

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Jéssica Mendes Fortaleza Teixeira

Polarização e Ruptura:

**O problema da restrição da liberdade de expressão no
discurso de ódio**

Brasília

2016

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Jéssica Mendes Fortaleza Teixeira

Polarização e Ruptura:

**O problema da restrição da liberdade de expressão no
discurso de ódio**

Trabalho apresentado como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, sob a orientação do Prof. Me. Danilo Porfírio de Castro Vieira.

Brasília

2016

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Jéssica Mendes Fortaleza Teixeira

Polarização e Ruptura:

**O problema da restrição da liberdade de expressão no
discurso de ódio**

Trabalho apresentado como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, sob a orientação do Prof. Me. Danilo Porfírio de Castro Vieira.

BRASÍLIA, 29 DE SETEMBRO DE 2016

BANCA EXAMINADORA

Prof. Danilo Porfírio de Castro Vieira, Me.

Profa. Camila Bottaro Sales

Prof. Julio Cesar Lerias Ribeiro

A liberdade, Sancho, é um dos mais preciosos dons que os céus deram aos homens; a ela não podem igualar-se os tesouros da terra nem do mar. Pela liberdade, assim como pela honra, se pode e se deve arriscar a vida.

Cervantes

Não existe nenhuma outra palavra que tenha recebido significações tão diferentes, e que de tão variadas maneiras tenha impressionado os espíritos, que a palavra liberdade.

Montesquieu

*Não a nós, Senhor, nenhuma glória para nós, mas
sim ao teu nome, por teu amor e por tua fidelidade!*

Salmos, 115:1

Ao meu pai,

Por ter me ajudado a 'escolher' o curso de Direito, foi a melhor decisão da minha vida.

À minha mãe,

Por ser poço de ternura, amor e sabedoria.

À Nathália,

Por tanto me ensinar sobre a vida.

Ao Pedro Paulo, à Maria Clara e à Valentina

Por todo o amor e todo o companheirismo.

À Dani, à Carol e ao Rafa,

Pela incondicional amizade.

Ao professor Danilo que desde o primeiro dia na faculdade de Direito me incentivou a caminhar entre a Filosofia, a História e o Direito.

RESUMO

A liberdade de expressão foi conquistada graças às Revoluções Europeias, do século XVII, que faziam oposição às monarquias despóticas que governavam o Velho Continente. As liberdades surgiram para dar voz aos indivíduos e os constituírem ser de direitos em face do Estado, o qual não possuía mais legitimidade para invadir a esfera pessoal do cidadão arbitrariamente. A partir de então, a liberdade de expressão passou a fazer parte do rol de direitos fundamentais inerentes a qualquer ser humano, garantidos nas constituições. Acontece que a vida em sociedade impõe diversos desafios para a manutenção da ordem social e, entre esses desafios, encontra-se a colisão de direitos constitucionalmente previstos. Sendo assim, este trabalho ocupa-se da análise entre a colisão da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana, quando há o uso de um princípio com o deliberado intuito de infringir o outro, no caso, o uso da liberdade de expressão para proferir discursos de ódio e ferir a honra, a imagem ou a estima de determinados seguimentos da sociedade. Cada ordenamento jurídico acaba harmonizando a colisão de uma determinada forma particular e isso se dá por motivos não só jurídicos, mas também históricos e políticos, como veremos. Nesse sentido, os dois grandes expoentes, no Direito Comparado, são os Estados Unidos e a Alemanha, que tratam o discurso de ódio de diferentes formas e por distintas razões que serão expostas no presente trabalho. Ao final, analisaremos o tratamento que o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, deu para o conflito dos princípios, quando se debruçou sobre o *Habeas Corpus* 82.424/RS, de Siegfried Ellwanger.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Siegfried Ellwanger.

ABSTRACT

Freedom of expression was conquered through the European revolutions in the XVII century, which made opposition to the despotic monarchies that had power over the Old Continent. Freedom was born to give voice to individuals and make them right before the State, which no longer had legitimacy to arbitrarily invade the personal sphere of citizens. Since then, freedom of expression became part of the list of fundamental rights inherent to every human being, granted by the constitution. However, life in society imposes numerous challenges to the maintenance of social order, among these, the collision of constitutional rights granted by law. Therefore, this research will analyze the collision between freedom of expression and human dignity, when its intention is to encroach a fellow citizen. In this case, the use of freedom of expression to propagate hate speech and to hurt the honor, image, or self-esteem of specific segments of society. Each legal ordinance harmonizes this collision in a particular way, not only due to juridical reasons, but also due to historical and political reasons. The two exponents of this comparative law perspective are the United States of America and Germany, which handle hate speech with different approaches for different reasons, which are exposed in this article. This article also analyses the treatment the Supreme Court of Brazil gave to conflicts of principles, specifically in the case Siegfried Ellwanger (*Habeas Corpus 82.424/RS*).

Key words: Freedom of expression. Hate speech. Siegfried Ellwanger.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	11
2	LIBERDADE DE EXPRESSÃO	13
2..1	<i>Contexto Histórico dos direitos fundamentais</i>	14
2..2	<i>Natureza Jurídica da Liberdade de Expressão</i>	17
2..3	<i>Liberdade de expressão como mecanismo de efetivação da democracia</i>	21
2..4	<i>Colisão de direitos e consequentes limites à liberdade de expressão</i>	23
3	O DISCURSO DE ÓDIO E SUAS IMPLICAÇÕES AO SISTEMA REPUBLICANO	27
3..1	<i>República e Democracia, na perspectiva ocidental.</i>	27
3..2	<i>O problema do “discurso de ódio” na República.</i>	31
3..3	<i>– Discurso de ódio.</i>	32
4	SOLUÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO NOS ESTADOS UNIDOS, NA ALEMANHA E NO BRASIL.....	36
4..1	<i>Sistema americano de proteção à liberdade de expressão</i>	36
4..2	<i>O sistema alemão de proteção da liberdade de expressão</i>	40
4..3	<i>Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil: uma análise sobre o HC 82.424/RS</i>	45
4..4	<i>CONCLUSÕES PARCIAIS</i>	53

1 INTRODUÇÃO

Realiza-se no presente trabalho um exame do complexo tema da liberdade de expressão e do discurso de ódio. A liberdade de expressão surgiu no seio das revoluções burguesas, na Europa, no século XVII e seguintes. Surgiu para garantir que o Estado não era mais legítimo para decidir o que podia ou não ser noticiado, publicado, pensado e falado. A liberdade de expressão, assim como todas as outras liberdades, se efetiva no momento que o Estado se abstém de intervir na vida privada do indivíduo, pois, a partir de então, passa a ser limitado pelas constituições. Não há que falar na célebre frase de Luís XIV, da França, “L'état, c'est moi”¹ cuida-se agora de um Estado súdito da vontade de seus cidadãos, baseado nos princípios fundamentais.

Pois bem, no Capítulo 1 do presente trabalho trataremos de sucinta análise dos direitos fundamentais, tendo em vista que são *fundamentais* na medida em que conferem dignidade à existência do homem e limitam a atuação arbitrária do Estado. Posteriormente, adentraremos ao estudo mais aprofundado da liberdade de expressão, tendo em vista sua importância para a efetivação da democracia e manutenção do livre trânsito de ideias, garantindo um espaço público pluralista, inovador e tolerante com as diferenças.

Já no Capítulo 2 nos preocuparemos com o exame do discurso de ódio e os problemas que acarreta à coletividade, seja por suas ideias discriminatórias, seja por sua intolerância quanto às diferenças, seja por ferir a dignidade do outro. Sendo assim, faz-se necessário estudar o discurso de ódio e as mazelas que lhe são inerentes, pois, muitas vezes deturpa-se o princípio da liberdade de expressão, com a intenção de pulverizar, na sociedade, ideias odiosas.

Por fim, o Capítulo 3 trará uma análise jurisprudencial do tratamento que os Estados Unidos e a Alemanha dão quando ocorre o conflito da liberdade de expressão com a questão do *hate speech*, aceita-se ou repreende-se?. Adiantamos, no entanto, que os dois países ofertaram soluções jurídicas bastante diferentes quando suas cortes constitucionais tiveram a oportunidade de se manifestarem a respeito da matéria.

¹ “O Estado sou eu.”

Mas não poderíamos finalizar o trabalho sem analisarmos o tratamento dispensado pelo Brasil, que teve a oportunidade de se posicionar sobre a questão no ano de 2003, quando Siegfried Ellwanger impetrou, na nossa Corte Suprema, o *Habeas Corpus n° 82.424/RS*. O julgado tornou-se um dos mais famosos e importantes já proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, que achou por bem privilegiar a igualdade material em detrimento da liberdade de expressão, ao entender que este direito não se presta a refugiar ideias de conteúdo discriminatório e intolerante.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Para começarmos, é importante destacar que a liberdade expressão, por óbvio, é ramo do tronco comum *liberdade*. Diversos autores ocupam-se da definição de *liberdade*, o que, no entanto, não é foco do presente trabalho. Mas, suscintamente, merece destaque a lição do professor Danilo Porfírio, que conceitua a liberdade como sendo a soberania da vontade cumulada com a ação do ser humano, resultando, portanto, no direito deste de tomar suas próprias decisões. Ensina, brilhantemente, que a “liberdade é o contrapeso da massificação”, isto é, é a afirmação da própria essência de si em face da múltipla coletividade.²

É intrínseca ao ser humano a necessidade de exposição de suas ideias, opiniões e pensamentos e de tentar convencer os seus pares a respeito da importância e veridades deles.³ Para isso, faz-se mister analisar a questão da liberdade de expressão em todas as suas esferas e dimensões, uma vez que igualdade e liberdade são corolários da dignidade da pessoa humana, elevadas ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito e “vértice do sistema dos direitos fundamentais”⁴. Sendo assim, analisar-se-á, primeiramente, a liberdade de expressão sob o prisma de um direito fundamental de primeira geração e, posteriormente, como um instrumento de propagação de ideias e, também, meio de afirmação do próprio homem no seu espaço-tempo.

Gilmar Mendes aponta que é bastante útil, quando do enfrentamento de problemas interligados com o âmbito normativo desse direito, que se busque compreender o que fundamenta, a princípio, a proteção à liberdade. Aponta, também, que existem diferentes argumentos que procuram justificar tal importância, argumentos que não se anulam entre si, mas complementam-se.⁵

O primeiro é o chamado *argumento humanista*, que preleciona a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana; já o *argumento*

² VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Os contratos na gênese do direito**. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 69.

³ MEYER-PFLUG Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 69.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

democrático acentua que o autogoverno busca proteger o discurso político das interferências do poder; e, por fim, apresenta, ainda, o *argumento cético*, que aduz que a liberdade para “criticar os governantes é um meio indispensável de controle de uma atividade [a política] que é tão interesseira e egoísta como a de qualquer outro agente social”.⁶

2..1 Contexto Histórico dos direitos fundamentais

Para a compreensão da liberdade de expressão faz-se necessário pincelar de forma ainda que simplória o contexto histórico que serviu de plano de fundo para que as liberdades adquirissem tal *status* no ordenamento jurídico. Passemos, portanto, à análise.

O professor Uadi Lammêgo Bulos⁷ adota uma conceituação bastante elucidativa para o termo *direitos fundamentais*, definindo-os como:

Conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Os direitos fundamentais são aquisições históricas do homem criadas, precipuamente, a partir das revoluções burguesas, da Europa, do século XVII e seguintes, as quais tinham o escopo de proteger os indivíduos de possíveis ações arbitrárias Estado.⁸ Surgiu indissociavelmente com a ideia do Estado Democrático de Direito, isto é, o Estado de poderes limitados que, por conseguinte, surgiu com os movimentos constitucionalistas. Por isso, é possível afirmar que há uma forte ligação entre direitos fundamentais e constituição.⁹

Paulo Gustavo Gonet Branco nos ensina que os direitos fundamentais somente assumem posição de realce na sociedade a partir do momento que o cidadão passa a reconhecer que, antes de possuir deveres em face do Estado, possui direitos. E

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2007. p.401.

⁸ OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 48.

⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>.. Acesso em: 24.maio.2016. p. 1.

até mesmo os deveres que possui só se justificam para atender às necessidades do indivíduo¹⁰.

A liberdade configura-se como sendo um direito fundamental de primeira geração, isto é, faz parte daquela gama de direitos que se perfazem – e se satisfazem – por uma não manifestação do Estado, são os direitos negativos.

Na visão do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho a opressão absolutista foi a causa mais latente do surgimento das declarações que tinham por objeto a proteção do homem perante o Estado, como por exemplo, a Declaração do Estado da Virgínia, de 1776, ou, a mais influente delas, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França. O autor elenca, ainda, como uma das causas para tais declarações, o contexto econômico, que, em resposta à Revolução Inglesa- que ainda surtia efeito por toda a Europa e nos Estados Unidos- fez com que o progresso acontecesse através dos esforços envidados pelo indivíduo. Importante lembrar que a afirmação do indivíduo se fazia necessária para a solidificação do avanço econômico e se fez presente na maioria das Constituições elaboradas no último século.¹¹

Uadi Lammêgo Bulos esclarece, ainda, que a primeira geração de direitos fundamentais nasce com o surgimento dos direitos e garantias individuais clássicos, que encontram o seu embasamento na limitação do poder estatal. Nessa fase da história ocidental, prestigiavam-se as denominadas *prestações negativas*. Ou seja, visava-se à preservação e à valorização do direito à vida e às liberdades diversas.¹² Tais direitos foram “declarados a partir da Revolução Francesa, como ínsitos ao cidadão, supondo o respeito e a abstenção do Estado (direitos negativos ou de defesa)”.¹³ Os direitos fundamentais visam à criação e manutenção de pressupostos essenciais para a vida lastreados na liberdade e na dignidade humana.¹⁴

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 136.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 315 e 316.

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 406.

¹³ MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Tratado de direito Constitucional**, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 315.

¹⁴ HESSE, Konrad. **Rundrechte, in Staatslexikon** Vol. 2. Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 574.

Sendo assim, é possível afirmar que a liberdade e a dignificação do homem formam o substrato essencial para a fundamentação e justificação de todos os direitos posteriormente surgidos.

2..1.1 *Características dos Direitos Fundamentais*

Em razão da importância que possuem no ordenamento jurídico, os direitos fundamentais são dotados de características que os colocam em posição de destaque em relação a outros direitos que compõem o acervo jurídico do indivíduo. E nesse sentido, temos como características mais comuns dos direitos fundamentais a sua *universalidade, historicidade, inalienabilidade e imprescritibilidade*;¹⁵

Os direitos fundamentais são *universais* na medida em que deveriam ser válidos em todos os lugares – pelo menos onde existir Estado Democrático de Direito, e tem todas as pessoas como seus titulares; são *históricos* uma vez que sua construção é gradativa (caminha lado-a-lado com a História da humanidade), podem surgir e desaparecer de acordo com o contexto histórico no qual estão inserido; os direitos fundamentais são *inalienáveis e imprescritíveis* pois, não podem ser objeto de qualquer disposição pelo seu detentor ou prescreverem com a sua não utilização, respectivamente. Pois bem, os direitos fundamentais são aqueles observáveis e presentes no Estado Democrático de Direito, constituem um *minimo minimorum* para o indivíduo e se prestam a garantir o respeito à dignidade humana.¹⁶

2..1.2 *Funções dos direitos fundamentais*

A efetivação da dignidade da pessoa humana se dá quando se esclarece as funções dos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico¹⁷ Pois bem, por desempenharem funções múltiplas tanto na sociedade quanto na ordem jurídica, tais direitos conseqüentemente acabam possuindo diferentes classificações na doutrina.

Escolhemos no presente trabalho adotar a classificação do constitucionalista português José Joaquim Gomes Cantilho¹⁸ que enumera as seguintes funções: (a) *função de defesa ou de liberdade* que possui atribuição dupla na ordem

¹⁵ Bulos, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 406.

¹⁶ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência**. 19 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 74.

¹⁷ TRINDADE, André. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 62.

¹⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 373 – 375.

jurídica, uma de caráter positivo e outra de caráter negativo. A última define que haverá limitações ao poder público, que não poderá intervir na vida privada do indivíduo. Por outro lado, a positiva garante ao indivíduo a prerrogativa de exigir omissões por parte do Estado; (b) *função de prestação social* que, por sua vez, é a possibilidade a que o cidadão tem de poder requerer do Estado alguma prestação social; (c) *função de proteção perante terceiros* que é aquela que decorre diretamente da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, é possível que se oponha medidas com vistas a proteger um cidadão em face de outro.

A liberdade de expressão, por óbvio, constaria do rol das funções de garantia de não intervenção do Estado na esfera privada do indivíduo, inclusive na de suas manifestações religiosas, políticas e filosóficas. Mas o que é a liberdade de expressão?

2.2 Natureza Jurídica da Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão é o instrumento por meio do qual se assegura a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num comportamento permanentemente crítico. Nessa qualidade, a liberdade de expressão integra o sistema jurídico-constitucional de direitos fundamentais, traduzindo-se como valor presente tanto para caracterização da dignidade humana quanto para aplicação dos princípios gerais de liberdade e igualdade.

Lato sensu a liberdade de expressão é um direito multifuncional, que se transmuta num leque de direitos intercomunicativos fundamentais, que a ela são inerentes, tais como a liberdade de expressão *stricto sensu*, a liberdade de informação, a liberdade de jornalismo e a liberdade de exercício profissional, por exemplo.¹⁹ Em resumo, podemos afirmar que a liberdade de expressão relaciona-se à manifestação de qualquer “concepção intelectual”²⁰

Ronald Dworkin defende que liberdade de expressão pode ser classificada em duas categorias que refletem a abrangência de sua importância: na primeira categoria denominada de *instrumental*, a liberdade de expressão traz a permissão de as pessoas dizerem o que melhor entendem, não por tal permissão ser um

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Biografia não autorizada versus liberdade de expressão**. 2a. Ed. Curitiba : Juruá, 2015. p. 25 e 26.

²⁰ SEGADO, Francisco Fernández. **El sistema constitucional español**. Madrid: Dyckinson, 1992. p. 319. Apud. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 66.

“direito moral”, mas por acarretar efeitos benéficos para a sociedade como um todo²¹. Já a segunda categoria procura justificar a defesa da liberdade de expressão como um dever do Estado de enxergar os cidadãos como seres responsáveis e maduros, em regra, e, assim, capazes de tomarem suas próprias decisões sobre o que é bom ou mal, o que é certo ou errado, verdadeiro ou falso.

O filósofo norte americano preleciona, por fim, que

só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos de ouvi-la e ponderá-la

Para Joaquim José Gomes Canotilho a liberdade de expressão cultural possui dois núcleos essenciais de proteção alargada: um âmbito de criação e um âmbito de impacto. Em que por *âmbito de criação* entende-se a possibilidade que o sujeito criador tem de selecionar de maneira autônoma o tema de sua obra discursiva. *Âmbito de impacto*, por sua vez, é a possibilidade de se decidir de forma livre acerca da divulgação da obra, adequando-se aos fins e efeitos com que com ela se deseja produzir. Sendo assim, é bastante preferível que sejam reparados

ex post facto as infrações e os abusos que em concreto possam ser cometidos do que impedir *ex ante*, em abstrato ou em concreto, de forma especulativa e independente da verificação de um ilícito ou dano, o exercício do direito fundamental de liberdade de expressão.²² (Grifo nosso)

Fernando Toller nos ensina que para a doutrina das restrições prévias “a única regulação jurídica legítima é um sistema de responsabilidade *ex post facto*, que não evita a ação antijurídica cometida através de expressões, mas que a repare ou sancione uma vez ocorrida.”²³ Pois eventuais abusos não são combatidos com a supressão do discurso, mas sim com mais liberdade de expressão, “afinal, no livre

²¹ DWOKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006. p. 318.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Biografia não autorizada versus liberdade de expressão**. 2a. Ed. Curitiba : Juruá, 2015. p. 25 e 26.

²³ TOLLER, Fernando M. **O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores**. Tradução Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010. p.55

mercado de ideias cabe à sociedade – e não ao Estado – decidir quais as ideias que irão granjear a simpatia da maioria das pessoas”.²⁴

O professor Luís Roberto Barroso lembra-nos que o uso abusivo da liberdade de expressão pode ser minorado por diversos instrumentos de reparação, tais como a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil e/ou penal e, somente em casos extremos, a interdição da divulgação.²⁵ E por isso mesmo a censura prévia configura-se desnecessária e até mesmo antidemocrática. Ainda em tempo, é importante analisarmos os dizeres de John Stuart Mill, ilustre filósofo inglês, do século XIX, que tem suas ideias apresentadas por Nicholas Capaldi,²⁶ no trecho a seguir:

Não pretendo que o uso mais irrestrito da liberdade de enunciar todas as opiniões possíveis traga fim aos males do sectarismo religioso e filosófico. Cada verdade que homens de limitada capacidade investigam seriamente é sem dúvida asseverada, inculcada e até de numerosas maneiras exercida, como se no mundo não existisse outra ou, em todo caso, como se não houvesse nenhuma com possibilidade de limitar ou restringir a primeira. Reconheço que a tendência de todas as opiniões a se tornarem sectárias não se cura com a mais livre discussão, senão que por ela é muitas vezes aumentada e exacerbada; sendo a verdade que deveria ter sido vista, mas não o foi, rejeitada com maior violência porque proclamada por pessoas consideradas opositoras. Mas não é sobre o partidário apaixonado, **é sobre o observador mais calmo e desinteressado que essa colisão de opiniões produz efeito salutar.** O temível não é o conflito violento entre partes da verdade, mas a tranquila supressão de metade da mesma: **há sempre esperança quando as pessoas têm de ouvir ambos os lados;** é quando escutam só um que os erros consolidam-se em preconceitos e a própria verdade deixa de ter o efeito da verdade, exagerando-se em falsidade. E já que há poucos atributos mentais mais raros do que judiciosa faculdade de decidir inteligentemente entre dois lados de uma questão só um acha-se representado por um advogado, a verdade só tem oportunidade na proporção em que cada aspecto seu, cada opinião que corporifica alguma fração da verdade não apenas encontra advogados, mas é tão defendida que passa a ser escutada. (Grifo nosso)

Dessa forma, é possível concluir que o direito à liberdade de expressão consiste na possibilidade jurídica que cada pessoa tem de pensar e abraçar ideias e ideais que melhor entenda, não sendo passível de sofrer qualquer tipo de restrição ou retaliação por parte do Estado em função disso.

²⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política.** Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. Fevereiro de 2014. p. 60.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v.1, n. 235. Jan/Mar. 2004. p. 27.

²⁶ CAPALDI, Nicholas. **Da liberdade de expressão: uma antologia de Stuart Mill a Marcuse.** Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, Instituto de Documentação, Serviço de Publicações, 1974. p. 38.

Sendo assim, ao afirmamos que o Estado deve eximir-se de criar obstáculos ao exercício da liberdade de expressão, embasamo-nos na elementar característica dos direitos fundamentais de primeira geração, qual seja: abstenção do poder público em face do cidadão. Importante destacar que também cabe ao Estado fornecer as estruturas necessárias para que o direito fundamental à informação seja efetivado e beneficie toda a sociedade, não se “reduzindo a mero enfeite jurídico ou a um alçapão verbal judicialmente formulado”.²⁷

Portanto, é possível afirmar que a liberdade de expressão é inerente a regimes democráticos, não comportando em seu bojo os regimes de censura prévia, tais como os sistemas de governo comunista, fascista e nacional-socialista, que instrumentalizaram, por exemplo, os meios de comunicação para alcance de suas obscuras finalidades²⁸.

Edilsom Farias nos alerta, porém, que a manifestação de pensamentos, de ideias, de opiniões, de crenças e de juízos de valor constituem os objetos que a liberdade de expressão visa proteger²⁹, e tal manifestação limita-se somente a um “impacto espiritual”, não abarca então qualquer espécie de coação física³⁰.

Para concluir, podemos afirmar que a liberdade de expressão possui, portanto, conteúdo meramente subjetivo e abstrato.³¹ E, em função dessa natureza abstrata, não se presta a uma demonstração de exatidão. Por um lado, possibilita que aquele que a exerce não fique preso necessariamente à prova da veracidade de tal manifestação.³² Mas, por outro lado, protege também o campo de ação do direito alheio que possa vir a ser agredido.³³ É uma via de duas mãos que possibilita, ao mesmo tempo, o livre trânsito de ideias e a possível proteção jurídica daquele que seja ofendido

²⁷ FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 87

²⁸ MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Liberdade de expressão e a colisão de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2010. p.96

²⁹ FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 55.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 298.

³¹ CHEQUER, Claudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro : Lumem Juris, 2011. p. 12.

³² CHEQUER, Claudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro : Lumem Juris, 2011. p. 13.

³³ MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Liberdade de expressão e a colisão de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2010. p. 93.

com tal manifestação. Pois, a liberdade de expressão não poderá ser usada para fins de legitimação da violência, incitação ao ódio, subversão dos valores democráticos ou obscenidades, sob o pretexto de estar amparada pelo princípio constitucional da incensurabilidade.

2..3 Liberdade de expressão como mecanismo de efetivação da democracia

É bem verdade que o princípio da liberdade de expressão é meio de efetivação da democracia, como veremos no presente tópico, no entanto, antes é importante alocar a liberdade de expressão como ramo diretamente decorrente de seu tronco maior: a liberdade.

A liberdade de expressão efetiva-se numa democracia no momento em que se torna não apenas instrumento de afirmação do homem perante a comunidade em que está inserido, mas, principalmente, no momento em que se torna meio de efetivação de outros direitos fundamentais. Tatiana Stroppa defende que a falta da liberdade de imprensa e de eleições periódicas, na maior parte das vezes, faz com que os governantes consigam esquivar-se da pressão popular e, conseqüentemente, não dão respostas eficientes aos problemas sociais, por exemplo.³⁴

O bem-estar dos cidadãos, a democracia e a liberdade de expressão estão, portanto, intimamente ligados e pulverizados na sociedade, tendo em vista a interdependência de um para com a saudável manutenção do outro. Desta forma, em um contexto democrático e pluralista, a imprensa livre torna-se não apenas forma de verbalização e manifestação das vontades sociais, como também, ferramenta de publicização e fiscalização dos feitos – e gastos - do Estado.

Em uma democracia, toda a sociedade é capaz de influenciar as decisões, sem significar, necessariamente, que o ideário democrático se limita apenas à exigência de eleições periódicas. Nesse mesmo sentido, Ronald Dworkin defende que a democracia não se perfaz exclusivamente através de eleições. O autor apresenta, por outro lado, as três principais dimensões da democracia, quais sejam: (a) a soberania popular; (b) a igualdade; e (c) o discurso democrático, que basicamente é a ideia de que o autogoverno coletivo estará fadado ao fracasso caso o discurso público seja

³⁴ STROPPIA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 62

restringido pela censura ou se estiver contaminado com insultos entre os indivíduos que compõe a sociedade.

Nesse mesmo sentido, Giovanni Sartori defende a ideia de que as eleições simbolizam a “garantia mecânica da democracia”, enquanto que a possibilidade de formação de uma opinião pública autônoma representa a “garantia substantiva da democracia” por meio da liberdade de expressão.³⁵

Rawls, por sua vez, defende que muito embora os cidadãos, em uma sociedade estruturada, venham a assumir as mesmas concepções políticas de justiça, certo é que não o farão pelas mesmas razões³⁶. Logo, o pressuposto pluralista está assentado sob as várias dimensões que a liberdade de expressão passa a assumir, tais como o direito à opinião, direito de imprensa, e a proibição da censura. E daí surge a necessidade de que a imprensa seja livre, pois, só assim age como veículo informador do público e, por consequência, formador de opinião.

René Bourdoncle ressalta a indissociável relação entre a liberdade de expressão e a democracia, no seguinte trecho:

A liberdade de opinião comporta o dever de criticar, censurar e fazer oposição ao governo por atos, palavras ou escritos – com reserva do que é erigido em infração e punido como tal pela lei penal – pois o regime democrático compreende como elemento essencial a ação da opinião pública sobre o governo do país. Esta ação deve se fazer sentir não somente no momento das eleições, mas em todos os tempos, mediante atos palavras ou escritos que contenham manifestação de opinião, tendo em vista a atividade governamental.³⁷

Em sua obra, Claudio Chequer também defende que a liberdade de expressão é uma decorrência do sistema democrático de tomada de decisões, porque contribui para a formação da opinião pública acerca de debates públicos.³⁸

³⁵ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: as questões clássicas**. São Paulo: Ática, 1987. v.1. p. 86.

³⁶ RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martin Fontes, 2003. p. 47.

³⁷ BOURDONCLE, René. **Fonction publique et liberté d'opinion en droit positif français**. Paris:Libr. Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1957.p.57

³⁸ CHEQUER, Claudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)**. Rio de Janeiro : Lumem Juris, 2011. p. 29.

Por outro lado, em regimes autoritários ou totalitários, preleciona Jorge Miranda, as restrições atingem o cerne das liberdades, através da censura, afastando-se das ideias pluralistas. A informação, nesses casos, passa a servir aos interesses dos regimes e o Estado passa a ser a única fonte de informação dos cidadãos,³⁹ estabelecendo a ditadura informativa e a censura torna-se seu principal instrumento de tolhimento de direitos.

Censura, esclarece Luís Roberto Barroso, é a

Submissão à deliberação de outrem do conteúdo de uma manifestação do pensamento, como uma condição prévia de sua veiculação. Costuma ser associada a uma competência discricionária da Administração Pública, pautada por critérios de ordem política ou moral [...] Com ela não se confunde a existência de mecanismo de *controle*, que é a verificação do cumprimento das normas gerais e abstratas preexistentes.⁴⁰

Importante destaca, por fim, que apesar de sua importância para a dinâmica do sistema democrático, a vedação à censura não se opõe à possível responsabilização do indivíduo nas esferas cível e penal,⁴¹ quando juridicamente necessário.

2..4 Colisão de direitos e consequentes limites à liberdade de expressão

Quando duas situações protegidas como direitos fundamentais entram em rota de colisão, o que acontece? É com este questionamento que iniciamos o presente tópico, uma vez que é bastante comum que direitos denominados *fundamentais*, constitucionalmente previstos, não convirjam para a mesma direção quando analisados isoladamente. No entanto, quando examinados diante de uma adequada contextualização tomam contornos diferentes e harmonizam-se no ordenamento jurídico, em regra.

Antes de tudo há que se falar, neste ponto, que Joaquim José Gomes Canotilho faz uma importante e breve distinção entre colisão de direitos e concorrência de direitos.⁴² A concorrência de direitos se dá

³⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional TOMO IV**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 459.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª. Ed. 2002. p. 347.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 298.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 1189.

quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato (*tatbestande*) de vários direitos fundamentais. Uma das formas de concorrência de direitos é, precisamente, aquela que resulta do cruzamento de direitos fundamentais: o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. O conteúdo destes direitos tem, em certa medida e em certos sectores limitados, uma cobertura normativa igual. [...] o problema da concorrência de direitos oferece dificuldades quando os vários direitos concorrentes estão sujeitos a *limites divergentes* [...] devendo determinar-se qual, dentre os vários direitos concorrentes, assume relevo decisivo.

Já a chamada colisão de direitos, de acordo com o mesmo autor português, existe quando dois ou mais direitos fundamentais de dois ou mais titulares legítimos colidem entre si. Há, nesse sentido, um autêntico choque de direitos.⁴³

Quando há conflitos entre esses direitos fundamentais é necessário que se busque concilia-los, uma vez que não se excluirá do ordenamento jurídico um em face do outro.⁴⁴ É preciso que haja uma verdadeira ponderação frente ao caso concreto, a fim de que se analise contextualmente, sua relevância e sua extensão.

O exercício do juízo de ponderação interrelaciona-se diretamente com princípio da proporcionalidade que, por sua vez, requer (a) seja útil para a solução do problema o sacrifício de um direito em detrimento do outro; (b) não haja outro meio menos gravoso para a solução do conflito; (c) seja proporcional em sentido estrito, sendo assim, o benefício pleiteado precisa ser maior do que o ônus acarretado.⁴⁵

A normatividade dos direitos fundamentais apresenta, ainda, a peculiaridade de ser provisória, isto é, se amolda à situação em cada fato, de forma singular na busca de uma solução adequada⁴⁶. Por isso mesmo a liberdade de expressão sofre restrições impostas pela própria ordem jurídica e, assim, tais limitações serão efetivadas a partir de outros princípios fundamentais previstos na esfera constitucional. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug nos ensina que a vedação ao anonimato, a proteção à imagem e à honra, à intimidade e à privacidade, assim como o direito de resposta – nos casos previstos- são exemplos de limitações expressas ao exercício da liberdade de expressão. A legislação infraconstitucional também é hábil a impor limites a tal direito, no entanto, é preciso respeitar certos requisitos proporcionais, razoáveis e que cumpram

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 1190.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 208.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 210.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. Ed São Paulo: Saraiva, 2011. p. 209.

sua finalidade legítima.⁴⁷ Cabe ressaltar que apenas nos casos em que houver expressa autorização constitucional é que o legislador infraconstitucional poderá promover a limitação de um direito fundamental.⁴⁸

Para que se analise o discurso de ódio como possível limite à liberdade de expressão, que é a proposta básica do presente trabalho, faz-se mister tecer breves considerações sobre a teoria dos limites aos direitos fundamentais e as decorrências lógicas de suas colisões.

O professor Gilmar Mendes afirma que “a limitação dos direitos fundamentais é um tema central da dogmática (dos direitos fundamentais) e, muito provavelmente do direito constitucional.”⁴⁹

Na doutrina, são abordados mais comumente três tipos de limitações aos direitos fundamentais, quais sejam, (a) aquelas as quais são previstas no corpo da Constituição, de forma expressa; (b) as estabelecidas em leis infraconstitucionais, mas que decorrem do texto constitucional expressamente; (c) por último, as implicitamente previstas na Magna Carta, resultantes, no entanto, da interpretação, para resolução dos casos concretos.⁵⁰ Nuno e Souza afirmam que “toda a liberdade tem limites lógicos, isto é, consubstanciais ao próprio conceito de liberdade”⁵¹

A liberdade de expressão, assim como qualquer outro direito fundamental, não é permeada de caráter absoluto, é, nesse sentido, limitada por outros direitos. Trata-se, pois, de um dos principais direitos fundamentais que decorrem do instituto da democracia, não podendo sofrer cerceamento, salvo para a manutenção da ordem pública, do respeito às instituições guardadas na constituição e da proteção de outros direitos fundamentais igualmente previstos na Magna Carta⁵².

O professor André Ramos Tavares assinala que a existências de limitações para o exercício da liberdade de expressão se dá basicamente (a) pela

⁴⁷ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 83.

⁴⁸ CHEQUER, Claudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 46.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 219

⁵⁰ SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. Dissertação (Mestrado). PUC/MG. 130 páginas 2007. p. 60. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilveiraRM_1.pdf> Acesso em: 02. ago.2016.

⁵¹ SOUSA, Nuno e. **A liberdade de imprensa**. Coimbra: Universidade de Coimbra 1984. p.256.

⁵² GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Direito de resposta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011 p.3.

preservação da “harmonia entre os direitos individuais”; (b) por motivos de coerência, uma vez que seria incompatível, numa mesma ordem jurídica, a coexistência da liberdade de expressão – direito concebido para “assegurar e possibilitar sua autodeterminação”- e do desrespeito aos direitos fundamentais da própria individualidade.⁵³ Ou seja, em outras palavras, a liberdade de expressão, como direito individual que é não pode servir de instrumento para vilipendiar outros direitos individuais alimentados pela mesma fonte constitucional, sob pena de tornar-se uma contradição em si mesma.

Conclui-se então que a liberdade de expressão não é direito absoluto – aliás, nenhum direito fundamental o é. No entanto, a limitação a tal princípio ampara-se e justifica-se nos preceitos da salvaguarda da dignidade da pessoa humana; da defesa do pluralismo; da busca da igualdade; do contínuo desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e do fortalecimento da República.

⁵³ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional brasileiro concretizado**. São Paulo: Método, 2006. p.118.

3 O DISCURSO DE ÓDIO E SUAS IMPLICAÇÕES AO SISTEMA REPUBLICANO

Como foi visto no capítulo anterior, a liberdade de expressão surge como uma das maiores conquistas obtidas pela humanidade, sendo coroada como direito fundamental. No entanto, o fato de possuir *status* de direito fundamental não obsta à sua possível limitação em prol de outros valores igualmente fundamentais à República.

Neste capítulo, analisaremos o discurso de ódio como possível elemento limitador da liberdade de expressão.

3.1 *República e Democracia, na perspectiva ocidental.*

Para iniciarmos a discussão, no presente capítulo, faz-se imperioso que procuremos esclarecer dois termos que muito comumente são tratados como sinônimos, de forma equivocada. Kant, em *A Paz Perpétua*, de 1795, já nos alertava sobre o mal uso dos termos ‘República’ e ‘Democracia’.

Ele critica duramente os que se insistem em confundir o regime republicano com o democrático, pontuando que, no que tange à forma *regiminis* (forma de governo), todos os governos são ou republicanos ou despóticos. E a democracia, no sentido próprio do termo, é também necessariamente despótica,⁵⁴ uma vez que “a regra fundamental da democracia é a da maioria.”⁵⁵ Assim, a tomada de uma decisão pela vontade da maioria, não é, por óbvio, manifestação de vontade de todos, mas apenas da maioria. Logo, a democracia se tornaria despótica com a minoria, não fossem os princípios republicanos que a permeiam.

A seguir, nos debruçaremos brevemente sobre a democracia e o republicanismo e observaremos que, muito embora um seja essencial à manutenção do outro, são institutos diferentes e podem ser definidos separadamente.

3.1.1 *A Democracia*

De forma geral, a democracia é um tipo de regime político, segundo o qual o povo governa a si próprio. Acabou se tornando, na prática, um arcabouço de

⁵⁴ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 130.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1988. p. 24 e 25.

regras e procedimentos que se prestam à escolha de governantes e a tomadas de decisões políticas que se fundam no interesse da maioria da comunidade.⁵⁶

Mas é fundamental destacar que o Estado Democrático não pode basear-se somente na soberania popular, encontra-se primordialmente sob a égide dos direitos fundamentais.⁵⁷

Ademais, é exatamente da necessidade de o Estado fundar-se sobre os direitos fundamentais que surge a ideia do chamado Estado Democrático de Direito. Isto é, o Estado alicerçado na vontade de seu próprio povo, agindo coletivamente, mas, também, defendendo o ser individualmente face à coletividade, através da garantia dos direitos fundamentais, do respeito ao princípio do pluralismo e do republicanismo, por exemplo. Para Ronald Dworkin⁵⁸

a Declaração de Direitos e Garantias destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum

A ideia de proteção das minorias em face da maioria, defendida por Dworkin, também pode ser observada sob o prisma das garantias constitucionais que resguardam o Estado Democrático de Direito. Ou seja, o republicanismo e a democracia, juntamente com os princípios que deles decorrem devem ser protegidos contra essas “maiorias ocasionais”, uma vez que é direito individual de cada cidadão viver em um estado democrático, livre, plural e que promova a igualdade e o direito de participação política.⁵⁹

Nesse sentido, Paulo Otero nos alerta para os perigos de uma divinização do princípio majoritário, uma vez que resultaria em numa democracia vazia, uma “democracia desprotegida”. Pois assim a autoridade absoluta da maioria serviria de fundamento para a destruição da própria democracia. Portanto, de acordo com o autor, podemos concluir que há limites inclusive para a democracia, já que nem mesmo a

⁵⁶ MADEIRA, Vinícius de Carvalho. **República, democracia e reeleições: o princípio da renovação**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed. 2013. p.29.

⁵⁷ MADEIRA, Vinícius de Carvalho. **República, democracia e reeleições: o princípio da renovação**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed. 2013. p.31.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 209.

⁵⁹ MADEIRA, Vinícius de Carvalho. **República, democracia e reeleições: o princípio da renovação**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed. 2013. p.33.

maioria da sociedade “pode tornar legítimo aquilo que por natureza é ilegítimo [...] tal como não pode transformar em certo o que é em si mesmo errado.”⁶⁰

E exatamente para que não haja o “esvaziamento da democracia” o professor Danilo Porfírio elenca a liberdade e a igualdade como princípios basilares para a constituição de uma democracia saudável, são as “colunas do viver em coletividade”.⁶¹ Tais princípios somente podem ser “aplicados, implementados e realizados pela supremacia da vontade popular”⁶² Nesse sentido, cumpre destacar as lições de Habermas que defende ser a soberania da vontade popular, na verdade, a soberania dos cidadãos formadores e partícipes da vida em sociedade, ativos na compleição do Estado Democrático de Direito e gestores do espaço público⁶³- que é o campo das deliberações que se prestam a buscar o consenso e a resguardar o discurso racional.⁶⁴

3.1.2 A República

O Republicanismo é a pedra angular sobre a qual se funda a democracia, pauta-se na exigência da preservação dos direitos e liberdades individuais e o exercício cívico e esclarecido da vida pública. É inserido em um modelo de sociedade plural, posto sobre a autonomia da vontade, a isonomia e a segurança patrimonial, amparado por uma “racionalidade epistêmico-procedimental”⁶⁵

Importante destacar que, originalmente, o Republicanismo configura-se como uma garantia contra qualquer tipo de dominação, contrapondo-se às formas de subserviência implícitas e explícitas existentes na sociedade⁶⁶. Ocorre que, a partir do

⁶⁰ OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. vol. I. Coimbra: Almedina. 2009. p.475, 476, 626.

⁶¹ PORFÍRIO, Danilo Porfírio de Castro. **CIDADANIA PARTICIPATIVA E COOPERATIVA NO ISLÃ: UMA PROPOSTA VIÁVEL?** In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 14, n. 14.1, p. 273-286, 2013. p.41.

⁶² PORFÍRIO, Danilo Porfírio de Castro. **CIDADANIA PARTICIPATIVA E COOPERATIVA NO ISLÃ: UMA PROPOSTA VIÁVEL?** In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 14, n. 14.1, p. 273-286, 2013. p.41.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Zeit der Übergänge*. Frankfurt/M: 2001. Apud. PORFÍRIO, Danilo Porfírio de Castro. **CIDADANIA PARTICIPATIVA E COOPERATIVA NO ISLÃ: UMA PROPOSTA VIÁVEL?** In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 14, n. 14.1, p. 273-286, 2013. p.41.

⁶⁴ PORFÍRIO, Danilo Porfírio de Castro. **CIDADANIA PARTICIPATIVA E COOPERATIVA NO ISLÃ: UMA PROPOSTA VIÁVEL?** In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 14, n. 14.1, p. 273-286, 2013. p.42.

⁶⁵ PORFÍRIO, Danilo Porfírio de Castro. **CIDADANIA PARTICIPATIVA E COOPERATIVA NO ISLÃ: UMA PROPOSTA VIÁVEL?** In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 14, n. 14.1, p. 273-286, 2013. p.43.

⁶⁶ AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. P.56.

pensamento liberal, tal finalidade fora substancialmente preenchida por outra, isto é, observa-se que o republicanismo volta-se especialmente para efetivação das liberdades negativas⁶⁷. Ademais, é a forma de governo que contrapõe-se à monarquia, e estrutura e organiza o poder em determinada sociedade, assim como estabelece a dinâmica de funcionamento entre o Estado, seus órgãos e suas relações com a sociedade.⁶⁸

Kant elenca requisitos que dão à Constituição de determinado país um caráter republicano, são eles a liberdade dos membros da sociedade; submissão de todos a uma única legislação comum; e, principalmente, a igualdade de todos perante a lei.⁶⁹ Por isso mesmo afirma-se que o republicanismo é conceitualmente antagônico a quaisquer formas de diferenciação, entre os cidadãos, que possam ser interpretadas como privilégio. Sendo assim, concluímos que o princípio da isonomia é também um dos corolários da República, uma vez que as diferenças existentes na sociedade devem se dar somente em função do mérito de cada um.⁷⁰

A ideia de República possui dimensão moral e elenca virtudes cívicas e, dessa maneira, dá novas formas às relações sociais e as assenta sob o prisma da liberdade, do autogoverno e do respeito à coisa pública. Ainda em tempo, é importante destacar que a condição *sine qua non* para a instituição de uma sociedade estruturada a partir dos valores republicanos é a atuação política virtuosa dos indivíduos, respaldada na obtenção do bem comum, esquivando-se de realizações puramente pessoais ou egoísticas. Também é necessário que os indivíduos carreguem o sentimento de responsabilidade pelas escolhas feitas pelo Estado, uma vez que a participação política é um poder-dever de todos.⁷¹ Observa-se, portanto, que a República não ampara em seu seio qualquer tipo de sujeição de um indivíduo à vontade arbitrária de outrem e veda qualquer interferência indevida nas relações sociais.

Walber de Moura⁷² nos ensina que

para a teoria republicana, a mitigação na extensão do livre arbítrio operada pelos dispositivos legais não representa um acinte à liberdade, pelo contrário,

⁶⁷ FERRY, Luc. **A revolução do amor: por uma espiritualidade laica**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 162 e 163.

⁶⁸ AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 56.

⁶⁹ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa : Edições 70, 1995. p.128.

⁷⁰ AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 24.

⁷¹ AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 21.

⁷² AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 77.

configura-se em uma salvaguarda à sua concretização. As leis traçam obrigações e impõem condutas no sentido de preservar a harmonia social e garantir os direitos individuais e coletivos.

Kant também defende a ideia de que a função precípua da República é a salvaguarda da liberdade,⁷³ ou seja, é uma efetivação negativa do Estado face aos seus cidadãos. E os princípios republicanos servem exatamente para nortear as ações negativas do Estado e, dessa forma, evitar distorção e usurpação do poder. Nesse sentido, podemos afirmar que os princípios que guarnecem o Estado Democrático de Direito são os próprios fundamentos da ideia de República, uma vez que é impossível abster-se de elencar a proteção à soberania da vontade popular, o incentivo à pluralidade política, a promoção à tolerância e o amparo à razão e à coisa pública como sustentáculos da dignificação da vida em sociedade.

Portanto, a República é “um compromisso jurídico-moral fundado na liberdade, no consenso ideal e na dicotomia oportunidade-mérito” e mais que isso, é “compromisso com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, constituindo uma comunidade política democrática baseada na relação entre vontade e esfera pública”⁷⁴.

Concluimos, desse modo, que a pulverização dos princípios republicanos na sociedade, através das virtudes civis, do respeito à *res publica* e da separação de poderes, afastaria a *despotilização* na vida social, permitindo, assim, que as escolhas sejam feitas em espaço público, colocando os cidadãos em posição de destaque na efetivação do regime democrático de governo.⁷⁵

3.2 O problema do “discurso de ódio” na República.

Sendo a República espaço sadio para o “livre mercado de ideias”, a disseminação de discursos preenchidos com ódio configura afronta à liberdade do indivíduo?

Acontece que a República enfrenta uma questão paradoxal no que tange à necessidade de assegurar um amplo espaço “de ideias, opiniões e fatos na vida

⁷³ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa : Edições 70, 1995.p. 128.

⁷⁴ ROCHLITZ, Rainer (coord). **Habermas: l’usage public de la raison**. Paris: Universitaires de France, 2002. Trad. *Habermas: o uso público da razão*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005 Apud: PORFÍRIO, Danilo Porfírio de Castro. **CIDADANIA PARTICIPATIVA E COOPERATIVA NO ISLÃ: UMA PROPOSTA VIÁVEL?** In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 14, n. 14.1, p. 273-286, 2013. p.43.

⁷⁵ AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 80.

social e, ao mesmo tempo, proteger os cidadãos de abusos cometidos no exercício da liberdade de expressão”⁷⁶.

É inegável a necessidade de se defender a liberdade de expressão, na medida em que esta é fundamental para o estabelecimento da própria democracia, mas, por outro lado, também é necessário que se defenda outros princípios basilares que sustentam a República, mesmo que isso implique, *à priori*, reduzir o âmbito de incidência da liberdade de expressão, porque -nunca é demais pontuar- não há que se falar em direito absoluto, no nosso ordenamento jurídico, mesmo quando *fundamental*.

E, nesse sentido, o discurso de ódio ou *hate speech* destaca-se como um intrincado tema que transita pela nebulosa zona dos limites dos direitos fundamentais. A seguir, trataremos sobre o *hate speech* e os desafios que impõe à República

3.3 – *Discurso de ódio*

O discurso de ódio é um dos vários aspectos polêmicos que envolvem a garantia à liberdade de expressão. É definido como “*speech designed to promote hatred on the basis of race, religion, ethnicity or national origin*”⁷⁷, é toda e qualquer manifestação de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos e está predominantemente no mundo das ideias. Winfried Brugger⁷⁸ preleciona que o *hate speech* refere-se a

palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.

De acordo com Elizabeth Thweatt, o ódio, nesses casos, configura-se pela desvalorização do outro, pela falta de reconhecimento dos valores e da própria razão do ser individual e da coletividade.⁷⁹ O ódio revela-se como um componente

⁷⁶ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 18.

⁷⁷ ROSENFELD, Michel. **Hate speech in constitutional law jurisprudence: a comparative analysis**. Working Paper Series. Vol. 41, abr/2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=265939>. Acesso em 19.ago.2009. p.2.

⁷⁸ BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. In: Revista de Direito Público 15/117. Trad. Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 4, jan.- mar. 2007. p. 120

⁷⁹ THWEATT, Elizabeth. **Bibliography of Hate Studies Materials**. *Journal of hate studies*, Spokane, WA, vs, 1, 2001-2001, p. 167. Apud POTIGUAR ALEX. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio: A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença**. Brasília: Consulex. 2012. p.16.

destrutivo “na utilização da liberdade de expressão com o desiderato de aviltar a dignidade da pessoa humana, pela degradação de pessoas ou grupos específicos”⁸⁰

No entanto, cumpre destacar que muito embora o discurso que incite o ódio seja considerado repugnante em todas as suas acepções, é preciso que nos atentemos para não confundi-lo com mera discordância em face de determinadas concepções relacionadas a grupos ou minorias. Pois, nesse caso, cuida-se apenas de regular exercício da liberdade de expressão.⁸¹ Sendo assim, podemos observar que o núcleo essencial de caracterização do discurso de ódio não se encontra na crítica endereçada às minorias, mas sim na disseminação de ideias de desprezo, de desrespeito e de desvalorização do ser humano como ser de direitos por sua própria natureza.

Ressalta-se que não obstante o fato de o *hate speech* carregar consigo uma expressão intelectual bastante agressiva, do ponto de vista do conteúdo, pode, por outro lado, também surgir de forma sutil,⁸² primeiramente, como uma mera sugestão que se transmuta em desprezo e se perfaz no discurso exprimido. Por óbvio, é uma matéria espinhosa, jurídica e socialmente falando, de se combater, uma vez que se emaranha nas teias dos próprios direitos fundamentais e em especial no da democracia.

Daniel Sarmento pontua que

é interessante analisar até que ponto a proteção ao *hate speech* contribui para o autogoverno democrático. Se, por um lado, a democracia exige realmente a liberdade de expressão, por outro, ela também pressupõe a igualdade.⁸³

E continua,

A democracia só se realiza através da inclusão no espaço público dos integrantes dos grupos tradicionalmente excluídos, aos quais também deve ser reconhecida a possibilidade de se autogovernarem. A história da democracia ao longo dos séculos XIX e XX foi exatamente a da paulatina extensão dos direitos políticos aos membros destes grupos [...] Mas se considerarmos que a democracia não se resume à esporádica participação em eleições, mas envolve também a capacidade de cada membro da coletividade de influenciar com as suas opiniões a formação da vontade coletiva, veremos como a exclusão e a alienação dos integrantes dos grupos estigmatizados, provocadas pelo *hate speech*, são prejudiciais à empreitada democrática.

⁸⁰ BOTELHO, Marcos César. **Liberdade religiosa, homossexualismo e discurso do ódio**. In: *Revista Argumenta Journal Law*, v. 16, n. 16, p. 283-301, 2012.p. 294.

⁸¹ POTIGUAR ALEX. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio: A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença**. Brasília: Consulex. 2012. p.16.

⁸² POTIGUAR ALEX. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio: A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença**. Brasília: Consulex. 2012. p.17.

⁸³ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. p. 53-105. In: *Revista de direito do estado*. Nº4 (out/dezembro 2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 54

Sendo assim, percebe-se que o desafio que é apresentado para as sociedades modernas é a garantia da liberdade de expressão sem que isso gere estado de intolerância ou prejuízos irreparáveis para o princípio da dignidade da pessoa humana⁸⁴

Há, por outro lado, quem defenda a legitimidade do discurso de ódio como elemento inerente e até mesmo necessário ao ambiente democrático, onde não é possível que se difunda apenas ideias que sejam “adequadas” para a maioria da sociedade, mas também ideias que não lhe são tão populares. E, assim, essas ideias não deveriam ser objeto de censura por parte do Estado, pois acabariam por naturalmente desaparecer, mediante um debate aberto.⁸⁵ Nesse sentido, “a tentativa de afastar o discurso livre através do argumento de que são ideias odiosas e imorais, recairia em um fanatismo e na ausência do debate legítimo que desafiaria o próprio discurso de ódio”. Ou seja, a solução para o combate de tais expressões se daria com a promoção da abertura política da discussão, já que dizer que elas não merecem análise ou resposta por serem, a princípio, absurdas poderia acabar fortalecendo o próprio ódio.⁸⁶

Concluimos, então, que *hate speech* está encrustado entre dois direitos legítima e constitucionalmente amparados (liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana) e, por isso mesmo, tornou-se assunto constantemente presente nos tribunais de todo o mundo e nos meios acadêmicos. Partindo-se para uma análise no Direito Comparado é possível observar que o dilema do *hate speech* não possui o mesmo tratamento nos ordenamentos jurídicos ocidentais. Pois há, grosso modo, dois diferentes modelos no que tange à abordagem da matéria, como nos aponta Winfried Brugger, há aquele grupo de países que prioriza a liberdade de expressão e aquele que busca assegurar um grau mais elevado de proteção à dignidade e à igualdade aos seus cidadãos⁸⁷. A diferença mais latente, e que será analisada oportunamente no próximo capítulo, é aquela existente entre o ordenamento americano e o alemão, em que no primeiro há forte marca da herança do liberalismo clássico, conferindo maior ênfase à

⁸⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 99

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 208-209. p. 60

⁸⁶ BARROS, Caroline Maria Costa. **A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i) legítimo do discurso do ódio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.125.

⁸⁷ BRUGGER, Winfried. **The treatment of hate speech in German constitutional law (Part I)**. In: German Law Journal, v. 3, n. 12, p. 1, 2002. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56bacf5307eaa040332cbbf0/1455083348748/GLJ_Vol_03_No_12_Brugger.pdf>. Acesso em 21.ago.2016.

liberdade em face de outros direitos, independente dos danos que provoque; e no segundo, por sua vez, busca-se ponderar a liberdade com outros valores constitucionalmente fundamentais, de modo que o discurso de ódio pode vir a ser proibido com a finalidade precípua de garantir a honra, a dignidade das pessoas e a manutenção da vida em sociedade.⁸⁸

⁸⁸ PINTO, Indiara Liz Fazolo. **Liberdade de expressão, lei de imprensa e discurso do ódio – da restrição como violação à limitação como proteção.** In: A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195- 229, jul./set. 2013. p. 222.

4 SOLUÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO NOS ESTADOS UNIDOS, NA ALEMANHA E NO BRASIL

4.1 Sistema americano de proteção à liberdade de expressão

A liberdade de expressão adquire seus contornos iniciais em meados do século XVIII, a partir das constituições liberais, sendo de suma importância para a afirmação da burguesia no período das revoluções liberais, como instrumento de difusão de ideais revolucionários e como meio de fortificação do Estado laico.

Dessa forma, a aceitação da ideia de liberdade formou o conceito da dignidade da pessoa humana à luz de seus ideais liberais, aceitando-se limitações mínimas à liberdade de expressão, nos moldes do *laissez-faire*. Nesse sentido, a liberdade de expressão admitiria o *hate speech* como legítima manifestação, ainda que causasse prejuízos aos ofendidos.⁸⁹

A Primeira Emenda à Constituição Norte Americana dispõe que o Congresso não pode fazer lei que proíba a liberdade de expressão ou de imprensa e, a princípio, era dirigida apenas ao Congresso e posteriormente foi também incorporada pelos estados membros, em suas respectivas constituições estaduais. Ou seja, é possível afirmarmos que inicialmente não se vislumbrava a sua aplicação entre os próprios particulares, mas a sociedade –que é culturalmente liberal- voluntariamente submeteu-se à norma de proteção à liberdade de expressão, já que esse é um dos princípios que sustentam a sociedade americana.⁹⁰

Para os americanos o direito à liberdade de expressão é fundamental e está profundamente conectado à própria ideia de soberania popular e democracia, uma vez que é delas que provém a possibilidade de crítica ao governo. É uma liberdade negativa e, portanto, caracteriza-se por uma abstenção do Estado em restringir o seu

⁸⁹ BARROS, Caroline Maria Costa. **A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i) legítimo do discurso do ódio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.127.

⁹⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 131.

exercício.⁹¹ Segundo Michel Rosenfeld, nos Estados Unidos, o direito visa à proteção da liberdade de expressão, *a priori*, independentemente da ideia a qual está vinculada.⁹²

De acordo com o mesmo autor o tratamento dispensando à liberdade de expressão, pelo direito norte americano, decorre precipuamente de quatro fatores, são eles (a) a necessidade de preservação da democracia; (b) a justificação do contrato social; (c) a busca da verdade; (d) e a autonomia individual.⁹³

No que tange ao discurso de ódio é possível observar uma tendência da Suprema Corte em valorizar a liberdade de expressão em detrimento dos demais valores envolvidos, aproximando-se, como dito, do *liberalismo* e das correntes de pensamento que dele provém.

Esse comportamento se dá entre outros motivos porque

Os americanos não confiam no governo para selecionar as “boas” opiniões das “más” – uma consequência dessa postura é que a discriminação feita por atores governamentais com base em pontos de vista, mesmo se direcionada ao “discurso do mal”, é vista com suspeita e pode até ser caracterizado como “pecado capital”⁹⁴

Isto é, para a cultura americana o Estado é comumente visto como “potencial violador” do direito à liberdade de expressão.⁹⁵ E por isso “a Suprema Corte tende a autorizar discursos extremistas, com base na subjacente desconfiança em relação ao governo como censor de ideias”.⁹⁶

A seguir analisaremos sucintamente alguns casos emblemáticos que foram enfrentados pela *Supreme Court*, nos Estados Unidos.

⁹¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 132.

⁹² ROSENFELD, Michel. **Hate speech in constitutional law jurisprudence: a comparative analysis**. Working Paper Series. vol.41,abr/2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=265939>. Acesso em 19.ago.2009. p.15.

⁹³ ROSENFELD, Michel. **Hate speech in constitutional law jurisprudence: a comparative analysis**. Working Paper Series. Vol. 41, abr/2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=265939>. Acesso em 19.ago.2009. p.15.

⁹⁴ BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. In: Revista de Direito Público 15/117. Trad. Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 4, jan.- mar. 2007. p.125

⁹⁵ BARROS, Caroline Maria Costa. **A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i) legítimo do discurso do ódio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.136.

⁹⁶ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Dissertação (Mestrado). 126 páginas. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2014.. p. 95.

A primeira decisão que nos interessa é a do caso *Beauharnais v. Illinois*⁹⁷, de 1952, neste caso a Suprema Corte do estado de Illinois condenou um indivíduo por distribuir nas ruas panfletos contra negros e convocar os brancos a se unirem contra tal grupo de pessoas. O tribunal alegou que as decisões difamatórias não estão amparadas pela liberdade de expressão, constitucionalmente prevista.

Assim, ao se manifestar sobre o caso, a Suprema Corte considerou que tais declarações não constituem parte essencial de qualquer exposição de ideias e assim manteve a condenação sob os argumentos de que declarações difamatórias, assim como as *fighting words*, contra grupos podem provocar distúrbios sociais e, assim obstar à paz social.

Mas, em 1969, a Suprema Corte mais uma vez teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria, no caso *Brandenburg vs. Ohio*⁹⁸, adotando uma postura que fortalece o livre debate em detrimento da honra.

No caso em análise, a Suprema Corte do Estado de Ohio condenou um líder da Ku Klux Klan por proferir um discurso discriminatório contra os negros e judeus. Instada a se manifestar, a Suprema Corte entendeu que o discurso proferido não representava um perigo, não obstante o fato de ser moralmente reprovável e repulsivo. De acordo com o Corte Constitucional, o evento apenas revelou a disseminação de ideias abstratas, o que por si só não ensejaria a restrição à liberdade de expressão.

Ao afirmar “one's beliefs have long been thought to be sanctuaries which government could not invade” o *justice* Douglas estabelece a tese de que o Estado não pode punir a defesa de uma ideia.⁹⁹

Portanto, firmou-se a decisão nos seguintes termos:

the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing **imminent lawless action** and is likely to incite or produce such action.(grifo nosso)

Sendo assim, no caso em análise, a decisão foi reformada no sentido de afirmar que a liberdade de expressão vai até mesmo além do limite do *clear and*

⁹⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **343 U.S 250**. (72 S.CT.725, 96 L.Ed. 919). BEAUHARNAIS v. PEOPLE OF THE STATE OF ILLINOIS. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/343/250>> Acesso em: 22.ago.2016.

⁹⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **395 USS 444** Brandenburg v. Ohio (No.492). Disponível em < www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444> Acesso em: 22.ago.2016.

⁹⁹ BARROS, Caroline Maria Costa. **A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i) legítimo do discurso do ódio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.130.

presente danger, pois, houve “a substituição da ideia de consequências boas ou más pela ideia do santuário das convicções, imune à atuação estatal.”¹⁰⁰ Daniel Sarmento defende que “a linha traçada pela Corte distinguiu a defesa de ideia racistas – protegida pela liberdade de expressão – da incitação à prática de atos violentos – não protegida.”¹⁰¹

Há também o caso *R.A.V. v. City of Saint Paul*¹⁰², do ano de 1992, no qual um adolescente invadiu o quintal de uma família de negros e lá ateou fogo a uma cruz. A Suprema Corte de Minnesota condenou suas ações com base na legislação estadual que previa o *bias motivated crime* (crime motivado por preconceito) e sob a alegação de que *fighting words* não estariam abrangidas pela Primeira Emenda.¹⁰³

A Suprema Corte, quando de sua manifestação, alterou a decisão da instância estadual sob os argumentos de que

A few limited categories of speech, such as obscenity, defamation, and fighting words, may be regulated because of their constitutionally proscribable content. **However, these categories are not entirely invisible to the Constitution, and government may not regulate them based on hostility, or favoritism, towards a nonproscribable message they contain.** Thus, the regulation of "fighting words" may not be based on nonproscribable content. It may, however, be underinclusive, addressing some offensive instances and leaving other equally offensive ones alone, so long as the selective prescription is not based on content, or there is no realistic possibility that regulation of ideas is afoot. (grifo nosso)

Portanto, ao final, a Suprema Corte reverteu a decisão da Corte de Minnesota sob a alegação de que a lei editada no âmbito estadual era inconstitucional, uma vez que estabelecia restrições especiais para pontos de vista ‘desfavoráveis’. E termina afirmando

Let there be no mistake about our belief **that burning a cross in someone's front yard is reprehensible.** But St. Paul has sufficient means at its disposal to prevent such behavior without adding the First Amendment to the fire. (grifo nosso)

¹⁰⁰ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política.** Dissertação (Mestrado). 126 páginas. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2014.p. 64

¹⁰¹ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”.** P. 53-105. In: Revista de direito do estado. Nº4 (out/dezembro 2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 214.

¹⁰² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **505, U.S 377.** caso *R.A.V. v. City of Saint Paul*. (No. 90-7675). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/377>> Acesso em: 22.08.2016.

¹⁰³ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política.** Dissertação (Mestrado). 126 páginas. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2014. p. 70

Por fim, em um caso bem mais recente, *Virginia v. Black et Al*¹⁰⁴, a Suprema Corte da Virgínia, em 2003, declarou a inconstitucionalidade da lei que considerava ilegal o ato de queimar uma cruz em propriedade alheia, em avenida ou outro local público, com o fito de gerar intimidação a qualquer pessoa ou grupo.

A Suprema Corte se manifestou e reformulou a decisão reconhecendo que governo pode regular certas categorias do discurso. Portanto, embora a difusão de ideias racistas não possa ser punida (*Brandenburg vs. Ohio*), o estado da Virgínia pode legislar no sentido de proibir a queima de cruzeiros que tenha a clara intenção de causar medo e constituir atos de ameaça, mas se tal *animus* não estiver presente na conduta não há que falar em criminalização, sem que se desrespeitasse a Primeira Emenda¹⁰⁵.

Concluimos, portanto, que “parece muito distante o dia em que a Suprema Corte americana tolerará a criminalização do discurso de ódio, pura e simplesmente”,¹⁰⁶ mesmo que, como efeito colateral, isso acabe por silenciar as vítimas, que não têm oportunidade de contrargumentarem com seus agressores em pé de igualdade¹⁰⁷.

Observa-se, então, que enquanto “a proteção constitucional do discurso do ódio é, essencialmente, onde se encerra a discussão nos Estados Unidos, ela é apenas o começo na Alemanha”¹⁰⁸ como observaremos a seguir.

4.2 O sistema alemão de proteção da liberdade de expressão

A Constituição alemã, de 1949, conhecida com Lei Fundamental de Bonn, define as “liberdades de comunicação” e as protege em diferentes seções. O art. 2.1, por exemplo, assegura que “toda pessoa terá direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, na medida em que não violar os direitos de outrem e não infringir a ordem constitucional ou a lei moral”, o que já nos indica que o referido dispositivo não

¹⁰⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **538 U.S 343**. *Virginia v. Black et Al* <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/01-1107>> Acesso em: 22.ago.2016.

¹⁰⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Dissertação (Mestrado).126 páginas. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2014. . p. 77

¹⁰⁶ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Dissertação (Mestrado).126 páginas. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2014. p. 77

¹⁰⁷ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 148

¹⁰⁸ BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. In: Revista de Direito Público 15/117. Trad. Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 4, jan.- mar. 2007. p.120.

confere caráter absoluto à liberdade, uma vez que o exercício desta está condicionado a “ordem constitucional ou a lei moral”. Mas por sua vez, o art. 5.1 determina que “toda pessoa tem o direito de livremente expressar e disseminar suas opiniões, seja mediante discurso, escrito ou gravuras e de se informar sem restrições a partir de fontes geralmente acessíveis.”¹⁰⁹

A Alemanha, assim como a maioria dos países democráticos, dá à liberdade de expressão o *status* de direito fundamental, logo, pilar do sistema constitucional. Acontece que, depois de analisarmos a jurisprudência da Corte Constitucional, é possível afirmarmos que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se em posição de privilégio em detrimento do da liberdade de expressão. Aliás, nesse sentido, a ponderação entre esses dois princípios só se observa “em favor da liberdade de discurso quando não se tem um verdadeiro ataque à honra (ou, ao menos, um ataque não politicamente aceitável)”.¹¹⁰

Mas Dworkin nos alerta que a liberdade de expressão existe exatamente para proteger discursos que não representam a maioria.¹¹¹ Sendo assim, partir para uma análise apriorística do discurso poderia causar um potencial desvirtuamento do instituto da limitação de direitos, no caso o do *free speech*.

Se no campo jurídico a prevalência- pelo menos a princípio- da preservação da honra torna-se temerária e perigosa, a experiência histórica nos fornece subsídios suficientes para que o Tribunal Constitucional considere o “abuso do direito de liberdade de expressão particularmente traumático, uma vez que o abuso teria proporcionado o falecimento da República de Weimar, mediante supressão dos direitos humanos pelo regime nacional socialista”¹¹²

É claro que a postura adotada pela Corte Suprema da Alemanha tem íntima ligação com o contexto histórico que o país vivia na época imediatamente

¹⁰⁹ A tradução de Samantha Ribeiro Meyer- Pflug. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 173

¹¹⁰ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Dissertação (Mestrado).126 páginas. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2014. . p. 83.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p.380.

¹¹² BARROS, Caroline Maria Costa. **A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i) legítimo do discurso do ódio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.148.

anterior à promulgação da Lei Fundamental de Bonn, isto é, a Segunda Guerra Mundial e as atrocidades cometidas contra a humanidade em seu período. E, sendo assim, a proteção ao ser humano como ser de direitos por sua própria natureza ocupa posição de destaque na reconstrução da Alemanha, no período do pós-guerra.

Por estar como um norte interpretativo para o *Bundesverfassungsgericht*¹¹³, no conflito entre direitos fundamentais, o princípio da dignidade humana acaba adquirindo máxima hierarquia entre os valores presentes no ordenamento jurídico. Analisaremos a seguir casos em que a liberdade de expressão foi objeto de análise pela referida Corte e seu posicionamento em cada uma deles.

Em apartada síntese analisaremos o caso de *Gunther Deckert*,¹¹⁴ que era líder do Partido Nacional Democrata e organizou uma palestra com o americano Fred Leuchter, o qual pregava não ter existido câmaras de gás em Auschwitz – pois a Alemanha não dispunha, à época, de tal tecnologia. Deckert posteriormente traduziu o discurso e tentou publica-lo e, por isso, foi acusado de incitar o ódio.

O tribunal competente para o caso absolveu Deckert por entender que publicar a negação do Holocausto - feita por outra pessoa- não constituiria crime de ódio racial.¹¹⁵ Acontece que em resposta a decisão do caso Deckert, a legislação mudou o art. 130 do Código Penal e criou o crime de “negação ou minimização dos fatos cometidos com base no regime do Nacional Socialismo”¹¹⁶

Nesse mesmo caso arguiu-se que os direitos fundamentais são conferidos não apenas para os benefícios individuais, mas para também proteger os interesses públicos e a ordem política democrática do mal uso (abuso) de tais direitos. Na frase de Thomas Mann “a República de Bonn, diferente da República de Weimar, é

¹¹³ Tribunal Constitucional Federal alemão.

¹¹⁴ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal alemão. **BGH, NJW 1994, 1421**. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/legal_research/national_legal_measures/germany/germany%20sr_EN.asp>. Acesso em 25.ago.2016.

¹¹⁵ SIONAIDH, Douglas-Scott, **The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches**, 7 Wm. & Mary Bill Rts. J. 305 (1999). Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol7/iss2/2>> p. 17. Acesso em: 25. ago.2016.

¹¹⁶ Tradução de Caroline Maria Costa Barros. **A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i) legítimo do discurso do ódio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.148.

uma ‘democracia militante’ – é uma democracia que possui autodefesa ("wehrhafte Demokratie").¹¹⁷

Um dos casos mais expressivos - e repressivos- que envolvem a liberdade de expressão na jurisprudência alemã é o caso *Auschwitz Lie*¹¹⁸, de 13 de abril de 1994. Na ocasião o teórico revisionista¹¹⁹ David Irving foi convidado a participar de uma palestra na qual exporia a teoria que defende. Acontece que as autoridades públicas o proibiram sob os argumentos de que suas ideias constituíam crimes previstos no Código Penal alemão, quais sejam, os elencados nos § 130 (amotinamento do povo), §185 (injúria) e §189 (denegrir a honra dos mortos).¹²⁰ Ao se manifestar sobre a decisão o Tribunal Constitucional acolheu a tese que argumentava serem legítimas as restrições, à luz da legislação infraconstitucional.¹²¹

Contudo, é possível afirmar que o tratamento de criminalização (antecipada) do discurso poderia acarretar prejuízos à sociedade, uma vez que a discussão a respeito do Holocausto, até mesmo dentro das teorias revisionistas, manteria viva a memória das atrocidades cometidas e poderia até mesmo evitar sua repetição.¹²² Dworkin nos convida a refletir se o fato de criminalizar o discurso, no caso das teorias revisionistas poderia ser legítima ou se isso configuraria censura¹²³. Pois, inegável é que a discussão enriquece o “mercado de ideias”, fomenta a pesquisa e fortalece o pluralismo político.

¹¹⁷ Livre tradução do autor, a partir do inglês. SIONAIDH, Douglas-Scott, **The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches**, 7 Wm. & Mary Bill Rts. J. 305 (1999). Disponível em:

<<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1420&context=wmborj>>
Acesso em: 25.ago.2016 p.18

¹¹⁸ **BverfGE 90, 241**. Livre tradução do inglês. Disponibilizado pela Universidade do Texas, sob a direção dos professores P. Shlechtriem, B. Markensius e S. Lorenz. Tradução para o Inglês de Raymond Youngs. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=621>> Acesso em: 25. Ago. 2016.

¹¹⁹ Teoria que defende que o Holocausto não existiu.

¹²⁰ Tradução livre do autor, a partir do Inglês. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=621>> Acesso em: 25.ago.2016.

¹²¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Dissertação (Mestrado).126 páginas. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2014. . p. 84

¹²² BARROS, Caroline Maria Costa. **A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i) legítimo do discurso do ódio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p..152.

¹²³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.361.

Por outro lado, Winfried Brugger nos alerta que

essa criminalização pode ser justificada apenas em face da singular significância do Holocausto para a auto-imagem de todos os alemães. Milhões de judeus e outras minorias foram mortas durante a era nazista; para a identidade alemã, isso ainda é um evento traumático que é mais bem expresso pelas famosas palavras “Nunca Outra vez”. Com base nessa máxima, a invasão da liberdade de opinião quanto ao Holocausto é considerada justificada mesmo se os princípios doutrinários correntes sobre a liberdade de expressão são substancialmente restringidos.¹²⁴

Traçando um singelo paralelo com o direito americano, essa restrição feriria de morte os preceitos da Primeira Emenda, uma vez que a restrição se dá no “campo das ideias”, é baseada no conteúdo.¹²⁵

Há também o caso *Rudolf Hess*¹²⁶, julgado em 11 de abril de 2009, que em suma discutiu a proibição de reunião que visava homenagear Rudolf Hess – deputado alemão assessor de Hitler, entre 1933 e 1941.

Ocorre que a reunião, que aconteceria anualmente, foi proibida com base no art. 130 do Código Penal alemão, que dispõe:

Quem, de forma capaz de perturbar a paz pública, 1. Incitar ódio contra segmentos da população ou propor medidas violentas ou arbitrariamente contra eles, ou 2. Atacar a dignidade humana de outros por meio de ofensas, maliciosamente degradando e caluniando parte da população, será punido com prisão de três meses até cinco anos.¹²⁷

A corte constitucional instada a se manifestar sobre a constitucionalidade do artigo supracitado posicionou-se no sentido de manter a decisão das instâncias ordinárias, optando por considerar o artigo do Código Penal em harmonia com o ordenamento jurídico. Alegou para tanto que

Even though it is not a general law, § 130.4 of the Criminal Code (Strafgesetzbuch – StGB) is compatible with Article 5.1 and 5.2 of the Basic Law [artigos da Constituição que protegem a liberdade de expressão]. In view of the injustice and the horror which National Socialist rule inflicted on

¹²⁴ BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano.** In: Revista de Direito Público 15/117. Trad. Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 4, jan.- mar. 2007. p.134.

¹²⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política.** Dissertação (Mestrado).126 páginas. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2014. p. 85

¹²⁶ ALEMANHA. Tribunal Constitucional alemão. **1BvR2150/08.** Disponível, em inglês,: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/11/rs20091104_1bvr215008en.html> Acesso em: 25.ago.2016.

¹²⁷ Tradução de Caroline Maria Costa Barros. **A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i) legítimo do discurso do ódio.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.147.

Europe and large parts of the world, defying general categories, and of the establishment of the Federal Republic of Germany which was understood as an antithesis of this, an exception to the ban on special legislation for opinion-related laws is inherent in Article 5.1 and 5.2 of the Basic Law for provisions which impose boundaries on the propagandistic condonation of the National Socialist rule of arbitrary force.¹²⁸

Embora tenha sido uma decisão bastante polêmica, inclusive entre os próprios alemães, ficou bastante claro que a Corte admite uma “exceção inerente” aos dispositivos constitucionais – art. 5.1 e 5.2 – que tenham relação direta ou não com a propagação das ideias nazistas.¹²⁹

Analisando essas duas posições quase que antagônicas no que tange às restrições a liberdade de expressão nos Estados Unidos e na Alemanha, nos resta apreciarmos a questão no ordenamento jurídico pátrio. De qual “corrente” o Brasil mais se aproxima quando se debruça sobre o *hate speech*?

4.3 Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil: uma análise sobre o HC 82.424/RS

Os caminhos que nos levam a examinar os limites da liberdade de expressão são os mais diversos e, como vimos, não se restringem a apenas uma forma de solução, mesmo nos tribunais de um mesmo país o entendimento sobre a matéria é controvertido. No Brasil não foi diferente, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2003, teve a oportunidade de se posicionar a respeito da matéria, no conhecido *Habeas Corpus* nº 82.424/RS¹³⁰.

Trata-se de denúncia feita pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS) em face de Siegfried Ellwanger, sob a alegação de “incitar e induzir a discriminação racial” ,através de livros de cunho antissemita por ele escritos, publicados e editados - mais especificamente foi enquadrado no art. 20 da Lei nº 8.081/90. Em primeiro grau de jurisdição foi absolvido, pois o juízo responsável pelo caso entendeu estar o denunciado alcançado e protegido pela liberdade de expressão.

¹²⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Dissertação (Mestrado).126 páginas. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2014.. p. 93

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Crime de racismo e antissemitismo : Habeas Corpus nº 82424/RS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20%2082424> > Acesso em: 27.ago.2016.

Em grau de recurso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) reformou a decisão da instância ordinária, por unanimidade dos membros da Câmara Criminal competente para o julgamento e entendeu que de fato houve o crime de racismo. Da decisão do TJRS, o denunciado impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que manteve integralmente a decisão do tribunal estadual. Por fim, impetrou no Supremo Tribunal Federal o HC nº 82.424, decisão que será objeto de análise no presente tópico.

Dito isso, passaremos para a análise dos votos prolatados no *writ* em apreço, a fim de examinarmos quais deles se alinham à interpretação mais liberal (EUA) ou àquela que visa à proteção da coletividade a partir da limitação do discurso (Alemanha), quando possível.

Inicialmente é importante destacar que a controvérsia central gira em torno da questão de ser ou não a discriminação contra judeus classificada como crime de racismo e, secundariamente, se o discurso de ódio está contido na liberdade de expressão ou não no ordenamento jurídico pátrio.

O Ministro Relator, Moreira Alves, concedeu o *writ* sob o argumento de que judeu não é raça, e sim religião, de maneira que a condenação, nesse caso, se tornaria impossível. Mas não chegou a se pronunciar a respeito da liberdade de expressão, que só passou a ser discutida posteriormente. Pois bem, o presente voto foi baseado na interpretação histórica da Constituição e, portanto, o contexto histórico no Brasil não nos permitiria, a partir da hermenêutica escolhida, interpretar a discriminação do povo judeu como racismo. Nessa interpretação o crime de racismo somente abrigaria aquele proferido em detrimento de negros, como podemos ver do trecho a seguir.

O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para a interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele – converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra.¹³¹

Da análise do voto do Ministro Moreira Alves não é possível afirmar a qual corrente de pensamento que mais se aproxima dos fundamentos de seu voto, uma vez que fundamentou sua decisão na alegação de que pelo fato de judeu não ser raça, a atitude do autor gaúcho não se enquadraria na tipificação do crime. Sendo assim, por

¹³¹ Ministro MOREIRA ALVES, nos autos do HC 82.424/RS, p. 14.

não eleger a liberdade de expressão como o ponto principal da questão em apreço, não se torna viável “classificar” a decisão como inclinada à corrente americana ou à alemã.

Passemos para a análise do voto que abriu divergência do Relator, qual seja, o do Ministro Maurício Corrêa, que em apartada síntese valeu-se primeiramente da Bíblia para demonstrar que os judeus foram perseguidos em todo o decorrer da história, e ainda cita o episódio do Holocausto – capítulo mais recente da história moderna que corrobora a tese da perseguição judia. E partindo da afirmação de que biologicamente os judeus não são raça, de fato, mas sim um grupo social, chega à conclusão de que “o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito.”¹³²

Acontece que acreditamos que usar a Bíblia para fundamentar uma decisão jurídica é, no mínimo, perigoso do ponto de vista do Direito Moderno, até porque a própria ideia de República busca manter as manifestações religiosas de qualquer cunho subjugadas ao Direito. Mas de qualquer forma, é importante destacar que “levanta o Ministro a bandeira que essa acepção mais ampla do termo ‘racismo’ advém da promoção da cidadania, igualdade e dignidade humana, mediante o ‘Direito de ter Direitos’”¹³³

Portanto, o Ministro defende a limitação do discurso na medida em que o comportamento de Ellwanger não se coaduna com os padrões éticos e morais definidos pela Constituição e esperados pelo mundo contemporâneo, chega a afirmar que “a previsão de liberdade de expressão não assegura o ‘direito ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra”.

Ao procurarmos no voto em apreço os indícios que nos permitem classificá-lo de acordo com a visão liberal ou com a comunitarista, podemos afirmar que

¹³² OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 47

¹³³ BARROS, Caroline Maria Costa. **A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i) legítimo do discurso do ódio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 188

“o recurso a valores ético e morais para reprimir o discurso de ódio é um dos argumentos mais próximos da ideia comunitarista [Alemã]”¹³⁴.

O Ministro Celso de Mello, em seu pronunciamento, não difere substancialmente do Ministro Maurício Corrêa, pois também defende a ideia de que ‘racismo’ não pode ser compreendido apenas em sentido biológico, muito pelo contrário, procura-se dar ao termo um sentido social e cultural, configurando-se “um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política de subjugação social”. Nesse sentido, defende que a liberdade de expressão não atende a propósitos criminosos “especialmente quando as expressões de ódio racial – veiculadas com evidente superação dos limites das críticas política ou da opinião histórica-transgridem, de modo inaceitável valores tutelados pela própria ordem constitucional”.

Mas o Ministro foi mais além, vislumbrou que a matéria não se esgotava apenas na questão racial, foi ainda mais fundo e levantou a discussão sobre a igualdade e a liberdade. Em suas palavras:

Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres **humanos constituem limitações externas** à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida **com o propósito subalterno** de veicular práticas criminosas, **tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público**. (Grifos no original)¹³⁵

O que não quer dizer que o Estado pode instituir a censura prévia, uma vez que, nos termos do voto

A liberdade de expressão representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, **que a todos assiste**, de manifestar, **sem** qualquer possibilidade de intervenção estatal a priori, o seu pensamento e as suas convicções, **expondo** as suas ideias e **fazendo** veicular as suas mensagens doutrinárias. (Grifos no original)¹³⁶

Portanto, é possível inferir que o Ministro Celso de Mello admite limitação da liberdade de expressão fundamentada na promoção da dignidade e da igualdade. Sendo assim, chegamos à conclusão de que o voto em análise aproxima-se bastante do que decidiria a Corte alemã, por permitir a restrição à manifestação do

¹³⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Dissertação (Mestrado).126 páginas. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2014. p. 108

¹³⁵ Antecipação do voto do Ministro Celso de Mello nos autos do HC 82.424/RS.

¹³⁶ Antecipação do voto do Ministro Celso de Mello nos autos do HC 82.424/RS.

pensamento, com vistas a proteger a dignidade do outro e também a própria sociedade de possíveis abusos.¹³⁷

Já o voto do Ministro Gilmar Mendes se pudesse ser resumido em uma única expressão seria: *proporcionalidade*. Usando-se do Direito Comparado e do referido princípio, para solucionar o conflito existente, afirma:

é inegável que essa liberdade [de expressão] não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.¹³⁸

Gilmar Mendes indeferiu o *writ* por entender que a condenação da segunda instância atendia ao princípio da proporcionalidade, uma vez que (a) a condenação era adequada para proteger uma sociedade pluralista e tolerante; (b) a condenação foi proporcional por não vislumbrar-se meio menos gravoso e igualmente eficaz para evitar pulverização de ideias odiosas; (c) o princípio da proporcionalidade também incide quando com a decisão busca-se preservar os valores inerentes a uma sociedade democrática, que não sacrifica direitos fundamentais em nome da liberdade de expressão.¹³⁹

Pois bem, ao empregar o princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios, quais sejam o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito o Ministro defende a limitação da liberdade de expressão em face da dignidade da pessoa humana. Por consequência, podemos afirmar que sua decisão aproxima-se bastante das decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional alemão, já que defende que a promoção da democracia seria alcançada em maior medida a partir da censura a publicações discriminatórias.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio usando-se da mesma técnica ponderativa chega à conclusão diametralmente contrária, na medida em que entende que a liberdade de expressão deve prevalecer, pois, de acordo com sua visão, a sociedade

¹³⁷ BARROS, Caroline Maria Costa. **A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i) legítimo do discurso do ódio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 189

¹³⁸ Voto do Ministro Gilmar Mendes nos autos do HC 82.424/RS.

¹³⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.. p. 51

acaba por se tornar ainda mais democrática quando não há espaço para a censura. Em suas palavras:

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se provam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira oxigênio da democracia e, por consequência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia.¹⁴⁰

. O Ministro defende que a participação democrática se efetiva no princípio da liberdade de expressão, já que serve para proteger as opiniões impopulares, não podendo estar limitada a opiniões *politicamente corretas*. Nesse sentido, fica bastante clara a posição liberal que o Ministro defende em seu voto, aproximando-se consideravelmente das decisões tomadas pela Suprema Corte americana.

Portanto, o Ministro, com base no princípio da proporcionalidade, votou pela concessão do *habeas corpus*. Embora admita que “o livro do paciente tem uma clara ideia preconceituosa, mas afirmou que não pode proibir a divulgação dessa ideia. O combate ao preconceito deve se dar com critérios justos e limpos.”¹⁴¹

A Ministra Ellen Gracie denegou o *habeas corpus*, pois entendeu ser evidente a manifestação racista contida nas obras do paciente, e sob a alegação de que “não há compromisso com a correção biológica ou antropológica em suas afirmações, a ideologia do preconceito excludente permite uma riqueza enorme de exemplos em que se expõe, em toda sua extensão, sua grande irracionalidade”¹⁴². Importante destacar que por não tratar diretamente sobre a liberdade de expressão o voto da Ministra não nos oferece argumentos que nos permitiriam classificar se mais inclinados às decisões da Suprema Corte americana ou ao Tribunal Constitucional alemão.

Nesse mesmo problema incorre o voto do Ministro Sepúlveda Pertence que, ao negar o *writ*, entendeu que o preconceito antissemita configura sim hipótese de racismo e que o livro serve de instrumento para tal fim.

Sob o argumento de que não se pode atribuir ao termo *racismo* uma interpretação restritiva, o Ministro Cezar Peluso denega a concessão do remédio

¹⁴⁰ Voto do Ministro Marco Aurélio nos autos do HC 82.424/RS.

¹⁴¹ OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.p. 51

¹⁴² Voto da Ministra Ellen Gracie nos autos do HC 82.424/RS.

constitucional. Ele defende que ‘judeu’ está englobado no conceito e, por sua vez, na tipificação do crime de racismo. Pois, afirma que

o evidente propósito de promover, publicar uma série de livros, com a constância e o evidente propósito de promover e difundir o anti-semitismo, como particular manifestação da ideologia racista, instigando e reforçando preconceitos e ódios históricos¹⁴³.

Como o voto debruçou-se mais sob o aspecto do racismo em si – e não da liberdade de expressão, não classificaremos sua posição em relação aos nossos dois paradigmas, Estados Unidos e Alemanha.

Já o Ministro Ayres Britto aproxima-se bastante da posição do Ministro Moreira Alves, pois, soma-se àqueles que entendem não ter havido a prática de racismo na publicação de Ellwanger e por isso mesmo vota pela concessão do *writ*.

Ayres Britto acredita que não há configurado o crime de racismo, uma vez que Ellwanger só estava promovendo um “revisão histórico”, portanto, o autor gaúcho estava apenas no exercício legítimo de sua liberdade de expressão. Esse pensamento é expressado no seguinte trecho do voto:

Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouro de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V, do art. 1º), seja porque impede a privação de Direitos por motivo, justamente de convicção política ou filosófica (inciso III, do art. 5º).¹⁴⁴

Sendo assim, fica bastante clara a preocupação do Ministro em manter o discurso longe da censura, elencando o pluralismo político e destacando o seu papel não só de direito fundamental, mas mais que isso, destaca sua posição de fundamento da República. Portanto, o Ministro defende que a difusão de ideia – mesmo que de conteúdo absurdo e do qual discorda – atende ao fundamento da República *pluralismo político*, e ainda defende que o revisionismo não possuiria o condão de incitar ódio ou violência. Obviamente, sua posição e seus argumentos nos permitem classificá-lo como um voto puramente liberal, adotando posicionamento condizente com aqueles adotados pela Suprema Corte nos Estados Unidos.

¹⁴³ Voto do Ministro Cezar Peluso nos autos do HC 82.424/RS.

¹⁴⁴ Voto do Ministro Ayres Britto nos autos do HC 82.424/RS.

Ao analisarmos o voto do Ministro Nelson Jobim podemos perceber que a questão, no seu ponto de vista, está amparada na intenção do autor ao proferir o discurso. Ao defender que

Não é a edição do livro *stricto sensu* que seja a prática do racismo, mas sim ser ele um instrumento, um veículo pelo qual pode se produzir o racismo. Pode-se produzir essa forma de edições, pode-se editar por motivos históricos, mas pode-se manejar, manipular e mexer esses instrumentos para, com eles, produzir o resultado desejado, que é exatamente difamar e praticar o racismo.¹⁴⁵

Nessa linha de pensamento, a discriminação estaria consumada na intenção depositada com a edição do livro, que acabou sendo visualizado pelo Ministro, no caso em análise, e fundamentou a denegação do *habeas corpus*. Quanto à classificação que nos propusemos a fazer, a partir do exame de cada voto, podemos afirmar que existe “uma graduação entre as abordagens americana, alemã e a do Ministro Nelson Jobim.”. Isto é, “Nos EUA, uma distinção baseada no conteúdo é inadmissível; na Alemanha, é admissível, em algumas ocasiões [...]; na argumentação construída pelo Ministro Jobim, não se tem sequer uma distinção baseada no conteúdo, mas na intenção”¹⁴⁶

Por fim, o Ministro Carlos Velloso, que também denegou a ordem, manifestou-se no seguinte sentido:

Uma das formas mais odiosas de desrespeito aos direitos da pessoa humana é aquela que se embasa no preconceito relativamente às minorias e que se revela no pratica ou incita a prática de atos e sentimentos hostis em relação aos negros, aos índios, aos judeus, aos árabes, aos ciganos, etc.¹⁴⁷

Mas muito embora o Ministro Carlos Velloso explicita em seu voto sua preocupação com as minorias e com manutenção da dignidade humana, sua tese aproxima-se bastante da teoria conhecida como *bad intention*, “utilizada pela Suprema Corte Americana, como variante da teoria do *clear and present danger* [...] e reconhecidamente restritiva da liberdade de expressão”.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Voto do Ministro Nelson nos autos do HC 82.424/RS.

¹⁴⁶ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Dissertação (Mestrado).126 páginas. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2014. p. 111.

¹⁴⁷ Voto do Ministro Carlos Velloso nos autos do HC 82.424/RS.

¹⁴⁸ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Dissertação (Mestrado).126 páginas. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2014 p. 111

O *writ* foi, portanto, denegado pela votação de 8 a 3, sendo derrotados os Ministros Ayres Britto, Marco Aurélio e Moreira Alves.

4.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

As conclusões que podemos tirar da análise do HC 82.424/RS é que a Corte preocupou-se efetivamente com a manutenção da dignidade da pessoa humana, mesmo quando confrontada por outro direito fundamental. Nesse sentido, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug constatou que houve “uma nítida prevalência do direito à dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão, no caso sobre as obras de conteúdo discriminatório”¹⁴⁹ Alex Potiguar, por sua vez, aponta que a decisão tomada foi coerente com aquilo que se espera de um Estado Democrático de Direito, que lastreia sua racionalidade comunicativa na incorporação da diferença como elemento da construção de uma identidade constitucional aberta.¹⁵⁰

Por fim, podemos concluir que a tradição romano-germânica no direito brasileiro ainda é bastante influente e reflete-se em decisões diversas. Por serem duas democracias relativamente novas – em comparação à democracia americana, por exemplo- o Brasil e a Alemanha, no que tange ao *hate speech*, posicionam-se de forma a privilegiar a dignidade da pessoa quando ofendida pelo discurso. Há diversas razões para que isso ocorra, pois, tanto o Brasil quanto a Alemanha já sofreram na pele os horrores de regimes de exceção – é claro que as ditaduras tupiniquins jamais serão comparadas aos horrores enfrentados pelo povo alemão, no período do governo totalitário de Adolf Hitler – mas, de qualquer forma, guardadas as devidas proporções, foram rompimentos institucionais bruscos, que acabaram mitigando o poder de escolha do cidadão e depositaram-no no Estado. Portanto, suas decisões – mesmo as jurídicas – acabam sofrendo influências histórico-políticas que, *à priori*, visam resguardar a sociedade de possíveis repetições de episódios lastimáveis, como os de outrora.

Já os Estados Unidos, por outro lado, possuem estabilidade em suas instituições, são tradicionalmente liberalistas e juridicamente consuetudinárias, ademais, nunca vivenciaram, em sua história, as mazelas de um governo tirano, por isso

¹⁴⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 215.

¹⁵⁰ POTIGUAR ALEX. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio: A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença**. Brasília: Consulex. 2012. P.112.

mesmo, nos arriscamos a afirmar que possuem consistência institucional para alocar a liberdade de expressão como um *supraprincípio*, que mesmo quando há potencial risco à dignidade de terceiros ele (provavelmente) ocupará posição de preferência, nas decisões judiciais.

Mas a verdade é: nenhuma ideia deveria ser proibida, pois é o que oxigena a democracia e as relações humanas e incentiva a inovação e a criatividade. Por outro lado, o discurso de ódio - em seu conteúdo- independente da decisão judicial proferida, é repellido por toda a sociedade, pois, seu conteúdo fere a dignidade da pessoa, macula a República e desestabiliza a ordem social. Nenhum ser humano merece ser desprezado, ser perseguido, ser discriminado por quaisquer características que carregue consigo, é por sua própria natureza um ser de direitos inerentes e invioláveis.

5 CONCLUSÃO

A liberdade de expressão surge com a finalidade de promover a afirmação do homem como ser naturalmente emissor de opiniões e ideias e, perpassando a historiografia de tal direito, podemos afirmar que foi ele quem sustentou os ideais republicano-democráticos, insculpidos nas primeiras Constituições.

Mas não é só isso! A liberdade de expressão promoveu uma verdadeira revolução na forma como a sociedade do Mundo Moderno se relaciona e, por isso, encontra-se elencada no rol de praticamente todas as Constituições ocidentais e também na Declaração dos Direitos do Homem, de 1948. A liberdade de expressão constitui um dos meios mais significativos de efetivação da democracia, uma vez que é a partir dela que as informações permeiam a sociedade, que as críticas são pulverizadas ganham destaque e que a fiscalização dos governantes se concretiza. Tanto é, que um dos primeiros direitos a serem suprimidos, quando se instauram regimes ditatoriais de exceção, é o direito à livre manifestação do pensamento, estabelecendo-se assim a censura. Nesse sentido, podemos afirmar que é a liberdade de expressão quem garante a pacífica convivência de diferentes ideias, religiões, convicções filosóficas e posições políticas, fornecendo o substrato essencial do pluralismo moderno. Acontece que o conflito de ideias contrárias acaba se tornando inevitável na sociedade *hipercomplexa*, o que acaba por obstar à efetivação do pluralismo.

O discurso de ódio encontra-se abrigado entre as falhas de efetivação do pluralismo. Explico. Como dissemos, o discurso de ódio é aquele que dissemina a ideia de degradação, desprezo ou inferioridade de determinado grupo ou minoria da sociedade, usa a liberdade de expressão para dar amparo jurídico à sua empreitada, isto é, desvirtua o princípio da livre manifestação de pensamento e vedação à censura (constitucionalmente previstos) para atender a interesses escusos, que ferem diretamente o princípio da dignidade humana, da igualdade (também previstos na Constituição).

Acontece que ao recorrermos ao Direito Comparado, para procurarmos soluções adequadas para a questão, deparamo-nos com tratamentos diversos e até mesmo opostos, como é o caso dos Estados Unidos e da Alemanha – paradigmas que nos guiaram na elaboração do presente trabalho.

Observamos que os Estados Unidos, por sua formação essencialmente liberal, tende a dar maior relevância à liberdade de expressão, em detrimento da dignidade humana, uma vez que a Primeira Emenda proíbe censura de qualquer forma. Sendo assim, mesmo que a honra de terceiros possa ser atingida, os julgados da Suprema Corte procuram dar efetivação máxima à liberdade de expressão.

Por outro lado, a Alemanha, após a promulgação de sua Constituição (Lei Fundamental de Bonn), em 1949, procurou garantir explicitamente a liberdade de expressão, mas não de forma absoluta. Ou seja, o próprio constituinte preocupou-se em elencar certas limitações a essa liberdade. Essas limitações são invocadas no Tribunal Constitucional que, ao contrário da Suprema Corte, tende a tolher a liberdade de expressão quando o uso desta se dá com o intuito de ferir a honra, imagem ou memória de alguém. É claro que esse comportamento da Corte Constitucional se dá por questões históricas singulares, mas o ordenamento jurídico precisa possuir certa independência de fatores histórico-políticos e não sofrer influência externa tão forte a ponto de cometer injustiças e embaraçar o exercício da liberdade de expressão.

Por fim, analisamos também o Brasil e a apreciação da matéria no Supremo Tribunal Federal, no caso Siegfried Ellwanger, que impetrou o famoso HC nº 82.424/RS.

O autor, ao impetrar o *writ*, no Supremo Tribunal Federal, tentava reverter a decisão de segunda instância que o havia condenado por crime de racismo por escrever, editar e publicar livros de cunho antisemita. O Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre a matéria, denegou o *habeas corpus* por 8 votos a favor e 3 contra. Os ministros, após acaloradas discussões, resolveram por bem dar uma interpretação limitada ao princípio da liberdade de expressão para beneficiar a dignidade do povo judeu – que fora diretamente atingido pelas declarações de Ellwanger.

Tendo em vista que há, na questão, dois direitos essenciais conflitantes - sem os quais não há democracia- a solução, a nosso ver, encontra-se amparada no princípio constitucional da *proporcionalidade* – usado pelo Ministro Gilmar Mendes, na prolatação de seu voto, no caso Ellwanger . Pois, é preciso defender a liberdade de expressão evitando-se a censura por parte do Estado. Ao mesmo tempo, é imprescindível a defesa da igualdade política, a partir da proibição da discriminação ou de exclusão de qualquer tipo que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o

direito à participação política. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade nos proporciona meios para harmonizar o conflito no ordenamento jurídico, já que leva em consideração a forma como as sociedades enxergam seus indivíduos, respeita as suas dores históricas e busca o respeito mútuo inerente à manutenção da vida social.

6 REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Tribunal Constitucional alemão. **1BvR2150/08**. Disponível, em inglês, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/11/rs20091104_1bvr215008en.html>

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal alemão. **BGH, NJW 1994, 1421**. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/legal_research/national_legal_measures/germany/germany%20sr_EN.asp>

AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

BARROS, Caroline Maria Costa. **A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i) legítimo do discurso do ódio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2^a. Ed. 2002.

_____. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v.1, n. 235. 1-36. Jan/Mar. 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1988.

BOURDONCLE, René. **Fonction publique et liberté d'opinion en droit positif français**. Paris:Libr. Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1957.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOTELHO, Marcos César. **Liberdade religiosa, homossexualismo e discurso do ódio**. In: Revista Argumenta Journal Law, v. 16, n. 16, p. 283-301, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Crime de racismo e antissemitismo: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília, DF, 2004.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. In: Revista de Direito Público 15/117. Trad. Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 4, jan.- mar. 2007.

_____. **The treatment of hate speech in German constitutional law (Part I)**. In: German Law Journal, v. 3, n. 12, p. 1, 2002. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56bacf5307eaa040332cbbf0/1455083348748/GLJ_Vol_03_No_12_Brugger.pdf>.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 1189

_____. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. 2a. Ed. Curitiba : Juruá, 2015.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “Discurso do Ódio” na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. Dissertação (Mestrado).126 páginas. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2014.

_____. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>.

CAPALDI, Nicholas. **Da liberdade de expressão: uma antologia de Stuart Mill a Marcuse**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, Instituto de Documentação, Serviço de Publicações, 1974

CHEQUER, Claudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)**. Rio de Janeiro : Lumem Juris, 2011

DWOKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **343 U.S 250**. (72 S.Ct.725, 96 L.Ed. 919). **BEAUHARNAIS v. PEOPLE OF THE STATE OF ILLINOIS**. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/343/250>>

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **395 USS 444** **Brandenburg v. Ohio** (No.492). Disponível em <www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444>

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **505, U.S 377**. caso **R.A.V. v. City of Saint Paul**. (No. 90-7675). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/377>>

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **538 U.S 343**. **Virginia v. Black et Al** <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/01-1107> >

FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRY, Luc. **A revolução do amor: por uma espiritualidade laica**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Direito de resposta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa : Edições 70, 1995

MADEIRA, Vinícius de Carvalho. **República, democracia e reeleições: o princípio da renovação**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed. 2013.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Liberdade de expressão e a colisão de direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2010.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Tratado de direito Constitucional*, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6.. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** .TOMO IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência**. 19 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

OMMATI, José Emílio Medauar **.Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. vol. I. Coimbra: Almedina. 2009.

PINTO, Indiara Liz Fazolo. **Liberdade de expressão, lei de imprensa e discurso do ódio – da restrição como violação à limitação como proteção**. *In: A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195- 229, jul./set. 2013.

POTIGUAR ALEX. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio: A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença.** Brasília: Consulex. 2012.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação.** Organizado por Erin Kelly. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martin Fontes, 2003

ROSENFELD, Michel. **Hate speech in constitutional law jurisprudence: a comparative analysis.** Working Paper Series. Vol. 41, abr/2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=265939>.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”.** p. 53-105. *In:* Revista de direito do estado. Nº4 (out/dezembro 2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 208-209.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: as questões clássicas.** São Paulo: Ática, 1987. v.1.

SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** Dissertação (Mestrado). PUC/MG. 130 páginas 2007. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilveiraRM_1.pdf>

SIONAIDH, Douglas-Scott, **The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches,** 7 Wm. & Mary Bill Rts. J. 305 (1999). Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1420&context=wmborj>>

SOUSA, Nuno e. **A liberdade de imprensa.** Coimbra: Universidade de Coimbra 1984. p.256.

STROPPIA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional brasileiro concretizado**. São Paulo: Método, 2006.

TRINDADE, André. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011

TOLLER, Fernando M. **O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores**. Tradução Frederico Bonaldo São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. **Os contratos na gênese do direito**. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2004.

_____. **CIDADANIA PARTICIPATIVA E COOPERATIVA NO ISLÃ: UMA PROPOSTA VIÁVEL?** *In*: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 14, n. 14.1, p. 273-286, 2013.