europeu, mas todo o mundo. A Assembleia Nacional Constituinte promulgou, no ano de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento este que

demonstrava as vantagens de um Estado liberal democrático e que influenciou, inclusive, a colônia Brasileira, no caso da Conjuração Baiana<sup>3</sup>.

Em decorrência do contexto histórico<sup>4</sup> em que se encontrava a França no final do século XVIII, foram implantados os direitos individuais, tais como:

[...] o direito à liberdade, o direito à igualdade, o direito à igualdade social (exceções poderiam estar fundamentadas no bem-comum), o direito à propriedade, o direito à segurança, o direito de resistência à opressão, o direito à liberdade de ação dentro dos limites da lei, os direitos justiciais clássicos, o direito à liberdade de opinião, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de imprensa e o direito à liberdade de religião. (CARVELLI; SCHOLL, 2011)

A Declaração Francesa dá destaque à busca pelo respeito à pessoa humana, a defesa do direito à liberdade, o tratamento judicialmente igualitário, o direito à propriedade como sendo um direito inerente ao ser humano, direito à resistência política, e a liberdade de opinião e pensamento. (ABRÃO, 2004)

A Constituição Francesa, promulgada em 1791, continha em seu corpo uma Declaração que completava o sentido da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A derradeira reconhecia, mesmo que de maneira tímida, os direitos humanos sociais, os quais seriam positivados na Constituição vindoura. Reconhece os direitos civis e naturais, a igualdade de maneira ampliada<sup>5</sup>, a liberdade de expressão (vedando a censura prévia), liberdade de circulação, de imprensa, de culto, a liberdade de reunião e também o direito de petição. (COMPARATO, 2005)

A liberdade religiosa também foi consolidada na Constituição Francesa de 1791, deixando a Igreja Católica fora das decisões políticas do Estado francês e estabelecendo a laicidade. O Estado era soberano e dividido em apenas três poderes, executivo, legislativo e judiciário, como difundido por Montesquieu. (COMPARATO, 2005)

Em suma, os direitos fundamentais individuais são consolidados nos dois momentos explicitados até aqui e são frutos da necessidade do ser humano de

---

<sup>3</sup> Os ideais iluministas de Liberdade, igualdade e fraternidade entoados no contexto da Revolução Francesa influenciaram a eclosão da Conjuração Baiana, onde os colonos brasileiros (soldados, alfaiates e também escravos) lutavam por igualdade de direitos, por um comércio livre e pelo fim da escravidão. (FONSECA, 2013)

<sup>4</sup> Ao final do século XVIII a monarquia francesa encontrava-se sob os domínios absolutistas do rei Luís XVI, vivia a transição do sistema agrário para a industrialização, contava com uma burguesia em ascensão que buscava espaço na política e uma sociedade camponesa que almejava o fim do sistema feudal. (COGGIOLA, 2013)

questionar o contexto em que estão inseridos e lutar contra os possíveis exageros cometidos por parte de um Estado opressor.

Na Alemanha, a promulgação da Constituição da República (Constituição de Weimar) aconteceu no ano de 1919, após o fim da primeira guerra mundial e da assinatura do Tratado de Versalhes, o qual puniu a Alemanha pela derrota na grande guerra e causou na sociedade daquele país um sentimento de revolta que, posteriormente, viria a desencadear a Segunda Guerra Mundial.

Tal constituição viria a proteger os direitos sociais, colocando-os como responsabilidade estatal e, como a sociedade alemã encontrava-se dividida em grupos de interesses distintos, a proteção de tais direitos significaria a possibilidade de mudança no cenário político-social vigente na época, o que causou desconforto em boa parte da sociedade. Ressalta-se que, apesar da intenção igualitária da Constituição, o autoritarismo que, naquele período, se tornava cada vez maior, impediu a implantação de qualquer política de igualdade presente na Constituição de Weimar. (AUAD, 2008)

É nesse contexto que surgem os governos ditatoriais que desencadearam a segunda guerra mundial: O nazismo alemão e o fascismo Italiano. Durante a segunda grande guerra (1939-1945), os direitos conquistados ao longo de séculos e positivados na Alemanha através da breve vigência da Constituição de Weimar foram esquecidos. Além dos milhões de combatentes de guerra mortos durante o período, o Nazi-fascismo causou a morte de milhões de judeus, negros, homossexuais. (AUAD, 2008)

Importante destacar que as atrocidades cometidas na Alemanha no contexto da Segunda Guerra Mundial eram respaldadas pela legislação vigente no Estado ditatorial nazista, através da edição de normas que proibiam o casamento de alemães com judeus, impossibilitavam essas pessoas de conseguir trabalho, ter acesso à saúde, criminalizavam a homossexualidade, dentre outros claros retrocessos. (PRATES, 2018). Nesse sentido, observa-se que todas as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial eram, *a priori*, legais, pois estavam de acordo com a ideologia liberal-positivista que dominava na época.

No Brasil, durante a Segunda Guerra, vivíamos o autoritarismo da Era Vargas, o qual adotou uma postura contraditória por combater a ditadura nazista durante a guerra e, internamente, diminuir consideravelmente a participação política do povo, bem como dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos entes federativos. A Era

Vargas teve seu fim em 1945 e no ano seguinte foi promulgada a Constituição de 1946, denominada como democrática por ter sido elaborada por uma Assembleia Constituinte eleita pelo povo. Nesse sentido, Silva assevera que (2011, p. 10): “Se a centralização e o espírito unitarista foram a tônica do Governo Vargas, a partir de 1946 buscou-se um reencontro com os valores federalistas de 1891.”

No ano de 1964 o Brasil sofreu um novo golpe à democracia através da Ditadura Militar, que perdurou por mais de 20 anos e, ao fim do tenebroso período, o país passou por um processo de redemocratização que deu origem a Constituição de 1988. Tal Carta inova ao trazer os Direitos Fundamentais antes da organização do Estado. Nesse sentido:

“Esta singela inversão em relação às Constituições anteriores, trazendo para o início do texto constitucional princípios como a cidadania (art. 1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a igualdade (art. 5º), denota o espírito da Constituição: uma Constituição cidadã, que eleva o homem ao centro de sua preocupação, procurando pagar uma dívida histórica com os miseráveis, com os excluídos, com os sem voz nem vez.” (Silva, 2011, p. 16)

Apesar de no Brasil já existir uma Tribunal Supremo (que analisa a constitucionalidade das leis) desde a República Velha e inúmeras Constituições em que se previam direitos fundamentais, essas Constituições eram vistas como meros documentos políticos, o que se modificou a partir da redemocratização do país, com o fim do Golpe Militar<sup>6</sup>. (SILVA, 2011)

A Constituição de 1988 é generosa na consagração de direitos e, além de dar destaque aos direitos fundamentais, como explicitado anteriormente, transforma os direitos fundamentais em cláusulas pétreas e amplia os mecanismos de controle de constitucionalidade, como expõe Simon Costa e Silva (2011, p. 17):

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, a despeito da coexistência do controle difuso no caso concreto e do concentrado em face da lei ou ato normativo em tese, houve uma acentuação da feição objetiva do controle de constitucionalidade em que a parte mais visível deste movimento foi a ampliação do rol de legitimados a ajuizarem a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103).

---

<sup>6</sup> Com a promulgação da Constituição da República de 1988, os direitos fundamentais deixaram de ser documentos meramente políticos e ganharam posição de destaque com a nova Carta Magna, sendo positivados ao longo do extenso e importantíssimo Artigo 5º da mesma, e sendo valorizados posto que a atual constituição surgiu como meio de trazer para a sociedade brasileira a democracia que fora esquecida durante o período do regime militar.

Feito esse apanhado histórico sobre os direitos fundamentais, no tópico seguinte abordaremos mais a fundo os direitos fundamentais consolidados em nossa Constituição, suas características e os conflitos que podem existir entre eles, tendo em vista a posição de igualdade hierárquica que tais direitos possuem dentro de nosso ordenamento jurídico.

## 1.2 CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme já demonstrado, a positivação dos Direitos Fundamentais ocorreu através de um longo processo evolutivo até que chegassem ao que são hoje: direitos que visam garantir, principalmente, a dignidade humana aos cidadãos.

Neste sentido:

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Não basta qualquer positivação. É necessário assimilar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 377).

Assim, entende-se que as normas de Direito Fundamental possuem hoje um status de norma constitucional, não havendo uma hierarquia entre tais direitos. Significa dizer, portanto, que por possuírem o mesmo grau de relevância no ordenamento jurídico, os direitos fundamentais, por vezes, podem encontrar-se em situação de conflito.

A grande problemática do presente trabalho é justamente esse tipo de conflito entre direitos fundamentais, tendo em vista que a resolução dos mesmos é uma tarefa complexa.

Ronald Dworkin, em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, faz distinção entre regras e princípios, a fim de estabelecer qual a melhor maneira de se enfrentar os problemas decorrentes das lacunas que surgem no direito.

Para o autor, a distinção é lógica. Regras devem seguir um modelo de “tudo ou nada”, como é o caso das leis. Se o agente comete um fato tipificado como crime, sobre ele recairão as sanções legais previstas naquele dispositivo legal. Se o agente não o comete, não há que se falar em punição. Dessa maneira, duas regras com as mesmas hipóteses e punições distintas não podem ser válidas, havendo que se excluir uma delas, pois, sendo regras, não existe o poder de escolha por parte do

jugador. (DWORKIN, 1999, p. 27)

Os princípios, por sua vez, constituem fortes argumentos para definir o sentido de alguma decisão. Sendo, portanto, uma exigência de justiça, igualdade ou alguma outra dimensão do campo moral. Ocorre que, diferentemente das regras, os princípios podem disputar o mesmo espaço, ou seja, podem concorrer entre si, sem que haja a necessidade de exclusão de um deles. (DWORKIN, 1999, p. 26).

Em *O Império do Direito* (1999), Dworkin afirma que o direito é interpretativo e que o processo de interpretação deve acomodar todos os princípios que estão em conflito, não podendo negá-los, pois acarretaria numa interpretação não plausível. Será necessário, no entanto, ponderar esses princípios e fazer uma escolha, a depender do caso concreto, a qual deverá refletir a melhor interpretação acerca da situação em questão. (Dworkin, 1999, p. 322)

Ainda nesse sentido, Ronald Dworkin:

O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial. Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros. Ressalto a terceira concepção, do direito como integridade, que compreende a doutrina e a jurisdição. Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar. (1999, p. 488)

Portanto, entendemos que, para Dworkin, o Direito não pode ser descrito, mas interpretado. Em uma situação de conflito de princípios, estes devem ser ponderados e interpretados segundo o caso concreto, a fim de que seja escolhido aquele que melhor reflita o objetivo da decisão do juiz, qual seja: a justiça e a igualdade.

Ainda sobre a colisão entre direitos fundamentais, Luis Roberto Barroso (2004, p. 4):

Com as mesmas características normativas dos princípios - na verdade, como uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana - colocam-se boa parte dos *direitus jimdallelltais*, cuja proteção foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos. Princípios e direitos previstos na Constituição entram muitas vezes em linha de colisão, por abrigarem valores contrapostos e igualmente relevantes. como por exemplo:

livre iniciativa e proteção do consumidor, direito de propriedade e função social da propriedade, segurança pública e liberdades individuais, direitos da personalidade e liberdade de expressão. O que caracteriza esse tipo de situação jurídica é a ausência de uma solução em tese para o conflito. Fornecida abstratamente pelas normas aplicáveis.

Assim, foco do presente trabalho é o conflito entre dois importantíssimos direitos fundamentais: a liberdade de expressão (pilar do Estado democrático) e a dignidade humana (ameaçada pela propagação de discursos ofensivos, chamados de Discurso de ódio). Abordaremos com mais profundidade os aspectos de ambos no tópico seguinte.

### 1.3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO

Como abordado anteriormente, temos que a Constituição de 1988 tem como objetivo a manutenção do estado democrático de direito e, nesse sentido, traz a dignidade da pessoa humana como um de seus principais pilares. Assim, temos a liberdade de expressão como um direito fundamental imprescindível ao exercício da democracia e, do lado oposto, os chamados discursos de ódio, sendo uma ameaça à dignidade humana e, conseqüentemente, ao estado democrático de direito.

Temos então, um conflito de direitos fundamentais que nos leva a questionamentos profundos, fazendo com que, na tentativa de resolver ou, ao menos, amenizar esse conflito, seja necessário analisarmos, a priori, alguns conceitos importantes, como democracia, liberdade de expressão e discurso de ódio para, posteriormente, levarmos a discussão para os casos concretos.

Nesse sentido, a democracia pode ser definida, genericamente, como o modo de governo baseado na soberania popular, mas, seu conceito é bem mais profundo, estando atrelado ao direito individual de sermos tratados com igualdade dentro de nossas particularidades, de exercermos nossas pluralidades dentro de um contexto de diálogo, onde a exclusão não possui espaço. (PRATES, 2018)

Prates (2018), citando Habermas, define que uma soberania popular verdadeira deve se basear no que chama de “liberdade comunicativa”, ou seja, tal liberdade está relacionada na capacidade dos cidadãos de chegar a ideais comuns através de discussões de temas e argumentos motivados por discussões democráticas, onde todos tenham voz.

Assim, trazendo o conceito para o objeto deste trabalho, vale ressaltar que a democracia está intimamente relacionada com o direito fundamental de liberdade de expressão, posto que a manifestação do pensamento e de suas opiniões são garantias imprescindíveis para a conservação de um Estado Democrático de Direito. Muito além de uma forma de governo, a democracia está relacionada com a força argumentativa de uma sociedade. (PRATES, op. cit)

A liberdade de expressão, como já dito, é o direito fundamental de expressar sua opinião sem sofrer qualquer tipo de censura prévia, a fim de construir um contexto de diálogos que visam garantir a pluralidade da sociedade. Vale ressaltar que, embora seja um direito fundamental, assim como os outros protegidos pela Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, sendo certo que, mesmo não havendo uma censura prévia, existe a possibilidade de limitar este direito, em detrimento de direitos fundamentais de outrem, pautado em parâmetros de proporcionalidade e legalidade. Assim, ainda segundo Prates:

“[...] podemos tudo “dizer”, mas seremos também responsabilizados por tudo que “dissermos”. Ou seja, a liberdade de expressão, por mais ampla que deva ser, não significa [...] a edificação de territórios imunes ou além do direito e da história, haja vista que a mesma não deve ser lida isoladamente, como se estivesse em um plano superior aos próprios ordenamentos constitucionais e aos compromissos internacionais (PRATES, 2017, p. 109).”

Observa-se que a limitação de um direito fundamental como a liberdade de expressão, por exemplo, é legítima quando a mesma passa a ofender direitos fundamentais de outrem e transforma-se no que chamamos de discurso de ódio. Este, por sua vez, como escreve Pablo Salvador Cordech, citado por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 97), têm a intenção de:

“[...] perpetrar a marginalização ou subordinação das pessoas pertencentes ao grupo explorado, mediante o desprezo, ou inclusive o insulto [...]; sobretudo quando, na maior parte dos casos, se trata de traços pessoais que a pessoa afetada não pode trocar por sua própria vontade – a cor de sua pele ou seu sexo [...]

Os discursos de ódio são um mecanismo para inferiorizar minorias historicamente já inferiorizadas, utilizado por indivíduos que, na justificativa de

estarem gozando de seu direito de se expressar livremente, ofendem, agridem e atacam grupos específicos através da reprodução desses discursos.

Daniel Sarmiento (2006, p. 2) define o discurso de ódio como extensão da liberdade de expressão, caracterizado por manifestar pensamentos de propagação do ódio e intolerância, contra grupos específicos e inferiorizados. Nesse sentido, veja-se:

[..] um dos temas ligados à fixação de limites à liberdade de expressão: o relacionado à proteção, ou não, de manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores – tema que, no Direito Comparado, é normalmente estudado sob o rótulo de *“hate speech”*.

É importante destacar que o discurso de ódio não é só aquele que incentiva a prática de violência contra determinados grupos, mas também aquele que, de forma silenciosa e não menos danosa, afeta não só o físico, mas o psicológico das pessoas que são alvos das agressões. O discurso de ódio é perigoso, visto que alimenta a discriminação dos grupos citados, sujeitando-os a situações de desconforto, medo, opressão e, principalmente, violando seu direito fundamental a uma vida digna e tratamento igualitário. (SARMENTO, 2006, p. 4)

Assim, através do apanhado histórico feito no presente capítulo, podemos perceber que os direitos fundamentais, tal como são reconhecidos hoje, são frutos de um longo processo de lutas e conquistas ao longo dos últimos séculos e que, no Brasil, esses direitos surgem de maneira concreta com a nossa atual constituição, a fim de garantir aos indivíduos seu poder de escolha, bem como uma sociedade democrática.

Percebe-se também que, por vezes, esses direitos fundamentais podem encontrar-se em situação de conflito e que, nesses casos, como ensina Ronald Dworkin, a maneira de solucionar o conflito se dá através da interpretação e ponderação desses princípios, analisando o caso concreto.

No capítulo seguinte, faremos uma análise acerca do tratamento que os tribunais norte-americanos e europeus têm dado a esse tipo de conflito.

## CAPÍTULO 2: CASOS JULGADOS NO DIREITO COMPARADO

### 2.1 JULGADOS NOS EUA

No contexto norte-americano, a liberdade de expressão foi positivada ainda na Constituição de 1791, em decorrência da 1ª emenda:

Emenda I (Ratificada em 15 de dezembro de 1791): O Congresso não aprovará nenhuma lei relacionada à instituição de uma religião ou à proibição de seu livre exercício; ou que cerceie a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo a reunir-se pacificamente e requerer do Governo a reparação de agravos. (BILL OF RIGHTS, 1791).

Em breve análise, convém deduzir que nos EUA há posicionamento de extrema proteção ao livre exercício da liberdade de expressão, o qual pouquíssimas vezes fora limitado. Para Daniel Sarmento (2006, p. 5):

[...]tem-se assistido a uma progressiva extensão da proteção conferida à liberdade de expressão, que é hoje, sem dúvida, o mais valorizado direito fundamental no âmbito da jurisprudência constitucional norte-americana<sup>7</sup>. É certo, contudo, que esta expansão na proteção da liberdade de expressão tem se dado em parte ao custo de um enfraquecimento na garantia de outros direitos contrapostos<sup>8</sup>, como privacidade<sup>9</sup>, honra<sup>10</sup> e também igualdade. Nesta linha, formou-se firme jurisprudência nos Estados Unidos no sentido da proteção constitucional das mais tenebrosas manifestações de intolerância e ódio voltadas contra minorias.

Nos casos abaixo<sup>7</sup> se verificará que a Suprema Corte Norte-americana por vezes limita a propagação dos discursos de ódio, limitando a liberdade de expressão, mas majoritariamente protege o livre exercício da liberdade de expressão, mesmo em casos onde há clara manifestação de preconceito a grupos e minorias.

No caso *Beauharnais vs. Illinois*<sup>8</sup>, julgado pela Suprema Corte dos EUA, discutiu-se pela primeira vez a questão do discurso de ódio. Em suma, o julgamento foi de um indivíduo que espalhou por Chicago panfletos que incitavam o racismo, dizendo que os brancos deveriam se unir contra os negros - a fim de evitar a

---

<sup>7</sup> A pesquisa dos casos abaixo baseou-se no texto do professor Daniel Sarmento, intitulado: A liberdade de Expressão e o Fenômeno do Hate Speech.

<sup>8</sup> 343 U.S. 250 (1952). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/>> Acesso em: 10 de novembro de 2018.

miscigenação racial – e que os negros eram autores de vários crimes como roubos e estupros.

A condenação do indivíduo ocorreu com base em uma lei estadual que proíbe a divulgação em locais públicos de qualquer conteúdo que impute características ligadas à criminalidade ou falta de virtude a qualquer grupo identificado por cor, raça ou religião.

Baseado na justificativa de uso de sua liberdade de expressão, o condenado recorreu da sentença e a Suprema Corte manteve a condenação por considerá-la constitucional.

Observa-se clara limitação ao direito de liberdade de expressão, limitação esta extremamente válida, uma vez que o condenado se excedeu em seu direito de expressão e acabou por atingir um grupo específico através de manifestação racista.

*Beauharnais vs. Illinois*, em que a liberdade de expressão foi limitada por conta de um discurso opressor se mostrará um caso isolado, como veremos adiante, uma vez que a Suprema Corte dos EUA tende a uma superproteção do direito à liberdade de expressão.

Ao julgar o caso *Brandenburg vs. Ohio*<sup>9</sup>, a Suprema Corte modificou decisão do Estado de Ohio que havia condenado Brandenburg, um líder da Ku Klux Klan, por apologia ao crime. Em suma, o condenado havia realizado um evento da entidade e convidado um repórter a participar do mesmo e fazer a transmissão televisiva do momento. Ocorre que o líder da entidade propagou palavras de repúdio a negros e judeus, dizendo, inclusive, que os negros deveriam ser devolvidos para a África e os judeus para Israel, além de ameaçar o Congresso Norte-Americano e a Suprema Corte, alegando que a Ku Klux Klan poderia se vingar caso continuassem a prejudicar a raça caucasiana. O Estado de Ohio condenou Brandenburg a prisão por praticar apologia ao crime, o qual recorreu à Suprema Corte alegando restrição ilegal ao seu direito de se expressar livremente.

Chegado o feito à Suprema Corte, esta considerou inconstitucional a decisão do Estado de Ohio, por entender que se estava condenando a exposição de uma ideia, afrontando-se completamente do conceito de liberdade de expressão. Destaca-se que a Corte não levou em consideração a questão do racismo envolvendo o caso. Segundo a Corte: “as *garantias constitucionais da liberdade de*

---

<sup>9</sup> 395 U.S. 444 (1969). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>> Acesso em: 10 de novembro de 2018.

*expressão e liberdade de imprensa não permitem que o Estado proíba a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando esta defesa seja direcionada a incitar ou promover ação ilegal, e seja adequada ao incitamento ou à produção desta ação*<sup>10</sup>. Em outras palavras, a Suprema Corte entendeu que a liberdade de expressão não protegeria a prática de atos violentos, os quais não ocorreram, sendo assim, legítima a expressão de ideias do líder.

A reflexão que fica em relação ao presente caso é de que o entendimento da Corte se limitou a analisar apenas o momento da manifestação, sem refletir os milhares de cidadãos negros e judeus que seriam estigmatizados por conta desse discurso grandemente repercutido na mídia e, além disso, na quantidade de pessoas que se sentiriam encorajadas a reproduzir o discurso preconceituoso e racista após a repercussão do mesmo. Há aqui uma clara violação dos direitos à honra, imagem e à dignidade desses grupos considerados vulneráveis.

Não houve, por parte do legislador, a preocupação de ponderar os direitos fundamentais em conflito no caso. Como explica o professor Barroso:

A colisão de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais não se resolve mediante o emprego dos critérios tradicionais de solução de conflitos de normas, como o hierárquico, o temporal e o da especialização. Em tais hipóteses, o intérprete constitucional precisará socorrer-se da técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, por via da qual deverá fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível do conteúdo de cada uma. Em situações extremas, precisará escolher qual direito irá prevalecer e qual será circunstancialmente sacrificado, devendo fundamentar racionalmente a adequação constitucional de sua decisão. (2004, p. 35)

No caso *Smith vs. Collin*<sup>11</sup> discutiu-se a legitimidade de uma passeata do Partido Nacional-Socialista da América, em que os manifestantes usavam uniformes nazistas e bandeiras com suásticas, no município de Skokie, em Chicago, onde mais da metade da população era formada por negros e sobreviventes do Holocausto. O Município tentou pelas vias legais impedir a manifestação, porém a Suprema Corte julgou inconstitucional o pedido, sob a alegação de que tal ação violaria o direito à liberdade de expressão. Diante dessa decisão, a manifestação acabou ocorrendo em Chicago, sob proteção militar.

<sup>10</sup> Página da decisão. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>>

<sup>11</sup> *Smith vs. Collin*, 436 U.S. 953 (1978). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/439/916/>> Acesso em: 10 de novembro de 2018.

Analisando esses casos, observa-se que só se poderiam punir aqueles discursos que desencadeariam em reações violentas imediatas, o chamado *fighting words* na jurisprudência do país. Em tradução livre, seria “palavras de combate”, ou seja, discursos que incitassem explicitamente a violência instantânea contra determinado grupo. Ocorre que o *fighting words* não tem como principal objetivo a proteção a integridade física das vítimas ou o direito de igualdade entre as pessoas, ele visa primeiramente a manutenção da ordem pública, como será demonstrado adiante. (BEHRENS, 2017)

Mesmo com essas limitações, no caso dos *fighting words*, os EUA são hoje o país que mais privilegia e protege o direito à livre expressão, sendo esse um dos direitos fundamentais mais importantes para o povo americano. É, ainda, condição essencial para a estrutura da democracia, já que trabalha a autodeterminação da sociedade (MEYER-PFLUG, 2009, p. 132).

Mais recentemente, no caso *R.A.V. vs. City of St. Paul*<sup>12</sup>, julgado no ano de 1992, a Justiça Estadual condenou à prisão um grupo de jovens que invadiu o quintal da residência de uma família negra e colocou fogo em uma cruz, fazendo clara referência ao grupo Ku Klux Klan. A condenação se deu com base na legislação local que instituiu o crime motivado por preconceito.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte considerou inconstitucional a condenação, sob o argumento de que a restrição ao *Fighting words* presente no caso, se dava de maneira parcial, o que não deveria ocorrer, ou seja, o tribunal estadual estaria buscando condenar apenas manifestações de intolerância racial, religiosa ou de gênero, deixando de lado seu dever de ser imparcial em relação às diversas manifestações de pensamento presentes na sociedade.

No caso *Virginia vs. Black et al*<sup>13</sup>, semelhante ao relatado anteriormente, três pessoas haviam sido condenadas com base em uma lei do estado de Virginia que criminalizava a queima de crucifixos (símbolo da Ku Klux Klan), feita com o intuito de ameaçar ou intimidar qualquer grupo ou pessoa. Ora, a queima de cruces nos Estados Unidos está indissolúvelmente ligada à história do Ku Klux Klan. O ato de queimar cruces foi sistematicamente utilizado pelo KKK, ao longo dos anos, como forma de intimidação e ameaça, embora tal "cerimonial" também tivesse a função de

---

<sup>12</sup> 505 U.S. 377 (1992). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/>> Acesso em: 10 de novembro de 2018.

<sup>13</sup> 538 U.S. 343 (2003). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/343/>> Acesso em: 10 de novembro de 2018.

reforçar a identidade de grupo do próprio KKK e de reafirmar a sua ideologia, independentemente da intimidação. (MOTA, 2003)

Após a condenação, a Suprema Corte julgou inconstitucional a decisão do Estado, por entender que considerar a queima de crucifixos como uma ameaça seria uma violação à 1ª emenda. Entendeu-se que criminalizar a queima de crucifixos quando esta é feita com o propósito de ameaçar/intimidar seria legítimo, porém, no caso, a ação teria sido adotada com o único propósito de expressar uma opinião, sendo assim, seria mais um caso de simples exercício do direito à liberdade de expressão.

Veja-se que a intenção do emissor não é algo facilmente identificável nesses casos, pois afirmar que a intenção do emissor era ou não intimidar é algo complexo. Além disso, visivelmente a garantia de igualdade dos grupos vitimados por esse tipo de prática - de discurso de ódio - permanece um direito violado e/ou nem mesmo considerado. Nesse sentido, Daniel Sarmento (2006, p. 11):

Enfim, o que assombra nestas decisões norte-americanas sobre *hate speech* não é o que se disse, mas o que se calou. Nenhuma atenção foi dedicada nestes julgados ao princípio da igualdade, previsto na 14ª Emenda da Constituição norte-americana, como se a questão da igualdade racial – verdadeira chaga na história daquele país – não tivesse qualquer relação com o tema.

Nos EUA existe uma superproteção da 1ª emenda e, conseqüentemente, da liberdade de expressão. Assim, as decisões da Suprema Corte sempre convergem para uma tentativa de manter a intervenção estatal distante das relações particulares. Ocorre que, dessa maneira, atribui-se apenas a eficácia vertical<sup>14</sup> aos direitos fundamentais, deixando-se de lado a eficácia horizontal<sup>15</sup> desses direitos. Assim, a eficácia vertical, que visa a limitação do poder estatal nas relações com os

---

<sup>14</sup> “A ‘Teoria da Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais’ diz respeito à aplicabilidade desses direitos como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, em uma relação vertical entre Estado e indivíduo, como uma forma de proteção das liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira geração) e de impedir interferência estatal na vida privada. Desta forma, os direitos fundamentais eram vistos como liberdades e garantias, ou seja, direitos de defesa do indivíduo perante o Estado.” (SANTOS, 2008).

<sup>15</sup> A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é entendida como a eficácia de tais direitos nas relações particulares, por reconhecer que a desigualdade não está presente apenas nas relações entre o Estado e os particulares, mas também nas relações privadas. Nas palavras de Daniel Sarmento: “O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família”. (SARMENTO, 2006).

particulares é respeitada, em contrapartida, a eficácia horizontal, que diz respeito a limitação de direitos nas relações entre particulares não é levada em consideração. Reflexo disso é que discursos de ódio e intolerância por parte do Estado ou das autoridades públicas são facilmente entendidos como violação à Constituição, porém, os mesmos discursos propagados por particulares são interpretados como mera opinião. (SARMENTO, 2006).

Fica claro, portanto, que o sistema de controle de limitação da liberdade de expressão está intimamente ligado à proporcionalidade da restrição, podendo, assim, em alguns casos, ocorrer cerceamento ao direito à livre expressão. Porém, se as mensagens, discursos ou manifestações não forem transmitidas de forma fisicamente violenta, serão protegidas pela liberdade de expressão, independente de seu conteúdo, mesmo que essas sejam, por exemplo, racistas (MEYER-PFLUG, 2009, p. 222).

Ora, ao considerar um discurso claramente movido por ódio e preconceito como simples manifestação de pensamento, se está ignorando o efeito de tal discurso sobre os que serão diretamente atingidos. O indivíduo que sofre discurso de ódio perde a voz, é silenciado. A liberdade de expressão, vestida de ódio e opressão, perde completamente seu sentido ao calar a voz de minorias.

Importante destacar que essa proteção à liberdade de expressão, adotada pela Suprema Corte dos EUA, não é um posicionamento unânime na Corte, pois, como visto, ela já se posicionou favorável à limitação da liberdade de expressão em casos importantes. Por sua vez, outros Estados democráticos ao redor do mundo, embora também considerem importantíssima a proteção à liberdade de expressão, têm entendido que se faz necessário limitá-la em alguns casos em que se verifique haver risco a outros direitos fundamentais igualmente importantes, como a igualdade e a dignidade humana. Isso será demonstrado no próximo tópico, em que serão analisados julgados de países europeus sobre o discurso de ódio.

## 2.2 JULGADOS NA ALEMANHA

No direito Alemão, a liberdade de expressão é tratada como um dos mais importantes direitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, apesar de não receber um tratamento especial como ocorre nos Estados Unidos da América. Com

frequência o judiciário alemão pondera a liberdade de expressão com outros bens jurídicos também protegidos, principalmente aqueles relacionados aos direitos de personalidade. (SARMENTO, 2006)

Ainda sob a análise do artigo do professor Daniel Sarmiento (2006, p. 20), o mesmo esclarece que assim como a liberdade de expressão está positivada na constituição alemã, a possibilidade de limitação a esta também está. Nesse sentido:

A liberdade de expressão encontra-se consagrada no art. 5.1. da Lei Fundamental de Bonn, que reza: *“Todos têm o direito de livremente expressar e disseminar a sua opinião e de se informar sem restrições a partir de todas as fontes acessíveis. A liberdade da imprensa e da comunicação através do rádio e do cinema são garantidas. Não haverá censura”*. O art. 5.2. permitiu expressamente restrições a esta liberdade, ao estabelecer que os direitos do 5.1. *“não terão outros limites que os preceitos das leis gerais, as regras de proteção dos menores e o direito à honra pessoal”*. E o art. 5.3., finalmente, determinou que *“a arte, a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensinar não dispensa ninguém da lealdade em relação à Constituição.*

O caso mais importante no direito alemão envolvendo a prática do discurso de ódio abordou a temática da negação do Holocausto, julgado no ano de 1994, pela Corte Constitucional Alemã. Esta última analisou um ato do governo de Baviera, que condicionou a realização de um congresso de extrema direita a não serem abordadas pelo historiador revisionista David Irving as teorias sobre a não ocorrência do Holocausto e a culpa dos judeus no desencadeamento da Segunda Guerra Mundial, ou seja, o evento só poderia ocorrer se a teoria revisionista não fosse debatida no evento. A imposição da condição ocorreu com base em uma lei estatal que permitia a proibição de eventos e reuniões em que houvesse a violação de lei penal. A lei penal violada no caso seria o insulto contra o povo judeu. (SARMENTO, 2006).

A corte alemã entendeu que as falsas afirmações sobre os fatos históricos decorrentes da segunda guerra mundial não seriam protegidas constitucionalmente pela liberdade de expressão, por não apresentarem contribuição para a opinião pública, sendo assim, considerou legal a limitação da liberdade de expressão nesse caso, mantendo então a decisão do estado de Baviera. (SARMENTO, 2006)

Outro caso abordado por Daniel Sarmiento em seu artigo, no contexto do direito alemão, é o caso *Titanic*, julgado pela corte alemã no ano de 1998. Nesse caso, a revista alemã *The Titanic* fora condenada a pagar indenização por danos morais a um militar alemão, reformado após ficar paraplégico em decorrência de um

acidente automobilístico. A revista se referiu ao mesmo como “*assassino nato*” e, considerou “*obsceno*” o fato de um “*militar aleijado... estivesse determinado a voltar ao Exército alemão... cujo objetivo é o de aleijar e matar pessoas*”.

Sarmiento explica que a corte alemã analisou o caso em duas etapas. Primeiramente, entendeu que as críticas da revista não representariam, de fato, um discurso de ódio, visto que as opiniões manifestadas se davam no sentido de criticar os efeitos das guerras e a violência causada pelas mesmas. No segundo momento, entendeu que ao se referir ao militar como “*aleijado*” não mais estaria manifestando opinião, mas sim buscando humilhar o militar, e que, apenas nesse sentido, a condenação por danos morais deveria permanecer. Sarmiento (2006, p. 25) complementa ainda que:

[...] o modelo alemão não aceita o *hate speech*, mas também não descuida da proteção da liberdade de expressão, sobretudo quando está em jogo a discussão de questões de interesse público. Por outro lado, há, no confronto com as liberdades comunicativas, uma proteção mais intensa dos direitos da personalidade de minorias em situação de desvantagem, como os judeus e deficientes físicos.

Assim, a conclusão a que se chega é que o direito alemão, apesar de dar grande importância à liberdade de expressão, não lhe dá superproteção, como ocorre com os EUA. Pelo contrário, o direito alemão está buscando sempre, através da ponderação, a busca por uma sociedade igualitária e, principalmente, a valorização da dignidade humana.

### 2.3 A CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS E O TRATAMENTO DADO AO DISCURSO DE ÓDIO

Como será demonstrado adiante, a Corte Europeia de Direitos Humanos lida com a questão do discurso de ódio de maneira divergente dos EUA.

A Carta da ONU, assinada em 1945, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, estabeleceu a criação das Nações Unidas. Logo em seu primeiro artigo o documento destaca a importância dos Direitos Humanos, estabelecendo que a solução para os conflitos internacionais deve passar pelo “estímulo e respeito aos direitos humanos” e que as liberdades fundamentais devem ser garantidas a todos “sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. (CARTA DA ONU, 1945).

Em 1948 foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento central da ONU, que estabelece em seu artigo 19 que “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão;” e estabelece posteriormente, em seu artigo 29, II que “no exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948). Assim, fica estabelecido no citado documento que a liberdade de expressão é um direito protegido, mas que pode ser limitado.

No mesmo contexto de proteção internacional dos Direitos Humanos, está a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, datada de 1953. O referido documento também traz em seu texto a preocupação com a questão da garantia da liberdade de expressão e o direito fundamental de não ser discriminado. Nesse sentido, cabe ao órgão competente, qual seja o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), a complexa tarefa de analisar e julgar os casos que envolvem o conflito que é objeto do presente trabalho (PRATES, 2018)<sup>16</sup>.

Partindo para os casos concretos, discutiremos primeiramente o caso *Féret vs. Bélgica*<sup>17</sup>. Nesse emblemático caso, discutiu-se a condenação do líder de um partido belga de extrema direita, o qual editou e distribuiu panfletos, em período eleitoral, que incitavam o ódio contra o islamismo e contra os imigrantes residentes no país, como se estes fossem criminosos e aproveitadores dos recursos públicos do país.

Um processo criminal fora ajuizado contra o parlamentar e o mesmo fora condenado pela Corte Belga a 10 meses de prisão, os quais foram convertidos em horas de trabalho voluntário de integração da comunidade imigrante no país, além de ser condenado à inelegibilidade por 10 anos.

O entendimento da Corte foi de que o discurso do líder era uma incitação ao ódio contra os imigrantes e minorias, por questões de raça, religião ou origem nacional, e não apenas a manifestação de uma opinião política.

---

<sup>16</sup> A pesquisa dos casos abaixo baseou-se no texto do professor Prates, intitulado: Discurso de ódio e o Tribunal Europeu Dos Direitos Humanos: Enfrentando os Desafios à Liberdade de Expressão.

<sup>17</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2009, p. 21-22. Disponível em: <<http://merlin.obs.coe.int/iris/2009/8/article1.en.html>>

O caso foi levado até a Corte Europeia dos Direitos Humanos, uma vez que Féret entendeu que seu direito à liberdade de expressão, protegido pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, havia sido violado, sendo assim ilegal a sua condenação. A Corte Europeia reconheceu a interferência no direito à liberdade de expressão, mas reconheceu também a legitimidade da interferência, uma vez que a mesma estava em concordância com o que diz a Convenção a respeito do combate ao discurso de ódio e ao uso legal da liberdade de expressão.

Não obstante, a Corte diferenciou a manifestação de opinião política do discurso de ódio, o qual não é protegido pela liberdade de expressão, aduzindo que esse discurso discriminatório ofende o direito fundamental de igualdade que todos possuem, inclusive os imigrantes. Além disso, o discurso de ódio vindo de uma figura pública como Féret, em momento eleitoral onde se tem ainda mais visibilidade, acabaria por alimentar a discriminação desse grupo dentro da sociedade belga.

Assim, o que houve, no entendimento da Corte Europeia, foi uma limitação legítima da liberdade de expressão tendo em vista que a mesma deixou de ser uma simples manifestação de opinião e passou a ser um meio de disseminação de ódio e preconceito, afetando diretamente o direito à igualdade característico de uma sociedade democrática. (PRATES, 2018).

Posicionamento semelhante pode ser observado no caso *Norwood vs. Reino Unido*<sup>18</sup>, em que um membro do Partido Nacional Britânico foi condenado por legislação antidiscriminatória por ter colocado em sua janela um cartaz com uma imagem do atentado terrorista às Torres Gêmeas, nos EUA, acompanhado da frase “Islã fora da Grã-Bretanha – Proteja o Povo Britânico”.

A Corte Europeia dos Direitos Humanos sequer recebeu o caso, pois em seu entendimento não havia que se falar em liberdade de expressão, mas sim clara manifestação de discriminação e incitação ao ódio a um grupo específico, feita através da associação desse grupo, de maneira generalizada, a um atentado terrorista gravíssimo, o que afronta os princípios de igualdade e reconhecimento protegidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos. (PRATES, 2018).

---

<sup>18</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2003a, p. 4. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-67632&filename=001-67632.pdf>>

O caso *Vejdeland e Outros vs. Suécia*<sup>19</sup>, diferentemente dos outros citados, envolve o discurso de ódio motivado por intolerância a orientação sexual. No presente caso, um grupo de pessoas foi condenado pela Corte Sueca por distribuir panfletos em ambiente escolar que seriam ofensivos e atingiriam diretamente a comunidade homossexual do país, pelo fato de afirmarem que a homossexualidade seria uma “propensão sexual desviante ou afastada dos padrões”, atribuindo aos homossexuais a responsabilidade pela disseminação do vírus HIV. Os requerentes foram condenados ao pagamento de multa pelo Supremo Tribunal da Suécia por agitação contra um grupo nacional ou étnico. Os condenados alegaram que a intenção dos panfletos era apenas fomentar o debate político e não manifestar discriminação contra a comunidade homossexual.

A Corte Europeia, por sua vez, entendeu que, embora não incitasse atos violentos contra homossexuais, as mensagens eram seriamente preconceituosas e que a decisão da Corte Sueca não violou a liberdade de expressão, mas tão somente limitou o exercício desse direito fundamental em virtude da proteção do direito fundamental à igualdade, considerando legítima a condenação. (PRATES, 2018).

Interessante se faz expor também o caso *Mladina D.D. Ljubljana vs. Slovenia*<sup>20</sup>, em que uma revista foi processada por um parlamentar, sob a alegação de difamação, após publicar uma matéria onde se referia ao político como homofóbico. Isso ocorreu após um debate acerca de um projeto de lei que visava estender os direitos e garantias de um casamento heterossexual para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O parlamentar se sentiu ofendido com as palavras a seu respeito e alegou que a publicação ultrapassou os limites de liberdade de expressão e de imprensa e utilizou o meio de comunicação para difamar sua imagem e ofendê-lo.

A empresa proprietária da revista foi condenada a pagar ao parlamentar uma indenização por danos morais. A Corte Constitucional da Eslovênia entendeu que a publicação estaria protegida pela liberdade de expressão por ofender a honra subjetiva do parlamentar.

---

<sup>19</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2012, p. 5. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-109046?TID=vzwfrqcpf>>

<sup>20</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4737396-5757794&filename=003-4737396-5757794.pdf>>

Ao recorrer à Corte Europeia dos Direitos Humanos, a proprietária da empresa alegou que a condenação feria o artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, a liberdade de expressão, uma vez que o conteúdo da matéria publicada na revista não visava ofender a honra do parlamentar mas, tão somente, alimentar o debate político acerca dos direitos matrimoniais de casais homossexuais e alegou, ainda, que embora tenham sido duras as declarações da revista, elas estariam à altura das declarações feitas pelo parlamentar na sessão de debate.

No entendimento da Corte Europeia, como já demonstrado nos casos anteriores, a limitação da liberdade de expressão se faz necessária para garantir um dos fundamentos de um estado democrático, qual seja, o direito de igualdade. No entanto, no presente caso, a referida Corte entendeu que os casos de interesse social elevado devem ser debatidos e argumentados da maneira mais ampla possível e, ainda mais, quando se trata do posicionamento de parlamentares em debates políticos, exercendo seu papel de representantes da sociedade.

Assim, para a Corte, a liberdade de expressão pode ser exercida de maneira mais ampla quando se trata de políticos no exercício de suas funções públicas, desde que seja mantido o objetivo central de debate referente a causas sociais relevantes. Por fim, a Corte entendeu ilegítima a condenação da revista por, de fato, violar o 10º artigo da Convenção, invalidando assim qualquer indenização ao parlamentar. (PRATES, 2018).

A respeito do presente caso:

Para a Corte, contextos de debates políticos sobre questões socialmente relevantes admitem poucas e excepcionais restrições, ainda mais quando o criticado é um político (ou outras autoridades públicas) no exercício de suas atividades/funções, sendo que o tribunal europeu, mais uma vez, realçou que qualquer fronteira à liberdade de expressão deve ter como finalidade precípua a manutenção discursiva dos espaços públicos e da própria democracia, fronteiras estas que se mostram tênues quando tanto o emissor quanto as mensagens/declarações emitidas são públicas e dizem respeito a tema de interesse coletivo. (PRATES, 2018, p. 16)

Assim, se pode concluir que o posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos neste último caso foi o de não permitir censura à liberdade de expressão (teria havido neste caso violação ao artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos), porém, a Corte destacou que a liberdade de expressão, se utilizada de maneira ilegítima e abusiva, deve sofrer limitações, detidamente quando se tornar

um discurso de ódio, demonstrando preconceito, incitação à violência ou discriminações de qualquer natureza (isso em proteção ao direito de igualdade, podendo o emissor do discurso sofrer sanções baseadas na proporcionalidade do abuso cometido). (PRATES, 2018, op. cit).

Como depreendido da presente análise, a Corte Europeia dos Direitos Humanos dá ao discurso de ódio a relevância e o combate por ele merecidos, em busca de uma sociedade igualitária e democrática.

Após essa análise sobre a Corte Europeia dos Direitos Humanos, no próximo tópico será discutido brevemente a maneira como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil está submetido, se posiciona sobre a questão.

#### 2.4 O DISCURSO DE ÓDIO NO CONTEXTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS<sup>21</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão jurisdicional e contencioso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, à qual o Brasil está submetido, possui competência para emitir pareceres e estabelecer jurisprudência a respeito dos casos de violação dos direitos humanos que envolvem os países membros. Esta jurisprudência deve ser seguida pelos países signatários, tendo a Corte expressamente declarado que a adequação dos países membros à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e a sua jurisprudência é obrigatória. (ALVES; MISI, 2016, p. 4)

Sobre a liberdade de expressão, a CADH traz o seu posicionamento de maneira detalhada em seu artigo 13º, que segue:

##### Artigo 13 -Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

---

<sup>21</sup> Análise feita sob a ótica do artigo de Ayla do Vale Alves e Márcia Costa Misi, intitulado: Da liberdade de expressão ao discurso de ódio: uma análise da adequação do entendimento jurisprudencial brasileiro à jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos. Publicado na Revista de Direito da UFRGS.

- a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (CADH, 1969)

Assim, nos incisos 4 e 5 do referido artigo, temos as situações em que a restrição à liberdade de expressão se torna legítima, desde que seguidos os critérios estabelecidos pela lei. No mesmo sentido, o parecer consultivo nº 30/1985 estabelece que:

[...] nos termos da Convenção, **as restrições autorizadas à liberdade de expressão devem ser aquelas 'necessárias para assegurar' a obtenção de certos fins legítimos**, ou seja, não basta que a restrição seja útil para a obtenção deste fim, isto é, que se possa alcançar através dela, mas deve ser necessária, ou seja, que não possa ser alcançada razoavelmente por outro meio menos restritivo a um direito protegido pela Convenção. (CIDH: Parecer Consultivo 5/85) (*grifei*)

Nesse sentido, infere-se que a limitação à liberdade de expressão deve ocorrer apenas nos casos em que seja imprescindível ao alcance de determinado direito da coletividade. A limitação desse direito só será legítima se feita em razão da proteção de um interesse público. (ALVES; MISI, 2016, p. 11)

Alves & Misi (2016, p. 11-12), em seu artigo, cita o caso *Claude Reyes e Outros v. Chile*, em que a CIDH decidiu que “o direito de acesso à informação sob o poder do Estado admite restrições”, no entanto, os requisitos para que essa limitação ocorra devem ser preenchidos. Nesse sentido, o trecho da decisão:

[...] em primeiro lugar, devem estar **previamente determinadas por lei** como meio para assegurar que não fiquem ao arbítrio do poder público. Estas leis devem ser aprovadas 'por razões de interesse geral e com o propósito para o qual foram estabelecidas. [...] Em segundo lugar, **a restrição estabelecida por lei deve responder a um objetivo permitido pela Convenção Americana**. A este respeito, o artigo 13.2 da Convenção permite que se realizem restrições necessárias para **assegurar “o respeito aos direitos ou à reputação dos demais” ou “a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas”**. Finalmente, as restrições que se imponham devem ser necessárias em uma sociedade democrática, o que depende de que estejam orientadas a

satisfazer um interesse público imperativo. Entre várias opções para alcançar este objetivo, deve-se escolher aquela que restrinja em menor escala o direito protegido. Isto é, **a restrição deve ser proporcional ao interesse que a justifica e deve ser destinada a alcançar esse objetivo legítimo**, interferindo na menor escala possível no efetivo exercício do direito. (CIDH: Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile, 2006)

Nesse sentido, ao afirmar na decisão que o artigo 13.2 da Convenção permite a restrição da livre manifestação de pensamento, a fim de assegurar o respeito à reputação e aos direitos dos outros, a Corte está legitimando a limitação da liberdade de expressão, diante de um discurso preconceituoso ou violento, ou seja, um discurso de ódio. Assim, o que se extrai da jurisprudência da Corte Interamericana é que a liberdade de expressão deve ser protegida enquanto direito fundamental, mas não de maneira absoluta, devendo ser ponderada nos casos em que a manifestação de pensamento atinja os direitos ou reputação alheios, configurando um discurso de ódio. (ALVES; MISI, 2016, p. 12)

Como demonstrado, tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos, quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, se posicionam no sentido de limitar a liberdade de expressão quando essa se manifesta revestida de ódio e preconceito, ou até mesmo incitação à violência contra determinados grupos que compõe uma coletividade. Assim, ambas as cortes entendem que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, considerando assim, no âmbito da ponderação, a dignidade humana e a igualdade direitos que, confrontados com a liberdade de expressão, devem prevalecer.

Após essa análise do direito comparado no capítulo seguinte será feito um estudo das jurisprudências do nosso país, a fim de compreender e discutir a maneira como o Brasil tem julgado os casos de discurso de ódio.

### Capítulo 3: O Brasil e o limite entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio

#### 3.1 O caso Ellwanger

Este talvez seja, no direito brasileiro, o caso envolvendo o chamado discurso de ódio de maior repercussão até os dias atuais. Sua análise se faz importante tendo em vista as diversas esferas do Direito confrontadas ao longo do curso processual a que foi submetido Siegfried Ellwanger Castan<sup>22</sup>.

De maneira sucinta, Siegfried Ellwanger foi acusado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, no ano de 1991, pela prática do crime de racismo, na qualidade de sócio-dirigente e escritor da Revisão Editora Ltda., pela publicação de livros que disseminavam preconceito contra o povo judeu.

Ellwanger acusou, em suas obras, o povo judeu das mais variadas atrocidades, inclusive da eclosão da Segunda Guerra Mundial. O Ministério Público requereu liminarmente a condenação de Ellwanger e a apreensão de todos os exemplares na sede da editora, bem como em todos os locais de comercialização dos livros de sua autoria.

O juízo deferiu o pedido da promotoria em caráter liminar, porém, no momento das alegações finais, o Ministério Público pugnou pela absolvição do réu com base na ausência de provas suficientes que justificassem a condenação.

A sentença, prolatada no ano de 1995, de 1º grau absolveu o réu, entendendo que o mesmo não agiu com dolo e que suas ações não incitaram o preconceito e a discriminação racial contra o povo judeu. (VIOLANTE, 2010, p. 38)

Ao apresentar apelação, os assistentes de acusação insistiram nas alegações de que a prática do réu possuía caráter discriminatório e racista. Em 31 de outubro de 1996, a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso e condenou Ellwanger a 2 anos de reclusão, com *sursis*, por quatro anos, por entender comprovada a prática do crime de racismo por parte do réu.

O advogado impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, o

---

<sup>22</sup> Escritor brasileiro, de origem humilde, nascido em 1928, na cidade de Candelária, no Rio Grande do Sul. No ano de 1959 fundou a Revisão Editora, na qual era sócio e escritor, com o objetivo de publicar suas obras de teor negacionista, ou seja, obras que tentariam “revisar” o que é normalmente publicado pelos historiadores acerca da Segunda Guerra Mundial a fim de negar as atrocidades cometidas pela Alemanha nazista ao povo judeu. (BORGES, 2016)

qual foi negado. Posteriormente, impetrou *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário perante o Supremo Tribunal Federal, alegando que a publicação das obras literárias do réu não configuraria a prática do crime de racismo (VIOLANTE, *op. cit.* p. 42).

A concessão de liberdade a Ellwanger foi negada pelo Supremo Tribunal Federal, sob os argumentos de que: a) a prática realizada pelo condenado seria incompatível com os princípios de um Estado democrático de direito; b) numa ponderação entre o direito fundamental de liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana, este deveria prevalecer em face daquele; c) as liberdades públicas deveriam ser exercidas em harmonia com os demais direitos fundamentais, posto que não eram incondicionais; d) o racismo no Brasil consiste em um crime inafiançável e imprescritível, conforme art. 5º, XLII, da nossa Constituição Federal (BORGES, 2016).

Destaca-se que a condenação de Ellwanger é pautada no cometimento de um crime tipificado pela Lei 7.716/1989, consistente em ofender uma coletividade de indivíduos através de conduta discriminatória em razão de sua raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, conforme o 1º artigo desta lei. No caso em questão, o grupo afetado pelo discurso preconceituoso foi a coletividade judaica.

No caso Ellwanger, portanto, configurou-se a prática de racismo, porém, analisando sob o viés do discurso de ódio, objeto do presente trabalho, resta o questionamento a respeito do posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros em relação aos casos em que o discurso de ódio não configura um crime tipificado pelo nosso Código Penal ou pela legislação ordinária nacional. Isso porque, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, o discurso de ódio está além do racismo, constituindo uma prática de discriminação a minorias, não somente pela raça ou cor, mas também pelo gênero, sexualidade, nacionalidade, deficiência física ou mental, aparência, entre outros.

Diante disso, no próximo tópico analisaremos a maneira como os tribunais superiores brasileiros têm julgado a prática do discurso de ódio, em outras situações.

### **3.2 O discurso de ódio sob a ótica dos Tribunais Superiores Brasileiros**

### 3.2.1 Habeas Corpus 109.676 – Supremo Tribunal Federal

No ano de 2012 chegou ao julgamento do Supremo Tribunal Federal o HC 109.676<sup>23</sup>, cujo impetrante era Eduardo Banks dos Santos Pinheiro, condenado pela prática do crime de injúria qualificada, com base no artigo 140, §3 do Código Penal Brasileiro<sup>24</sup>. Ele alegava a inconstitucionalidade do presente artigo, por ferir o princípio da proporcionalidade, ao estabelecer pena de um a três anos de reclusão e multa pela prática do crime de injúria qualificada.

Eduardo foi condenado por se referir ao Desembargador Luiz Zveiter como “judeu de merda”, em publicação na internet. O impetrante alegou que a declaração não teria cunho racista, estando ele se referindo a uma figura pública e declarando sua opinião apenas em relação a atuação profissional do desembargador. Inconformado com a pena, o impetrante recorreu ao tribunal superior, a fim de que a pena fosse revisada, por considerar elevada a punição em face do crime cometido e por entender que a injúria qualificada não se assemelha à prática de racismo ou a segregação racial.

O entendimento dos ministros ao julgar o presente HC foi, inicialmente, divergente, uma vez que uma parte entendia que não havia inconstitucionalidade no artigo 140 do código penal, tampouco ofensa ao princípio da proporcionalidade, enquanto a outra parte entendia que o presente artigo deveria ser revisado.

Quanto à discussão sobre o princípio da proporcionalidade, vejam-se as palavras do Ministro Relator Luiz Fux:

Consoante parecer exarado pelo Ministério Público Federal, não se vislumbra a alegada ofensa ao princípio da proporcionalidade, dado que a pena da figura qualificada surge da necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da dignidade pessoa humana, da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, justificando-se a intervenção do legislador para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja um dos valores tão considerados na sociedade brasileira, que é o

---

<sup>23</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013. Disponível Em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806249/habeas-corpus-hc-109676-rj-stf/inteiro-teor-112280013>> Acesso em: 27 de novembro de 2018.

<sup>24</sup> **Art. 140** - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: **§ 3o** Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003) Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

da harmonia inter-racial, com repúdio ao discurso de ódio (MENDES, 2011, p. 305.).

Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, denegar o pedido de *Habeas Corpus* feito por Eduardo Pinheiro, seguindo o voto do ministro relator (Luiz Fux). O impetrante foi condenado a pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, substituída por uma pena restritiva de direito consistente em prestação de serviço à comunidade e à prestação pecuniária de 16 (dezesesseis) cestas básicas.

A análise do presente caso se faz importante por reconhecer a necessidade de ponderar os valores inerentes aos direitos fundamentais e reconhecer que nenhum direito fundamental é absoluto, posto que não é norma, e sim princípio.

Por fim, o parecer do Ministro Relator Luiz Fux, acerca da pena do artigo 140, § 3º do Código Penal:

Guilherme de Souza Nucci, *in* Código Penal Comentado, São Paulo, RT, 2000, p. 377, anota que o artigo 2º da Lei nº 9.459/97 acrescentou um tipo qualificado ao delito de injúria (o § 3º do artigo 140 do Código Penal) com a finalidade de evitar as constantes absolvições que vinham ocorrendo de pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatório, e escapavam da aplicação da Lei nº 7.716/89 (discriminação racial) porque não estariam praticando atos de segregação. Assim, acabavam, quando muito, respondendo por injúria simples e eram absolvidas por dizerem que estavam apenas expondo sua opinião acerca de determinado assunto ou exercendo o direito de crítica em relação a determinada pessoa.

Assim, conforme mencionado pelo Ministro Luiz Fux, resta clara a importância da limitação da liberdade de expressão, em casos que envolvam o discurso de ódio (através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatório), com a aplicação de penas menos brandas, a fim de preservar a democracia e garantir que seja protegido o direito a igualdade e dignidade da pessoa humana.

### **3.2.2 Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303<sup>25</sup> – Supremo Tribunal Federal**

---

<sup>25</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5233101>> Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

No presente caso, julgado em 2018, o Sr. Tupirani da Hora Lores pleiteou o trancamento da ação penal de primeiro grau em que fora condenado pela prática do crime tipificado no artigo 20, § 2º da lei 7.716/1989, que trata dos crimes resultantes de preconceito de raça, cor, religião ou procedência nacional.

Tupi foi condenado por manter na internet um blog religioso onde pregava o fim das igrejas Assembleia de Deus, além de praticar intolerância religiosa contra judeus, defender a discriminação contra outras religiões e associar a figura dos pais de santo à homossexualidade (com o objetivo de menosprezar), se reportar à Igreja Católica como “prostituta espiritual” e atribuir ao Islamismo os adjetivos “hipócrita” e “religião assassina”, dentre outras claras manifestações preconceituosas.

O Ministro Dias Toffoli, em seu voto, o qual venceu o voto do Ministro Relator Edson Fachin, fez distinção entre exercício da liberdade de expressão/ religiosa e o discurso sobre a crença alheia (com o sentido de menosprezá-lo). Nas palavras do Ministro Dias Toffoli:

Nesse passo, há, em meu entender, que se fazer distinção entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito.

Assim, o ministro entendeu que a manifestação de pensamento do condenado ultrapassou os limites de sua liberdade de expressão e religiosa, chegando ao ponto de caracterizar intolerância ao direito de manifestação religiosa de outrem, sendo, portanto, a intolerância religiosa passível de condenação estatal.

Válido destacar também o trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

**Irrecusável**, contudo, *que o direito de dissentir, que constitui* irradiação das liberdades do pensamento, **não obstante** a sua extração eminentemente constitucional, **deslegitima-se** quando a sua exteriorização **atingir, lesionando-os, valores e bens jurídicos** postos sob a *imediata tutela da ordem constitucional, como sucede* com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral. **É por tal razão que a incitação** ao ódio público *contra qualquer* pessoa, povo ou grupo social **não está protegida** pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão**. [...] **Isso significa, portanto, que a prerrogativa** concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente **que deva ser** o seu campo de incidência, **não constitui** meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, **especialmente** quando as expressões de ódio público a outras denominações confessionais – **veiculadas com evidente superação** dos limites da pregação religiosa –

**transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.**

Apesar de o ministro Relator (Edson Fachin) votar pelo acolhimento do pedido do recurso ordinário - defendendo que as publicações do condenado estariam resguardadas pelo direito fundamental de liberdade de expressão e religiosa e que as ideias propagadas iriam de encontro às outras religiões de maneira geral, não sendo direcionadas a um grupo específico - o voto foi vencido por entenderem os demais Ministros da turma que houve clara transgressão aos valores base de uma sociedade democrática, como o pluralismo de ideias, inclusive religioso. Assim, por maioria de votos, foi negado provimento ao referido recurso, mantendo-se as decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Superior Tribunal de Justiça.

Também neste caso, assim como no caso abordado do subitem anterior, verifica-se que a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal possui posicionamento em favor da limitação da liberdade de expressão em casos onde o discurso ultrapassa os limites do respeito a diversidade e pluralidade de ideias, configurando-se como um discurso odioso e preconceituoso contra minorias e grupos específicos.

No mesmo sentido, analisaremos posteriormente dois casos em que o Superior Tribunal de Justiça julgou casos envolvendo a tensão entre Liberdade de expressão X Discurso de ódio.

### **3.2.3 Recurso Especial nº 1.580.395<sup>26</sup> – Superior Tribunal de Justiça**

No Recurso Especial, julgado neste ano de 2018, pelo Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público Federal (MPF) recorreu da decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido feito pela autoridade policial, para quebrar o sigilo telemático de uma usuária da rede social Twitter.

A alegação do MPF é de que a conduta da acusada caracteriza prática de crime previsto no artigo 20, § 2º, da lei 7.716/1989 e que o indeferimento do pedido de quebra de sigilo telemático estaria negando vigência ao citado dispositivo legal. Já o fundamento da decisão do juízo primeiro grau para o indeferimento do pedido é

---

<sup>26</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/589769219/recurso-especial-resp-1580395-df-2015-0119432-0/inteiro-teor-589769228?ref=juris-tabs>> Acesso em: 11 de dezembro de 2018.

o de que a conduta da acusada não se encaixa no referido no dispositivo legal, tendo em vista o princípio da insignificância<sup>27</sup>. O MPF alegou que a aplicação do princípio da insignificância depende do preenchimento de requisitos<sup>28</sup> e que não se aplica ao presente caso.

A postagem da usuária da rede social Twitter, que levou à representação, foi a seguinte: *“esses nordestinos, pardos, bugres, índios acham que tem (sic) moral, cambada de feios. Não é à toa que não gosto desse tipo de raça.”*

O Ministério público Federal sustentou que a publicação da usuária da rede social caracterizava, como já aduzido, o disposto no o artigo 20, § 2º da lei 7.716/1989, que assim dispõe:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

O Ministro Relator, Sebastião Reis Júnior, deu razão ao MPF por entender que a acusada se excedeu em sua liberdade de expressão e acabou por propagar um discurso de ódio, o que caracterizaria crime, conforme dispositivo legal base da referida denúncia. Ademais, entendeu que não se aplicava no caso o princípio da insignificância. Nesse sentido, veja-se o trecho do voto do Ministro:

No mérito, entendo assistir razão ao Ministério Público e o faço com apoio em dois pressupostos básicos: a sua **tipicidade em tese da conduta, dada a criminalização do hate speech**, e a incompatibilidade do princípio da insignificância, tendo em vista a tutela eficiente dos bens jurídicos protegidos e a estrutura abstrata do tipo em epígrafe. (*grifei*)

O STJ, no presente caso, entendeu majoritariamente que, ao se referir aos nordestinos, pardos, bugres e índios como feios e sem moral, a usuária da rede social Twitter acabou por externalizar um juízo de inferioridade aos citados grupos,

<sup>27</sup> O referido princípio possui o objetivo de analisar, no caso concreto, a necessidade de movimentar o judiciário para proteção de um bem jurídico de seria “insignificante” ou não. Nas palavras de Francisco Vani Bemfica (2000): *“O princípio é muito liberal e procura esvaziar o direito penal. E, afinal, não é fácil medir a valorização do bem, para dar-lhe proteção jurídica. E sua adoção seria perigosa, mormente porque, à medida que se restringe o conceito de moral, mais fraco se torna o direito penal, que nem sempre deve acompanhar as mudanças da vida social, infelizmente para pior, mas detê-las, quando nocivas.”*

<sup>28</sup> “a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.” (MELO, 2011; HC n. 98.152, Supremo Tribunal Federal).

caracterizando, assim, a prática do crime de preconceito de etnia, raça, cor e procedência nacional (sendo, portanto, legal a intervenção estatal no presente caso).

Ademais, o STJ entendeu que os bens jurídicos tutelados pelo dispositivo legal em questão, quais sejam, “a igualdade, o pluralismo e a paz pública”, são bens de elevada importância e que negar proteção aos mesmos seria ignorar os fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

Assim, o Tribunal decidiu, por maioria de votos, que estavam presentes os requisitos constantes do artigo 22, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), o qual dá a parte interessada o direito de “requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Dessa maneira, o recurso especial foi provido pelo STJ e a quebra de sigilo telemático foi autorizada.

### **3.2.4 Recurso Especial Nº 1.569.850<sup>29</sup> – Superior Tribunal de Justiça**

Neste Recurso Especial, semelhantemente ao analisado anteriormente, o acusado, em postagem na rede social Facebook, publicou, dentre outras ofensas, o seguinte: *“Ebola, olha com carinho para o Nordeste e E aí tudo graças aos flagelados nordestinos que vivem de bolsa esmola”*. O debate se deu em torno da seguinte questão: se a referida publicação configuraria o disposto no artigo 20, §2º da lei 7.716/1989.

De maneira semelhante, o Ministério Público Federal (MPF) recorreu para que fosse determinada a quebra de sigilo telemático, a fim de rastrear e identificar o emissor da mensagem. Argumentou ainda que a publicação não deveria ser entendida como sendo direcionada a um indivíduo específico, mas sim a uma coletividade de indivíduos, configurando assim a prática do discurso de ódio.

O Ministro Relator, Sebastião Reis Júnior, mais uma vez deu razão aos argumentos do MPF e defendeu que a intenção do dispositivo legal era justamente combater a propagação do discurso de ódio e que no referido caso não estava contemplado pelo princípio da insignificância. Assim, o STJ deu provimento ao RE.

---

<sup>29</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/589769227/recurso-especial-resp-1569850-rn-2015-0302695-0/inteiro-teor-589769236>> Acesso em: 11 de dezembro de 2018.

Nesse sentido, as palavras do Ministro Relator:

Pelas razões expostas, entendo presente a potencialidade lesiva da conduta, visto que essa se adequa, a *priori* e em tese, ao tipo do art. 20, § 2º, da Lei dos Crimes Resultantes de Preconceito de Raça ou de Cor, tanto pela tipicidade formal como material. Assim, está satisfeito, o primeiro requisito previsto no art. 22, parágrafo único, I, da Lei n. 12.965/2014, Marco Civil da Internet, para quebra do sigilo de dados.

Muito embora a tese defendida no presente recurso especial tenha sido a mesma do RE anterior, dou destaque nesse momento ao argumento contrário utilizado pelo Ministro Presidente Nefi Cordeiro, conforme segue:

Infelizmente, na legislação brasileira, não há criminalização do discurso de ódio (*hate speech*). Temos, na legislação, a exigência, para a caracterização do preconceito, da restrição a direitos. E, na fala que é transcrita aqui, vejo apenas o discurso de ódio, manifestações altamente reprováveis numa sociedade que pretende ser igualitária, mas que não restringe direitos a ninguém.

Trago o presente trecho a fim de demonstrar que houve, por parte do Ministro Presidente, a relativização do Discurso de ódio. Ora, a maioria dos Ministros entendeu que o discurso de ódio é criminalizado pelo artigo em discussão, porém, infelizmente, o pensamento ainda não é unânime no referido Tribunal Superior.

A presente discussão se faz pertinente no momento em que comparamos a argumentação dos senhores ministros aos argumentos encontrados em nossa sociedade. A divergência de ideias e o pluralismo é extremamente necessário em uma sociedade democrática, posto que alimenta discussões e enriquece o debate, porém, a relativização de algo tão ofensivo como o discurso de ódio é, além de egoísta, perigoso (uma vez que inferiorizar um grupo em função de suas características faz com que o mesmo ocupe uma posição de desigualdade, saindo do contexto do debate e passando a habitar as margens da sociedade, em flagrante violação à sua dignidade humana).

### **3.4 Considerações acerca do tratamento dado ao discurso de ódio no Brasil**

Os casos analisados anteriormente, tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), quanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), revelam que

os tribunais superiores brasileiros têm entendido que, em sua maioria, o discurso de ódio representa um excesso ao exercício do direito de liberdade de expressão, sendo assim passível de limitação por parte do Judiciário.

Nesse sentido, cumpre incluir nesta análise o fato de que todos os casos envolvendo discurso de ódio que chegaram ao julgamento nos nossos tribunais superiores estavam relacionados aos crimes de que trata a Lei 7.716/1989, ou seja, todos esses casos se encontram tipificados como crimes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Ocorre que, como já explicitado anteriormente no presente trabalho, temos que o discurso de ódio vai além dos crimes contemplados no referido dispositivo legal, uma vez que, como citado anteriormente, o professor Daniel Sarmiento (2006, op. cit) acrescenta ao discurso de ódio, além dos citados na referida lei (crimes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional), os preconceitos relacionados ao “gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros”.

Nesse sentido, é de extrema importância que os tribunais superiores de nosso país tenham demonstrado, majoritariamente, um posicionamento de combate ao discurso de ódio, porém, se faz necessário estender essa definição, a fim de acolher em seu conceito outras minorias que, por vezes, são inferiorizadas e discriminadas em virtude da propagação do discurso odioso.

A questão do discurso de ódio, no Brasil, ganhou destaque com o julgamento do caso Ellwanger e este tem sido citado e lembrado nas decisões posteriores, como as que foram analisadas no presente capítulo.

Dessa maneira, entende-se que o Judiciário brasileiro tem seguido o entendimento de que a liberdade de expressão, apesar de ser um direito de importância elevada e reconhecida, não é absoluto, posto que outros direitos que se encontram no mesmo nível de hierárquico podem ser afetados caso haja uma ponderação desses direitos.

O limite da liberdade de expressão para o Judiciário brasileiro é atingido quando um discurso veiculado publicamente, seja por meio da internet, da TV, rádios etc., atinge uma coletividade de indivíduos por meio de manifestações que inferiorizem e discriminem, e que se encontre tipificado como crime pela nossa legislação, a exemplo dos crimes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Existem precedentes dos Tribunais Superiores que demonstram que preconceitos relacionados ao gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, não são considerados suficientes para configurar o discurso de ódio no entendimento do Judiciário brasileiro.

Para fins de ilustração, mencione-se o Mandado de Injunção Coletivo – 4733<sup>30</sup>, julgado pelo STF no ano de 2013, impetrado pela ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais) em que se busca que a homofobia e a transfobia sejam enquadrados “no conceito ontológico-constitucional de racismo ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais”, reconhecendo-se assim o discurso homofóbico e transfóbico como discurso de ódio, a fim de que seja punido pelo Judiciário como os demais casos já reconhecidos.

A ordem injuncional, porém, foi denegada pelo Senado Federal, sob o argumento de falta de interesse de agir, pela inadequação da via eleita e pela ausência do dever constitucional de legislar. Em suma, a propagação do discurso homofóbico e transfóbico não foi reconhecido como discurso de ódio, sendo assim, não é passível de limitação posto que é caracterizado como simples manifestação de pensamento.

Como dito pelo Ministro Nefi Cordeiro, “Infelizmente, na legislação brasileira, não há criminalização do discurso de ódio (*hate speech*).”<sup>31</sup>

Dito isto, concluímos que o discurso de ódio, de fato, não é criminalizado em sua totalidade, sendo combatido apenas nos casos a que se refere a lei 7.716/1989, deixando de lado, até o momento, a limitação aos discursos preconceituosos em relação ao gênero, orientação sexual, deficiência, dentre outros.

Nesse sentido:

Desta forma, não resta dúvidas de que há previsão, no ordenamento pátrio, de limites e restrições ao exercício da liberdade de expressão. Contudo, apesar de se concluir, pelo já exposto, que o discurso de ódio se trata de um abuso ao exercício dessa liberdade, criando, portanto, um novo limite a ser a ela imposto, ainda não se encontra, no sistema jurídico brasileiro, legislação que o proíba em toda a sua dimensão. (ALVES; MISI, 2016, p. 13)

---

<sup>30</sup> Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf> Acesso em: 16 de dezembro de 2018

<sup>31</sup> Recurso Especial Nº 1.569.850 (op. cit)

Assim, comparando o posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros com a jurisprudência e pareceres emitidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos depreende-se que, embora o Brasil venha seguindo as orientações da Corte Interamericana, limitando a liberdade de expressão nos casos previstos em nossa legislação ordinária, eles permanecem inertes e omissos em relação aos casos não contemplados pelo CP e pela Lei 7.716/1999, como visto anteriormente.

## CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho foi possível analisar historicamente a evolução e consolidação dos direitos fundamentais, bem como os conflitos decorrentes do confronto entre tais direitos.

Estudou-se a ponderação, mecanismo de solução para esse conflito de direitos fundamentais, especificamente nos casos envolvendo a liberdade de expressão e o discurso de ódio (que acaba por ferir outro direito fundamental, qual seja a dignidade da pessoa humana e a igualdade.)

Restou claro que a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem grande importância para a consolidação de uma sociedade democrática, devendo ser preservada ao máximo.

Ademais, conclui-se que o discurso de ódio se caracteriza pela manifestação de pensamento preconceituoso contra minorias, com o intuito de discriminar e inferiorizar tais grupos.

Assim, faz-se necessário uma análise do caso concreto a fim de ponderar esses valores conflitantes.

Analisando os casos no direito comparado foi possível perceber que a jurisprudência internacional tem se mostrado empenhada no sentido de combater a propagação do discurso de ódio, reconhecendo o mesmo como um excesso à liberdade de expressão e limitando este direito fundamental quando preenchidos requisitos de proporcionalidade, necessidade e interesse coletivo.

As cortes Internacionais de direitos humanos, de maneira semelhante, têm limitado a liberdade de expressão nos casos de excesso e a propagação de discursos preconceituosos, discriminatórios e violentos.

Ademais, tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos, têm orientado os países membros a seguirem o mesmo posicionamento.

No Brasil, o discurso de ódio é reconhecido e combatido com base, especialmente, quando configurados dois dispositivos legais, quais sejam: o artigo 140, § 3º Código Penal e da Lei 7.716/1989 (o primeiro trata-se do crime de injúria qualificada e o último dos crimes decorrentes de preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional).

Dessa maneira, conclui-se que o Brasil tem combatido o discurso de ódio sempre que este se mostra tipificado na legislação nacional, ademais, que os tribunais superiores brasileiros têm seguido as orientações jurisprudenciais da CIDH, porém, não em sua totalidade.

Nesse sentido, faz-se necessária a evolução do entendimento dos tribunais brasileiros, no sentido de reconhecer como discurso de ódio não somente as práticas já tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro como criminosas, mas também aquelas que ainda não se encontram sob a proteção legislativa nacional, como os discursos que inferiorizam pessoas em decorrência do gênero, orientação sexual, deficiências físicas e mentais, dentre outros.

**BIBLIOGRAFIA:**

ABRÃO, Bernadette Siqueira., 2004, **A História da Filosofia**. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2004.

ALVES, Ayla do Vale; MISI, Marcia Costa. **Da liberdade de expressão ao discurso de ódio: uma análise da adequação do entendimento jurisprudencial brasileiro à jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos**. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/69863/40497> Acesso em: 16 de dezembro de 2018.

AUAD, Denise. **Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição federal brasileira**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 337 – 355, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade**. Critérios de Ponderação. Rio De Janeiro, 2004.

BEHRENS, Yves West. **A tutela da liberdade de expressão pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América**. Revista Jus Navigandi, 30 abr. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57261>>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

BEMFICA, Vani. **Da teoria do Crime**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**, pp. 230 e 231. São Paulo; Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVELLI, Hurbano; SCHOLL, Sandra. **Evolução histórica dos direitos Fundamentais**: Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242914>>.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COGGIOLA, Osvaldo. **Novamente, a Revolução Francesa**. Revista: Projeto História, São Paulo, n. 47, pp. 283-284, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COURT, Justia US Supreme.. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us>>. Acesso em: 13 set. 2018.

DWORKIN, R. M. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 568 p.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Féret versus Bélgica**. 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/Cbrixc>>. Acesso em: 22 de outubro de 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Norwood versus Reino Unido**. 2003a. Disponível em: <<https://goo.gl/21rYMd>>. Acesso em: 22 de outubro de 2018.

FONSECA, Rodrigo Oliveira. **Franceses contra portugueses? Conjuração Baiana e nacionalidades impossíveis**. Revista História: Debates e Tendências – v. 13, n. 1, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, p. 256. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (BRASIL). **Carta das Nações Unidas (1945)**. Disponível em: <<https://goo.gl/SjsryS>>. Acesso em: 21 de outubro de 2018.

PEREIRA, Guilherme Bollorini. **A experiência constitucional norte americana**. Revista da EMERJ, v.5, n.17, 2002.

PRATES, Francisco de Castilho. **Discursos de ódio e o Tribunal Europeu dos**

**Direitos Humanos: enfrentando os desafios à liberdade de expressão.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 93-115, abr. 2018.

**ROCHA, Daniel.** Os 20 ataques com armas de fogo mais mortíferos em escolas e universidades. **Disponível em:** <<https://www.publico.pt/2018/02/15/mundo/noticia/os-20-piores-tiroteios-em-escolas-e-universidades-norteamericanas-1803207>> **Acesso em: 25 de outubro de 2018.**

SANTOS, Carla Maia dos. ***Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais?*** Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 17 de outubro de 2018.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”.** In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16 maio-junho-julho-agosto, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

SILVA, Simon Riemann Costa e. **Da redemocratização do Brasil através das Constituições de 1946 e 1988.** Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 13, nº 26. Pp. 189–207, 2011.